

# ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

TOMO LXXV

MMXXII



GOBIERNO  
DE ESPAÑA

MINISTERIO  
DE JUSTICIA

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA,  
RELACIONES CON LAS CORTES  
Y MEMORIA DEMOCRÁTICA

**BOE** BOLETÍN  
OFICIAL DEL  
ESTADO

ANUARIO DE DERECHO PENAL  
Y CIENCIAS PENALES

# ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Editado por: Ministerio de Justicia (Centro de Publicaciones)  
y Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.

Periodicidad: Anual.

Primer fascículo aparecido: Enero-abril 1948.

Publica contribuciones científicas originales y de referencia, tanto de españoles como de extranjeros, principalmente relacionadas con el derecho penal, la criminología, el derecho penitenciario, el derecho procesal penal y las ciencias forenses. Dirigida a toda la comunidad científica y profesional de cualquier disciplina jurídica interesada en sus contenidos.

EL ANUARIO no se solidariza con las opiniones sostenidas  
por los autores de los originales publicados

## ADMINISTRACIÓN

### **Ministerio de Justicia**

(Centro de Publicaciones)

c/ San Bernardo, 62. 28015 MADRID

Tel.: 91 390 21 49

## VENTA, DISTRIBUCIÓN Y SUSCRIPCIONES

### **Librería de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado**

c/ Trafalgar, 27. 28071 MADRID

tienda@boe.es

# **ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES**

**TOMO LXXV  
MMXXII**

**MINISTERIO DE JUSTICIA**  
Secretaría General Técnica



**MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA,  
RELACIONES CON LAS CORTES  
Y MEMORIA DEMOCRÁTICA**  
Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

Madrid, 2022

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

---

Es propiedad. Queda hecho el depósito y la suscripción en el registro que marca la Ley.  
Reservados todos los derechos.

---

ISSN: 0210-3001  
ISSN de la edición en línea, pdf: 2659-899X  
NIPO (AEBOE): 090-20-214-5 (edición en papel)  
090-20-215-0 (edición en línea, pdf)  
NIPO (M.º de Justicia): 051-15-011-7 (edición en papel)  
051-15-048-0 (edición en línea, pdf)  
Depósito legal: M-126-1958

---

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

# ÍNDICE

	<i>Pág.</i>
NECROLÓGICAS	
<i>Prof. Dr. Juan Felipe Higuera Guimerá</i> , por Eladio José Mateo Ayala .....	9
SECCIÓN DOCTRINAL	
<i>Tercer grado, ¿sin clasificación?, ¿sin reinserción?, ¿sin ley? La ejecución penal sin ingreso en centro penitenciario</i> , por Ricardo M. Mata y Martín .....	29
<i>Delito de varios y desistimiento de algunos. Acerca de los presupuestos de la impunidad por el intento</i> , por M. <sup>a</sup> del Carmen Gómez Rivero .....	81
<i>El enfoque del apoyo social en Criminología: condiciones de progreso</i> , por Alfonso Serrano Maíllo .....	125
<i>El consentimiento de la víctima. Hacia una teoría normativa de la acción del que consiente</i> , por Elena Íñigo Corroza .....	167
<i>La negativa a someterse a las pruebas de alcohol y drogas. Un análisis de las cuestiones más controvertidas</i> , por Sergio Cámara Arroyo y Marco Tejón Alcalá .....	205
<i>El delito de odio con fundamento en la aversión al colectivo de las personas sin hogar por situación familiar: exégesis del artículo 510.1 a) del Código Penal</i> , por Alfredo Abadías Selma .....	303
<i>La investigación penal ante las nuevas tecnologías: reflexiones acerca de la «carga desproporcionada» y la «facilitación de información» en el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de datos</i> , por Beatriz Escudero García-Calderón .....	375
<i>Las criptomonedas frente al delito de blanqueo de capitales y la complejidad de la prueba pericial en el ámbito ciberdelincuente</i> , por Ángela Casals Fernández .....	421
<i>Fundamento de punibilidad de la tentativa: a la vez consideraciones sobre la punibilidad de la tentativa inidónea</i> , por Carlos Bardavío Antón .....	447
<i>La Disposición Final Primera de la Ley Orgánica General Penitenciaria como respuesta jurídica al motín carcelario y mecanismos de preservación de la seguridad penitenciaria</i> , por Sara Carou-García .....	507
<i>Revisando la prisión permanente revisable. ¿De verdad que es constitucional?</i> , por Puerto Solar Calvo .....	557
<i>Justificación penal, sacrificio y unas abejas</i> , por Marta Pantaleón Díaz ...	589
<i>Doctrina clásica de la imputación: un camino alternativo</i> , por José Ignacio Destéfani .....	685

<i>Consentimiento hipotético y autonomía del paciente: una reconstrucción analítica del debate</i> , por Leandro Días Leston .....	729
<b>PREMIO SUSANA HUERTA DE DERECHO PENAL</b>	
<i>La colisión de derechos en la dogmática jurídico-penal</i> , por Francisco Fernández Perales .....	753
<b>CRÓNICAS EXTRANJERAS</b>	
<i>Enfermedad mental y delito: José Ingenieros, lecturas y diálogos con la cultura de Córdoba (Argentina). El positivismo criminológico en los márgenes</i> , por José Daniel Cesano .....	803
<b>SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA</b>	
<i>Jurisprudencia del Tribunal Constitucional</i> , por Gema Martínez Galindo ...	835
<i>Jurisprudencia del Tribunal Supremo</i> , por Sergio Cámara Arroyo .....	889
<i>Acuerdos del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo</i> , por Eduardo de Urbano Castrillo .....	965
<b>CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO</b> , por Ángela Casals Fernández .....	
	969
<b>SECCIÓN DE BIBLIOGRAFÍA</b>	
<b>REVISTA DE LIBROS</b>	
Reseña del libro <i>Redes de odio</i> , de David Docal Gil y Joan Caballero Casas (Coords.), por Carlos García Valdés .....	995
Reseña del libro <i>Clara Campoamor, de viva voz. Entrevistas 1925-1936</i> , de Juan Aguilera Sastre e Isabel Lizárraga Vizcarra, por Carlos García Valdés .....	998
Reseña del libro <i>Reinserción y prisión</i> , de Ricardo M. Mata y Martín (Dir.) y Tomás Montero Hernanz (Coord.), por Carlos García Valdés .....	1001
Reseña del libro <i>La necesaria reforma penitenciaria</i> , de Ricardo M. Mata y Martín (Dir.) y Antonio Andrés Laso (Coord.), por Carlos García Valdés .....	1003
Reseña del libro <i>Delitos de género y de violencia familiar. Cuestiones sustantivas y procesales</i> , de Carmelo Jiménez Segado, por Carlos García Valdés .....	1005
Reseña del libro <i>Jack el destripador. El diablo de Whitechapel</i> , de Sergi Rodríguez Ibarra, por Carlos García Valdés .....	1007
Reseña del libro <i>El delito fiscal en el Código Penal español</i> , de Daniel Fernández Bermejo, por Carlos García Valdés .....	1009
Reseña del libro <i>Las prisiones como estrategia frente al desafío del terrorismo, la radicalización y el extremismo violento</i> , de Cristina Rodríguez Yagüe, por Carlos García Valdés .....	1010
Reseña del libro <i>Contexto jurídico de la mediación en prisión</i> , de Marcos Baras González, por Carlos García Valdés .....	1012

Reseña del libro <i>Para ti, mi vida. Vivencias y anécdotas de un penitenciario</i> , de Juan Antonio Marín Ríos, por Carlos García Valdés .....	1014
Reseña del libro <i>La Justicia Transicional y Derecho penal internacional: alianzas y desencuentros</i> , de Sergio Cámara Arroyo, por Carlos García Valdés .....	1016
Reseña del libro <i>Sobre la Ley Penal (De lege poenale)</i> , de Antonio Cuerda Riezu, por Carlos García Valdés .....	1017
Reseña del libro <i>Libertad condicional. Revisión crítica y propuestas de mejora desde un enfoque restaurativo y europeísta</i> , de Laura Delgado Carrillo, por Carlos García Valdés .....	1018
Reseña del libro <i>Las prisiones españolas durante la transición</i> , de Ricardo M. Mata y Martín (Dir.) y Antonio Andrés Laso (Coord.), por Tomás Montero Hernanz .....	1021
<b>REVISTA DE REVISTAS</b>	
Reseña del artículo «Las jóvenes presas: apuntes históricos sobre la delincuencia y el internamiento de las menores de edad», de Sergio Cámara Arroyo, por Carlos García Valdés .....	1027
Reseña del artículo «Permisos de salida y mala conducta», de Abel Téllez Aguilera, por Carlos García Valdés .....	1028
Reseña del artículo «La contribución de la jurisprudencia de don Antonio Quintano Ripollés como ponente de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Una primera aproximación», de Pedro Ortego Gil, por Carlos García Valdés .....	1029



# NECROLÓGICAS

## Prof. Dr. Juan Felipe Higuera Guimerá

(Madrid, 14 de febrero de 1949 - Madrid, 16 de enero de 2021)

ELADIO JOSÉ MATEO AYALA

*Profesor de Derecho Penal. Universidad de Zaragoza*

El día 16 de enero de 2021, falleció en Madrid, de donde era natural, Juan Felipe Higuera Guimerá a los 71 años.

Cursó la Licenciatura en Derecho en la Universidad Complutense de Madrid (1966-1971), donde fue alumno del profesor José Cerezo Mir en el año 1968, relación que posteriormente continuaría en la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, realizando bajo su magisterio, su tesis doctoral –tal y como nos recuerda el propio Juan Felipe Higuera(1)– sobre el delito de coacciones(2); alcanzando el grado de doctor –con la máxima calificación de sobresaliente *cum laude*– el 27 de octubre del año 1977 en la Facultad de Derecho de dicha Universidad. El Tribunal a cuya valoración se encomendó su trabajo estuvo integrado por los profesores doctores, don Luis Martín-Ballester y Costea, como Presidente y, como vocales, don Agustín Fernández Albor, don Ángel Torío López y don José Cerezo Mir, quien lo consideraba su primer discípulo, recordándolo como un brillante alumno de Licenciatura en Madrid, incorporándose con

---

(1) Al respecto, véase, HIGUERA GUIMERÁ, J. F., «El sistema de medidas y el erróneo criterio en la formulación del principio de proporcionalidad en el Código penal de 1995», en *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor don José Cerezo Mir* [José Luis Díez Ripollés/Carlos María Romeo Casabona/Luis Gracia Martín/Juan Felipe Higuera Guimerá (Editores)]. Tecnos (Grupo Anaya, SA), Madrid. 2002, p. 1075.

(2) Véase HIGUERA GUIMERÁ, J. F., *El delito de coacciones*, Bosch, Casa Editorial, SA Barcelona, 1978. En una segunda edición, el autor actualizó la Jurisprudencia, además de reelaborar algunos capítulos y tener en consideración el Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1980, así como el Proyecto de Ley de reforma parcial del Código Penal, de 1982.

posterioridad a la cátedra de Derecho penal de la Universidad de Zaragoza, como profesor Ayudante(3).

Obtuvo la cátedra de Derecho penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, con sede en La Rioja, en el mes de octubre de 1991, integrándose en la misma de forma inmediata y desempeñando además, el cargo de Decano, al ser elegido por su Junta de Facultad el día 17 de Diciembre de 1991(4).

La Facultad de Derecho de La Rioja, que dependía de la Universidad de Zaragoza(5), pasó a ser a finales del año 1992, un Centro de la nueva Universidad de La Rioja(6).

Las instituciones tradicionales del Decanato y de la Facultad misma como tal, se transformaron en un Subdirector o Jefe de la Sección o Dependencia de la Licenciatura en Derecho que dependía del Director del denominado, Centro de Ciencias Sociales, Jurídicas y Humanidades (1992-2004)(7), perdiéndose en aquel inicial momento, como nos participaba el Profesor Higuera, la identidad y las citadas instituciones dentro de la mejor tradición universitaria, tanto española como europea; en consecuencia, como a él le gustaba recordar: «fui el primer y el último decano».

---

(3) Así lo evoca el profesor Cerezo Mir en las líneas que prologan la tesis doctoral de Juan Felipe Higuera Guimerá; prefacio en el que resalta su maestro, por una parte, la escasa atención dedicada en aquel momento al delito de coacciones en la Ciencia del Derecho penal española –tarea iniciada por el profesor Rodríguez Devesa y seguida por los profesores, Ángel Torío y Santiago Mir– y, por otra, como la extensa monografía del profesor Higuera, aborda en profundidad, rebasando el marco de la pura exégesis, los interesantísimos problemas que plantea; también en el Código de Justicia Militar. Véase CEREZO MIR, J., Prólogo a *El delito de coacciones*.

(4) Véase HIGUERA GUIMERÁ, J. F., Prólogo a *Las excusas absolutorias*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, SA Madrid, 1993. Este estudio constituyó el segundo ejercicio que presentó para obtener la cátedra de Derecho penal de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria (finales de septiembre de 1991), que obtuvo brillantemente –como advierte el autor– el profesor Juan José Queralt. El mismo ejercicio, sería presentado –dada la imposibilidad material de realizar otro– a los pocos días (octubre de 1991) para obtener la cátedra de Derecho penal de la Universidad de Zaragoza en la Facultad de Derecho de La Rioja.

(5) La Facultad de Derecho de La Rioja fue creada por RD 1025/1989, de 28 de julio, *por el que se crean Centros y se autorizan enseñanzas en las Universidades, de Cantabria, Castilla-La Mancha, Islas Baleares. León. Autónoma de Madrid. Murcia. Oviedo, Salamanca, Valladolid y Zaragoza* (BOE de 10 de agosto) y comenzó a impartir la Licenciatura en Derecho en octubre de 1990.

(6) La Universidad de La Rioja fue creada por Ley 17/1992, de 18 de junio *de creación de la Universidad de La Rioja* (BOE de 19 de junio).

(7) A partir del año 2004, dicho Centro pasó a denominarse, Facultad de Ciencias Sociales, Jurídicas y Humanidades, siendo su actual decana la profesora Isabel Martínez Navas, quien ya trabajó como vicedecana con el profesor Juan Felipe Higuera, a quien tuvo siempre en gran estima.

La Junta de la Facultad de Derecho aprobaría un Plan de Estudios de cinco años, siendo instaurado sin embargo, uno de cuatro años, conforme al criterio sugerido desde el Ministerio de Educación y Ciencia y en contra del parecer del profesorado y del alumnado; tiempo pasado y confuso que se recuerda ahora con la serenidad del transcurrir de los años.

Desde que el Profesor Higuera Guimerá desembarcara en aquella embrionaria Universidad de La Rioja, aún dependiente de la de Zaragoza, tuvo especial cariño por aquellas aulas llenas de jóvenes universitarios riojanos(8), realizando incluso gestiones para que se cediera a La Rioja la biblioteca personal del ilustre penalista José María Rodríguez Devesa, aunque, por alguna ajena vicisitud, no llegó a cuajar, siendo finalmente ubicada en la UNED, en su sede central de Madrid.

En el año 1992, se incorporó el profesor Juan Felipe Higuera como catedrático de Derecho penal de la Universidad de Zaragoza, con sede en esta ciudad. En el momento de su fallecimiento, era Colaborador Extraordinario en dicho Centro universitario y miembro del grupo de investigación, «Grupo de Estudios Penales»(9).

En la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, desarrolló Juan Felipe Higuera la mayor parte de su actividad docente e investigadora, pudiendo disfrutar de su excelente compañía, consejo, afecto y amistad, no sólo sus discípulos(10), sino también, el resto de colegas claustrales y compañeros(11) de la cátedra de Derecho penal. En mi caso, durante casi 30 años.

Siempre pendiente de quien lo necesitaba, ofreciendo su ayuda desinteresadamente, le gustaba recordar «Los intereses creados» del Premio Nobel de Literatura, Jacinto Benavente, «... *Credlo. Para*

---

(8) Reseñable resulta la afectuosa dedicatoria a sus alumnos del curso 1991-92 de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Rioja, recogida en su monografía, *El Derecho Penal y la Genética*. Trivium, Madrid, 1995.

(9) Dirigido por quien fuera su amigo y condiscípulo durante muchos años, el profesor Miguel Ángel Boldova Pasamar.

(10) A su discípulo, Jorge Vizueta Fernández, lo recordaba ya con afecto en HIGUERA GUIMERÁ, J. F., *Las excusas absolutorias*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, SA, Madrid, 1993. A este respecto, véase el Prólogo de esta obra.

(11) Entre ellos, sus condiscípulos, los profesores, María Carmen Alastuey Dobón, Luis Gracia Martín (fallecido el 16.10.2020), de cuyo legado científico da buena cuenta su discípula, la profesora, RUEDA MARTÍN, María Ángeles, en la necrológica publicada en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*. También, los profesores, Asier Urruela Mora, Estrella Escuchuri Aísa, Belén Mayo Calderón o Alfonso Guallart de Viala (fallecido el 19.03.2018).

*salir adelante con todo, mejor que crear afectos es crear intereses»*(12); sugiriendo en su lugar, «... *Creedlo. Para salir adelante con todo, mejor que crear intereses es crear afectos»*, porque los intereses nos envilecen y nos degradan, y los afectos hacia las personas, por el contrario, nos enaltecen, redimen y –me permito añadir– contribuyen a mejorar nuestra calidad humana, aquélla que Juan Felipe tanto demostró poseer a lo largo de su vida.

En su calidad de miembro –desde el año 1980–, del Consejo de Redacción de la prestigiosa editorial, Bosch, Casa Editorial, SA, medió en la publicación de más de treinta libros de profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza.

Esa excelencia natural de Juan Felipe Higuera y de reconocimiento de la verdad y deuda de gratitud a la ayuda y las enseñanzas recibidas de los maestros, se evidenció una vez más, en el acto académico celebrado (17.02.2017) con ocasión de la conmemoración de la fiesta del Patrón de la Facultad de Derecho, San Raimundo de Peñafort. El profesor Higuera Guimerá impartió una conferencia bajo el título «Un recuerdo obligado y permanente: los maestros que admiré» con una emotiva referencia sobre su vida como alumno y profesor; los recuerdos de su maestro José Cerezo Mir, de quien, con el respeto y admiración debidos, se sentía un verso suelto perfectamente engarzado en su escuela. Analizó vivencias compartidas, como la del 23-F, en 1981, cuando ambos viajaban hasta Madrid –con motivo del fallecimiento de don José Antón Oneca– en el «momento más inoportuno para ir a la capital», como genialmente señaló; y de otros autorizados docentes de los que guardaba un grato recuerdo, como don Federico de Castro y Bravo, don Joaquín Garrigues y Díaz-Cañabate, don Fernando Sáinz de Bujanda, don José Luis Lacruz Berdejo o don José Guallart y López de Goicoechea. Un holgado y meritorio aplauso de los asistentes clausuró su jovial intervención, claro reflejo de su singular y animada personalidad.

Los años han pasado y aquellos augurios que se permitió formular, se han visto a la postre con creces confirmados con el grato recuerdo que de él ha quedado entre el profesorado y el alumnado de las Universidades de Zaragoza y de La Rioja, centros universitarios en los que desarrolló su quehacer docente e investigador, así como de otras entidades académicas(13).

---

(12) *Los intereses creados*. Comedia de polichinelas. Acto II: Cuadro tercero, Escena IX. Editorial Cátedra, Letras Hispánicas. Edición al cuidado de Fernando Lázaro Carreter, Madrid, 1981.

(13) Una muestra de ello es el Acto de Homenaje celebrado en el mes de diciembre de 2021, en el seno del grupo de académicos de Derecho penal que confor-

*Imputabilidad y peligrosidad criminal.* Conformaron parte de sus líneas de trabajo, la imputabilidad y la peligrosidad criminal(14), materias por las que sentía especial sensibilidad, considerando que así como el elemento esencial de la antijuridicidad, pone en relación el Derecho penal con el resto de sectores del Ordenamiento jurídico del Estado, como contrapunto, el elemento esencial de la culpabilidad, y especialmente su presupuesto: La imputabilidad (capacidad de culpabilidad), vincula el Derecho penal con las Ciencias humanísticas y médicas, particularmente con la Psiquiatría, y por ello, la imputabilidad es, sin duda, la parte más elevada y noble del Derecho penal(15).

Esta especial atención dedicada al estudio del presupuesto de la culpabilidad, tanto en relación a los menores(16), como en lo referido al Derecho penal de adultos, le llevó, recordando al profesor

---

man el Círculo Telemático de Derecho Penal Chileno, en el que el Prof. Juan Carlos Cárcamo Olmos le dedicó la conferencia de la Jornada de clausura del ciclo de conferencias ofrecidas para el año 2021.

(14) En este ámbito, dirigió cursos monográficos de doctorado. Así por ejemplo, *Psiquiatría y Derecho penal (1999-2000)*; sobre medidas de seguridad: *El sistema de medidas de seguridad en el nuevo Código penal (1997-1998)*. Véase también su trabajo *El sistema de medidas y el erróneo criterio en la formulación del principio de proporcionalidad en el Código penal de 1995*, pp. 1075 ss.

(15) Véase HIGUERA GUIMERÁ, J. F., «La prueba pericial psiquiátrica en los procedimientos judiciales penales y la Medicina Forense en España: Una respetuosa llamada “urgente” de atención», en *Estudios Penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal* [Juan Carlos Carbonell Mateu/Bernardo del Rosal Blasco/Lorenzo Morillas Cueva/Enrique Orts Berenguer/Manuel Quintanar Díez (coords.)]. Dykinson, SL Madrid, 2005, pp. 503 ss.

(16) Véase HIGUERA GUIMERÁ, J. F., «El problema de la imputabilidad de los menores y de los jóvenes en la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores», en *El nuevo Derecho penal juvenil español* (Jornadas sobre la nueva Ley Penal del Menor, celebradas en la Universidad de Zaragoza, los días 4, 10 y 11 de mayo de 2001). Gobierno de Aragón, Zaragoza, 2002, pp. 71 ss. Expone el autor en este trabajo, las dificultades existentes en relación al criterio cronológico o biológico puro de la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor, enfatizando la problemática de una eventual ausencia de madurez suficiente en el menor para comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión; situación de inmadurez, que, sin embargo, no permite aplicar las eximentes de anomalía o alteración psíquica (art. 20.1.º CP), intoxicación plena (art. 20.2.º CP), alteraciones en la percepción (art. 20.3.º CP), miedo insuperable (art. 20.6.º CP), estado de necesidad en algunos supuestos (art. 20.5.º CP) o el error de prohibición (art. 14.3 CP); considerando en consecuencia, como solución, que sea el juez, caso por caso, quien, –con independencia de que la Ley fije un límite de inimputabilidad (mayor de 14 años) hasta los 18 años– determine cuándo los menores tendrán madurez y cuándo no, toda vez que no puede el Legislador establecer que todos los mayores de 14 años y menores de 18 años tienen madurez; incluso, en relación a determinados delitos puede haberla, no así respecto a otros; observaciones todas

Eugenio Cuello Calón, quien ya en 1926 advertía de la «falta de preparación psiquiátrica, aún elemental, en los llamados a intervenir en la administración de la justicia criminal y la forma imperfecta en que tienen lugar los peritajes psiquiátricos ante los tribunales (...)», a enfatizar la conveniencia y necesidad de que nuestros Jueces, Fiscales y Abogados, tengan un mínimo de conocimiento científico en Psiquiatría y a mantener siempre una clara opinión en favor de la debida especialización, en esa rama técnica de la medicina, de los peritos intervinientes en evaluaciones o emisión de dictámenes(17); incidiendo así en este problema que calificó de bastante grave y de socialmente relevante.

Se mostraba muy crítico ante supuestos de ausencia de una rigurosa valoración de la imputabilidad; más aún, cuando de ello se derivaba la imposición de penas privativas de libertad; manteniendo siempre su improcedencia desde el punto de vista psiquiátrico. Reiteraba que no está indicado que un discapacitado psíquico se encuentre en un establecimiento penitenciario «no psiquiátrico»(18).

---

ellas, que expone comparativamente con el sistema de Justicia penal Italiano y con la Ley penal Juvenil de Alemania.

(17) Ideas o pensamientos, ya plasmados en el proemio de mi libro sobre la imputabilidad del enfermo psíquico, que constituye en lo fundamental mi tesis doctoral. A este respecto, véase, HIGUERA GUIMERÁ, J. F., Prólogo a *La imputabilidad del enfermo psíquico: Un estudio de la eximente de anomalía o alteración psíquica en el Código penal español*. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid. Editoriales de Derecho Reunidas, SA Madrid. 2003, pp. 19 ss.; postulados desarrollados posteriormente en su trabajo, *Penados con deficiencias psíquicas en establecimientos «no psiquiátricos» penitenciarios*, en *Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal: Estudios en Homenaje al Profesor Alfonso Serrano Gómez* [Francisco Bueno Arús/Helmut Kury/Luis Rodríguez Ramos/Eugenio Raúl Zaffaroni (coords.)] [José Luis Guzmán Dalbora, Alfonso Serrano Mañllo (editores)]. Editorial Dykinson, SL Madrid. 2006, pp. 819 ss.

(18) Véase, al respecto de toda esta cuestión, HIGUERA GUIMERÁ, J. F., *Penados con deficiencias psíquicas en establecimientos «no psiquiátricos» penitenciarios*, pp. 815 ss. En este importante trabajo, realiza una clara exposición de la perfeccionable situación derivada de la grave realidad de la existencia, en nuestro sistema penitenciario, de penados que padecen anomalías o alteraciones psíquicas, internos en los Establecimientos «no psiquiátricos» penitenciarios, haciéndose eco también, del número de esas personas con discapacidad psíquica, es decir, con alguna anomalía o alteración psíquica, bien sobrevenida durante el cumplimiento de la pena privativa de libertad —en la prisión— bien porque ya la padecían en el momento de cometer el hecho penalmente típico.

Evidenció en múltiples reuniones científicas y artículos doctrinales (19) –también periodísticos (20)– tal anómala situación, de indudable interés y gran trascendencia, cuyo origen, a su juicio, ya postuló el profesor Juan del Rosal en 1951 (21), y que no ha decaído en la actualidad, advirtiendo del problema que plantea la emisión de informes de cariz psiquiátrico en procedimientos penales sin la debida especialización médica en Psiquiatría, no pudiéndose, consecuentemente, analizar (realmente), en estos casos, en su plenitud a un nivel formal y material la imputabilidad, inimputabilidad o, en su caso, semiimputabilidad de la persona sometida a enjuiciamiento penal, con las gravísimas repercusiones y consecuencias jurídicas que tiene en todos los sentidos, ya que de este informe pericial psiquiátrico así emitido, depende o la imposición de una pena o una medida de seguridad, o bien, la de una pena atenuada junto a la de una medida de seguridad; de modo que si no se examina material y formalmente el presupuesto de la culpabilidad, se estaría vulnerando este principio básico y fundamental del Derecho penal, pudiendo afectarse o ponerse en peligro la dignidad de las personas (22).

Desde la exposición de su opinión crítica dirigida contra la situación legal, no contra profesionales o prestigiosos cuerpos del Estado; enuncia la clara y notoria propensión, recurrente en la Administración de Justicia, a aceptar el contenido material de los informes, de los dictámenes, y de las opiniones de los médicos forenses (al pertenecer los mismos a un prestigioso cuerpo, y ser verdaderamente cabales funcionarios revestidos de la calidad de la objetividad y de la imparcialidad material y formal) frente a los informes, las propuestas y las opiniones

---

(19) Además de los ya reseñados, véanse, por ejemplo, sus trabajos, «Estudio de las causas de inimputabilidad en los sujetos activos de los delitos relacionados con la violencia doméstica y de género», en *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género* [Miguel Ángel Boldova Pasamar/María Ángeles Rueda Martín (Coords.)]. Atelier. 2004, pp. 227 ss. También, «La imputabilidad en los sujetos activos de la violencia doméstica y de género: Referencia a la práctica de la prueba pericial-psiquiátrica», en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 3, 2005.

(20) Así, el ilustrativo artículo, «Los jueces deciden según se les informa» publicado (23.11.2016) en el Diario *La Rioja*.

(21) En el Prólogo que dedica a la obra de José María Codón e Ignacio López Sáiz, *Psiquiatría jurídica penal y civil*. Imprenta Aldecoa, Burgos, 1951 y en *La personalidad del delincuente en la técnica penal*. Valladolid, Publicaciones de los Seminarios de Derecho, 1949, p. 100. Véase HIGUERA GUIMERÁ, J. F., *La prueba pericial psiquiátrica en los procedimientos judiciales penales y la Medicina Forense en España: Una respetuosa llamada «urgente» de atención*, p. 517, (nota al pie, núm. 40).

(22) Véase HIGUERA GUIMERÁ, J. F., *La prueba pericial psiquiátrica en los procedimientos judiciales penales y la Medicina Forense en España: Una respetuosa llamada «urgente» de atención*, p. 503; también, *Penados con deficiencias psíquicas en establecimientos «no psiquiátricos» penitenciarios*, pp. 826 y 836.

psiquiátricas presentadas por las partes, que no por esa procedencia tienen que dejar de ser imparciales(23).

Según él decía: «Estas personas enfermas mentales que han cometido un hecho típico son las personas más olvidadas de la sociedad española(24)». Se trata, por tanto, de un tema pendiente de resolución en la Administración de Justicia en España, e incomprensible, en una materia tan sensible, importante y muy compleja como es la psiquiátrica, en una sociedad muy especializada (súper especializada) en todos los ámbitos, incluso en los más fútiles(25).

Advertido el problema, postulaba posibles soluciones(26). Quienes lo conocían bien, saben que no hubo líder político nacional que no recibiera una carta del Profesor Juan Felipe Higuera acerca de esta cuestión. Todo ello, en la mejor línea del más universal e ingenioso hidalgo español.

*Derecho penal del menor.* El Derecho penal de los menores fue también una especialidad para él, muy respetada, quizás por la implicación que para los propios afectados y para la sociedad en general tenía y, a la que dedicó particular atención docente(27) e investigadora, fruto de la cual, entre otras publicaciones (28) puede singularizarse su clarificadora monografía, *Derecho penal juvenil*(29),

---

(23) Véase HIGUERA GUIMERÁ, J. F., *La prueba pericial psiquiátrica en los procedimientos judiciales penales y la Medicina Forense en España: Una respetuosa llamada «urgente» de atención.*, pp. 517 y 523.

(24) Véase HIGUERA GUIMERÁ, J. F., *Penados con deficiencias psíquicas en establecimientos «no psiquiátricos» penitenciarios*, p. 825 (nota al pie de p.18).

(25) Véase HIGUERA GUIMERÁ, J. F., *La prueba pericial psiquiátrica en los procedimientos judiciales penales y la Medicina Forense en España: Una respetuosa llamada «urgente» de atención.*, pp. 524 y 525.

(26) Respecto a sus propuestas *de lege ferenda*, véase, HIGUERA GUIMERÁ, J. F., *La prueba pericial psiquiátrica en los procedimientos judiciales penales y la Medicina Forense en España: Una respetuosa llamada «urgente» de atención.*, pp. 527 y 528.

(27) Junto a la profesora Estrella Escuchuri Aísa, se encargó de la docencia durante varios cursos en la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, de la asignatura optativa «Derecho penal juvenil», hasta que ésta fue extinguida del Plan de estudios.

(28) Véanse, por ejemplo, sus trabajos, «Derecho penal juvenil español. Su evolución histórica (siglos xix y xx)», en *Estudios de historia de las ciencias criminales en España*. [Javier Alvarado Planas/Alfonso Serrano Maíllo (Coords.)]. Dykinson, SL, Madrid, 2007. Igualmente, «La transformación de la originaria Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores y sus consecuencias jurídicas», en *Revista General de Derecho penal*, núm. 3, 2005. Igualmente, «Las repetidas reformas parciales de la Ley Penal del Menor», en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 27, 2006. «Los antecedentes históricos de la minoría de edad penal», en *Actualidad Penal*, núm. 34, 2003.

(29) Véase HIGUERA GUIMERÁ, J. F., *Derecho penal juvenil*, Bosch, SA, Barcelona, 2003. Dividida en cuatro partes, en la primera, a modo de introducción general,



a través de la que el profesor Higuera, con esfuerzo, dedicación y voluntad, expuso de modo objetivo y pedagógicamente racionalizado, a la vez que sintético, sistemático y completo, el Derecho Penal juvenil español comprendido en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, *reguladora de la responsabilidad penal de los menores*.

Cabe destacar también, su trabajo: «La supresión de la posibilidad de aplicar la Ley Penal del menor a los jóvenes: Una decisión errónea (hacia la restauración *de lege ferenda* del Derecho Penal Juvenil en España)», como contribución al Libro Homenaje al Profesor Enrique Gimbernat Ordeig(30); estudio crítico de la que consideraba desacertada supresión, a través de la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre –que modificó la primigenia Ley Orgánica, 5/2000, de 12 de enero, *reguladora de la responsabilidad penal de los menores*–, de la posibilidad contemplada en su artículo 4, de aplicar la misma a los mayores de 18 años y menores de 21 (jóvenes); reseñando ciertos acontecimientos (jurídicos y sociales) acaecidos en relación al indicado precepto(31), todo ello, como claro exponente de una ausencia de política criminal en este ámbito y, a la postre, episodio de la historia del Derecho penal español.

Entendía oportuna la existencia, en los Planes de Estudios de las Facultades de Derecho, de una asignatura de Derecho Penal juvenil, optativa y cuatrimestral, atendida su gran trascendencia social(32); todo ello, además, en pos de una mirada consciente y de reconocimiento a la tradición legislativa española en la materia.

*Derecho penal y genética.* Durante los días 24 al 26 de mayo del año 1993 se celebró en la Universidad de Deusto, Bilbao, bajo el patro-

---

alude a los modelos de regulación, con una visión histórica y mención a los Textos internacionales. En la segunda, hace una exposición del Derecho Penal juvenil comparado, destinándose la tercera al análisis de los principios informadores del español y la cuarta, al del Derecho procesal penal juvenil español.

(30) Véase HIGUERA GUIMERÁ, J. F., *La supresión de la posibilidad de aplicar la Ley Penal del menor a los jóvenes: Una decisión errónea (hacia la restauración de Lege ferenda del Derecho Penal Juvenil en España)*, en *Estudios penales en Homenaje a Enrique Gimbernat* [Carlos García Valdés/Antonio Cuerda Riezu/Margarita Martínez Escamilla/Rafael Alcácer Guirao/Margarita Valle Mariscal de Gante (Coords.)]. Tomo II. Edisofer, SL, Madrid, 2008, pp. 2357 ss.

(31) Como fueron las sucesivas suspensiones del mismo, las presiones sociales e institucionales; las continuas reformas de la LORPM, la primera suspensión producida durante la *vacatio legis*; los cambios constantes de criterio durante la tramitación parlamentaria de la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, *por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, hasta que se suprimió la posibilidad (el día 5 de febrero de 2007); la vigencia del artículo 4 solamente durante 35 días; advirtiendo también de la desacertada Instrucción 5/2006 del Fiscal General del Estado.

(32) Véase HIGUERA GUIMERÁ, J. F., Prólogo a *Derecho penal juvenil*.

cinio de la Fundación BBVA y con la colaboración de la Diputación Foral de Vizcaya, el Encuentro Internacional sobre «El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano», que permitió el intercambio de los puntos de vista entre eminentes científicos (algunos de ellos, honrados con el Premio Nobel) y juristas de varios países, entre quienes se encontraba el profesor Higuera Guimerá, que, guiado por ese fecundo magisterio hacia sus discípulos, tuvo la delicadeza de facilitarnos que le acompañáramos y nosotros de aprovechar la oportunidad de participar del internacional Encuentro, que concluyó con la Declaración de Bilbao, como marco de referencia y de consenso, documento que fue leído y dado a conocer en el Acto de Clausura del día 26 de mayo de 1993.

Fue así Juan Felipe Higuera, uno de los primeros penalistas españoles en reconocer el alcance de la información obtenida sobre el genoma, analizando sus aspectos penales en varios trabajos(33).

Un signo de su espíritu de estudio y de indagación, es su adelantada publicación «El Derecho Penal y la Genética»(34), obra dividida en una Parte General, dedicada al análisis de las cuestiones básicas relacionadas con el Derecho penal y las consecuencias jurídicas generales para el Ordenamiento jurídico, así como el corolario del «magno Proyecto Genoma Humano» –como lo denominaba Higuera Guimerá(35)– en sus aspectos sociales, éticos y jurídicos, los límites a la libertad de experimentación y la derivación de la secuenciación y correlación del genoma humano, en relación al problema del libre albedrío; analizando en la Parte Especial del monográfico trabajo, las conductas de manipulación genética, la fecundación de los óvulos humanos con fin distinto a la procreación humana, la clonación de embriones humanos, la utilización de la ingeniería genética para producir armas biológicas o exterminadoras de la especie humana, entre otras conductas, con especial atención a los problemas de la terapia génica en la vía somática y en la vía germinal, alcanzado así la meta sistematizadora a la que la

---

(33) Véanse, por ejemplo, sus interesantes contribuciones, «Los problemas jurídico-penales de la terapia génica en la vía somática y en la vía germinal», en *Revista de Derecho y Criminología*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, núm. 3, Madrid, 1994. En el núm. 25 de la misma periódica publicación: *El Derecho ante el Proyecto Genoma humano: El encuentro internacional de Bilbao de 1993* (1994). «Consideraciones jurídico-penales sobre las conductas de clonación en los embriones humanos (I y II)», en *Revista de Derecho y Genoma Humano*. Bilbao, 1994-95. También dirigió Cursos de doctorado en la Universidad de Zaragoza, sobre *El genoma humano: Aspectos penales (1991-1994)*. Igualmente, dictó conferencias sobre dicha novedosa temática, suscitando su interés en el ámbito universitario, más allá de las aulas, como, por ejemplo, en Colegios Mayores Universitarios o Residencias de esta índole.

(34) Véase HIGUERA GUIMERÁ, J. F., *El Derecho Penal y la Genética*.

(35) Véase el Prólogo de su obra, *El Derecho Penal y la Genética*.

obra en su conjunto aspiraba; contribuyendo con ello, a paliar la escasez de literatura jurídica penal española existente en el momento(36).

«El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano»(37), «El genoma humano»(38), «Consideraciones jurídico-penales sobre las conductas de clonación en los embriones humanos (I) y (II)(39)» o, «Los problemas jurídico-penales de la terapia génica en la vía somática y en la vía germinal»(40), son otros trabajos de referencia en la materia, novedosa en aquel momento; contribuciones todas ellas acordes con el espíritu de estudio y búsqueda del dinámico Juan Felipe Higuera Guimerá.

Fue miembro del Consejo Asesor de la reconocida publicación de carácter periódico, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, editada por la Cátedra de Derecho y Genoma Humano(41), en colaboración con la Fundación BBV-Diputación Foral de Vizcaya y la Universidad de Deusto.

*Animales y Derecho penal*. Otro de sus temas esenciales fue el estudio de la tutela jurídica de los animales, publicando en el año 1994, con el patrocinio de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia e Interior, el primer trabajo relacionado con una disciplina entonces reciente y dispersa, titulado, *La protección penal de los animales en España*(42). Hasta entonces, esta materia no había sido objeto de estudio en España y era totalmente desconocida, constituyendo la primera obra que afronta una tutela jurídica de los animales, como expuso Juan Felipe Higuera en su ponencia, «La protección jurídica-penal de los

---

(36) Véase la recensión de MINGOT FELIP, Tomás, en la *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 4, Enero-Junio. Cátedra de Derecho y Genoma Humano. Fundación BBV-Diputación Foral de Bizcaia. Bilbao. Universidad de Deusto. 1996, pp. 243 y 244, a la excelente obra de Juan Felipe Higuera, *El Derecho Penal y la Genética*.

(37) Véase HIGUERA GUIMERÁ, J. F., «El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano», en *Cuadernos de política criminal*, núm. 57, 1995.

(38) Véase HIGUERA GUIMERÁ, J. F., «*El genoma humano*», *DS: Derecho y salud*, Vol. 7, Enero-Diciembre 1999.

(39) Véase HIGUERA GUIMERÁ, J. F., «Consideraciones jurídico-penales sobre las conductas de clonación en los embriones humanos (I) y (II)», en *Revista de Derecho y Genoma Humano. Genética, biotecnología y medicina avanzada*, núm. 1 (1994) y núm. 2 (1995). Dykinson, SL.

(40) Véase HIGUERA GUIMERÁ, J. F., «Los problemas jurídico-penales de la terapia génica en la vía somática y en la vía germinal», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 3, 1993.

(41) En el seno del Grupo de Investigación dirigido por su querido y respetado condiscípulo, Carlos María Romeo Casabona.

(42) Véase HIGUERA GUIMERÁ, J. F., *La protección penal de los animales en España*, Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia. Documentación Jurídica, núm. 79, con Prólogo de Pedro Rocamora García-Valls. Madrid, 1994.

animales en España», en el marco de la Mesa redonda celebrada el 18 de febrero de 2019, en la Real Academia de Ciencias Veterinarias de España, sobre el tema: «La protección jurídica-penal de los animales en España y la existencia de la conciencia animal.»

El profesor Juan Felipe Higuera, fue pionero de un camino emprendido por tantos actuales juristas(43); existiendo actualmente numerosos trabajos sobre el tema(44) y, habiendo surgido incluso, junto con (Fiscalía especializada) unidades de especialización en el ámbito de los programas de formación de los Colegios de Abogados de España(45), como fieles vigías de la observancia de las obligaciones o los deberes jurídicos que las personas tienen hacia los animales.

A ese precursor trabajo, siguieron otras publicaciones, como por ejemplo, «Los malos tratos crueles a los animales»(46) o «El tráfico ilegal de especies protegidas de fauna silvestre»(47).

Su artículo «El derecho penal de los animales»(48), publicado en el año 2018, es un alegato en defensa del bienestar animal, en el que sin afanes de singularidad ni apetito de novedad, nos recuerda al veterinario madrileño, don Cesáreo Sanz Egaña (1885-1959), quien, ya en el año 1919 en su artículo titulado, «La protección a los animales»,

---

(43) Tal y como ya en 1994, fundadamente presumió su querido amigo, el Académico de la Real Academia de Doctores de España, Pedro Rocamora García-Valls, en el prefacio ofrecido a su libro (Véase ROCAMORA GARCÍA-VALLS, P., Prólogo a *La protección penal de los animales en España*). En palabras del Dr. Rocamora: «(...) Este trabajo, en su doble faceta doctrinal y de compilación legislativa, será muy clarificador y pedagógico para los encargados de aplicar las normas que en el futuro tengan que entender (realmente) de estos asuntos. (...)»

(44) Véase, por ejemplo, JAURRIETA ORTEGA, I, «El bien jurídico protegido en el delito de maltrato animal», en *Revista de Derecho de la UNED*, núm. 24. OLMEDO DE LA CALLE, E., *Los delitos de maltrato animal en España*. 1.ª ed., Tirant lo Blanch. Valencia. 2021. GARCÍA SOLÉ, M., «El delito de maltrato a los animales. El maltrato legislativo a su protección» en *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 18, enero de 2010. HAVA GARCÍA, E., *La tutela penal de los animales*, Tirant lo Blanch, Valencia. 2009. También, REQUEJO CONDE, C., *La protección penal de la fauna*, Comares, Granada, 2010.

(45) Como, por ejemplo, Zaragoza (Sección), Madrid (Sección), Valencia (Sección), Barcelona (Comisión), Sevilla (Comisión), Sevilla (Comisión), Córdoba (Comisión), Granada (Asociación o Grupo de derecho ambiental y animal), Tarragona (Sección), Baleares (Comisión) o Gerona (Sección).

(46) Publicado en la *Revista Actualidad Penal*, núm. 17. Madrid, 1998.

(47) *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 53. Madrid, 1994, pp. 523 ss. El mismo, en *Poder Judicial*, núm. 35. 1994, pp. 179 ss.

(48) HIGUERA GUIMERÁ, J. F., «El derecho penal de los animales», en *Estudios jurídico penales y criminológicos: en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva* [José María Suarez López/Jesús Barquín Sanz/Ignacio F. Benítez Ortíz/María José Jiménez Díaz/José Eduardo Sáinz Cantero Caparrós (Coords.)]. Vol. 1. Dykinson. Madrid, 2018, pp. 1153 ss.

hacía referencia al maltrato físico de aquéllos de carga que se empleaban habitualmente en el transporte de mercancías en el Madrid de principios del siglo xx y la pasividad de los transeúntes, proponiendo también, el ilustre veterinario, la debida protección de los mismos, en el «Discurso inaugural de apertura del I Congreso Internacional Veterinario de Zootecnia», celebrado en Madrid en el año 1947, refiriéndose a «los derechos del animal», que, en la tradición jurídica de autorizados civilistas, recordaba el profesor Higuera(49), tiene su traslación en las obligaciones o deberes jurídicos que detentan las personas en la protección de los animales, amparo y buen cuidado; observaciones e ideas condensadas y trasvasadas en la mencionada disertación, ofrecida en la Real Academia de Ciencias Veterinarias de España, el 18 de febrero de 2019.

Debo hacer una obligada referencia a sus palabras proemiales al dictado de aquella conferencia en la referenciada Institución, a la que amablemente me invitó y que constituyó, sino el postrero, sí, uno de sus últimos actos académicos, y que fueron ofrecidas en recuerdo de su padre, que estudió Veterinaria en la Facultad ubicada en el bello edificio de la plaza de Embajadores, hoy convertido en el *Instituto Cervantes* y a quien don Cesáreo Sanz Egaña dedicó gran parte de sus libros, los cuales conservaba el profesor Juan Felipe Higuera con un gran cariño. Quizás de ahí, su gran interés por los animales y su idea inicial de haber cursado los estudios de Veterinaria, aspiración que quedó en mero proyecto, cambiando de rumbo hacia una nueva meta, lo cual no fue óbice, sin embargo, para alojar en su marco bibliográfico ese primer estudio sobre la protección penal de los animales publicado en España.

*Derecho penal militar*. Fue una disciplina que cultivó singularmente(50) –siempre desde el máximo respeto a la libertad del

---

(49) HIGUERA GUIMERÁ, J. F., *El derecho penal de los animales*, pp. 1158 y 1162.

(50) En este sentido, impartió varios Cursos de doctorado relacionados con esta especialidad en la Universidad de Zaragoza: *El derecho penal militar español: La nueva reforma e innovación del Derecho penal militar de España* (1987). También: *Derecho penal militar. Parte General* (1990), así como, el relativo a *La eximente de miedo insuperable en el Derecho penal común y militar español*. (1990-1991); *Curso de Derecho penal militar español*. (1991) en la Universidad de La Laguna; Seminario de la Academia General Militar-Universidad de Zaragoza, sobre *La nueva regulación del Derecho disciplinario en las Fuerzas Armadas*. (1987). Igualmente, impartió las siguientes conferencias sobre *Las sanciones militares*, en la Escuela Libre de Derecho y Economía (Madrid, 1990). También, en el Centro de Estudios de la Defensa Nacional (CESEDEM), sobre *Las repercusiones de la Nueva Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores en la Jurisdicción militar* (Madrid, 2001). También, en la Escuela de Estudios Jurídicos de la Defensa (Madrid, 2001).

ciudadano y de sus derechos y deberes en relación al Estado(51)– y de la que era un gran especialista, atendida su condición de miembro del Cuerpo Jurídico del Ejército del Aire, en el que había ingresado en el año 1973, desempeñado prácticamente todas las funciones y los destinos propios del mismo: Secretario de Justicia, Asesor, Auditor y Fiscal, hasta que fue nombrado Fiscal del Principado de Andorra, y Miembro de la Comisión para la Reforma de la Administración de Justicia de Andorra(52).

Destaca su «Curso de Derecho penal militar español»(53), obra que responde a una idea sistemática de la disciplina proyectada en tres partes consagradas respectivamente a la Introducción al Derecho Penal Militar español, a la Teoría jurídica del delito militar y a sus Consecuencias jurídicas, en la que explica la estructura y el contenido de esta rama jurídica, plasmando los Principios fundamentales inspiradores de la Parte General y que, constituye una obra autónoma en una materia bastante olvidada por la Ciencia del Derecho penal española y por la propia Universidad y, con la que el Profesor Juan Felipe Higuera, trató de trasladar una concepción pedagógica de una materia, como él decía, utilizando términos castrenses, evitando que la misma se convierta en fortaleza inexpugnable.

Reseñable es también su participación en los *Comentarios al Código penal militar* –en referencia al aprobado en el año 1985–, obra colectiva en la que se ocupó de forma pormenorizada, de la eficacia de la Ley Penal en el espacio(54) regulada en el Código penal militar conforme al principio –complementario del territorial– real de la defensa o de protección de intereses(55); así como de las clases, duración y cumplimiento de las penas previstas en dicho texto castrense, realizando un exhaustivo análisis de cada una de ellas y, en especial –también, desde la perspectiva del Derecho Penal Militar comparado–

---

(51) Véase su contribución «La objeción de conciencia al servicio militar español y la prestación social sustitutoria», en *Presupuestos a la Reforma penal*. Centro de Estudios Criminológicos, Universidad de La Laguna, La Laguna, 1992.

(52) Como él mismo advierte en la Introducción a su obra *Curso de Derecho penal militar*. I, Parte General. Bosch, Casa Editorial, SA, Barcelona, 1990, p. XXIII.

(53) Véase HIGUERA GUIMERÁ, J. F., *Curso de Derecho penal militar*.

(54) Artículo 7.º de la entonces vigente Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, *del Código penal militar*; artículo 1.6 del actual Código penal castrense, aprobado mediante Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, *del Código Penal Militar*.

(55) Véase HIGUERA GUIMERÁ, J. F., *Comentarios al Código penal militar*. [Ramón Blecuá Fraga y José Luis Rodríguez Villasante (Coords.)]. Civitas, SA, Madrid, 1988, pp.197 ss.

por su trascendencia e importancia, de la privativa del derecho a la vida(56), en «tiempo de guerra»(57).

Consciente de la complejidad del Derecho penal militar –dado que requiere de un conocimiento no sólo del Derecho penal común–, dedicó esfuerzos en publicar ensayos revisando los ya realizados e incorporando otros de nuevo contenido; así por ejemplo, «Las fuentes del Derecho Penal Militar de España»(58), «La nueva reforma a innovación del derecho penal militar español»(59),«La eximente de miedo insuperable en el Derecho penal común y militar español(60)» –primer trabajo monográfico sobre esta circunstancia– «Aplicabilidad en Derecho Penal Militar del artículo 66 del Código Penal Común»(61) o «La sedición militar»(62) permitiendo así recorrer las sendas de un dominio tan extenso y ofrecer una visión panorámica de la disciplina(63).

---

(56) Véase HIGUERA GUIMERÁ, J. F., *Comentarios al Código penal militar*, pp. 461 ss. y pp. 559 ss.

(57) Véase HIGUERA GUIMERÁ, J. F., *El Real Decreto-ley núm. 45/1978, que sustituyó a la pena de muerte: Problemas y soluciones*. J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1983. En relación a los requisitos recogidos por la Constitución española para que pueda imponerse la pena de muerte, véase también, fundamentalmente, la obra del mismo autor *La previsión constitucional de la pena de muerte (Comentario al artículo 15, segundo inciso, de la Constitución española de 1978)*, Bosch, Casa Editorial, SA, Barcelona, 1980, pp. 36 ss.

(58) Véase HIGUERA GUIMERÁ, J. F., «Las Fuentes del Derecho Penal Militar de España», en *Estudios de derecho penal y criminología: en homenaje a José María Rodríguez Devesa*, Vol. 1, Universidad Nacional de Educación a Distancia. Madrid, 1989, pp. 421 ss.

(59) Véase HIGUERA GUIMERÁ, J. F., «La nueva reforma a innovación del derecho penal militar español», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. Extra-11, 1986 (Ejemplar dedicado a Estudios de derecho Penal en homenaje a Luis Jiménez de Asúa), pp. 371 ss.

(60) Véase HIGUERA GUIMERÁ, J. F., *La eximente de miedo insuperable en el Derecho penal común y militar español*, Bosch, Casa Editorial, SA, Barcelona. 1992.

(61) Véase HIGUERA GUIMERÁ, J. F., «Aplicabilidad en Derecho Penal Militar del artículo 66 del Código Penal Común», en *Revista General de derecho*, núm. 535, 1989, pp. 2139 ss.

(62) Véase HIGUERA GUIMERÁ, J. F., «Sedición militar. Comentarios al artículo Sexto de la Ley Orgánica 14/85, de 9 de diciembre de modificación del Código penal y de la Ley Orgánica 8/84, de 26 de diciembre, en correlación con el Código penal militar», en *La reforma de los delitos contra la defensa nacional*. Revista de Derecho Privado, Edersa, tomo X, Madrid, 1989.

(63) Labor que complementó participando en diversos cursos y seminarios sobre la materia; así, por ejemplo, invitado por el profesor Romeo Casabona, impartió un *Curso de Derecho Penal Militar Español*, celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de la Laguna (1991). También, cabe destacar, su conferencia sobre las *Sanciones militares*, en la Escuela Libre de Derecho y Economía (1990) o, su intervención en el Seminario de la Academia General Militar-Universidad de Zaragoza,

Completó su trayectoria académica con estancias en Instituciones extranjeras, como las Facultades de Derecho de la Universidad de Columbia y de San Diego; Facultad de Derecho de la Universidad de Montreal; la Facultad de Derecho de la Universidad de Roma; el Instituto de Derecho Comparado de París; la Facultad de Derecho de la Universidad de Turín; en la Facultad multidisciplinar de ciencias humanas y sociales de la Universidad de Perpiñán; la Biblioteca «Hammarskjöld» de Naciones Unidas; en el Instituto Max Planck de Derecho penal extranjero e internacional en Friburgo de Brisgovia; la Consejería de Educación y Cultura del Gobierno del Principado de Andorra o el Congreso Internacional de la Sociedad Internacional de Derecho Penal Militar y de la Guerra (Edimburgo), lo que le llevó a implementar una perspectiva sumamente integradora del Derecho penal.

Además de las publicaciones ya mencionadas, hubo otras aportaciones de interés en obras colectivas(64) o artículos, destacando entre estos últimos, sus trabajos en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales* sobre temas tan variados, como los delitos contra la libertad(65), el concepto de delito político(66) o la Ley penal en el espacio(67), cuestión esta de la eficiencia de la Ley penal, a la que

---

sobre el tema: *La nueva regulación del Derecho disciplinario en las Fuerzas Armadas* (1987). Igualmente, en el ámbito de dicha institución castrense, presentó varias ponencias sobre variada temática: *El Capitán General como Autoridad Judicial. Su historia* (1995). *Las repercusiones del Código penal de 1995 en el Código penal de 1985* (1996). *La abolición de la pena de muerte en el Código penal Militar* (1996). *Diferencias entre el Derecho disciplinario común y el Derecho disciplinario militar* (1997).

(64) Así, por ejemplo, el *Diccionario Jurídico*. Espasa-Calpe, SA, Madrid. 1991, obra colectiva en la que el autor comenta varias voces. Es también destacable su participación, analizando varios artículos, en la obra *Comentarios al Código penal*, dirigidos por Manuel Cobo del Rosal. Edersa, Madrid, 2000. También «*Las condiciones objetivas de punibilidad y las excusas absolutorias*», en *El nuevo Código penal: Presupuestos y fundamentos*. Libro Homenaje al Profesor Dr. Don Ángel Torío López. Comares, Granada, 1999, pp. 387 ss. Igualmente, «La pena de arresto de fin de semana en el Anteproyecto de Código penal de 1992», en *Política criminal y reforma penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*. Edersa, Madrid, 1993, pp. 703 ss. o, «*La protección penal del estado civil de las personas*», en *Estudios jurídicos en memoria del profesor Dr. Don José Ramón Casabó Ruiz*. Universidad de Valencia, 1998, pp. 993 ss.

(65) Por ejemplo, sobre «Los tipos agravados de coacciones del artículo 496, párrafos 2.º y 3.º del Código penal» (1978).

(66) «Estudio de la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1978: El concepto de delito político» (1978).

(67) «Ley penal en el espacio: Problemas que plantea el corredor internacional de Puigcerdá a Llívia, enclave español en Francia» (1982). En esta revista, también, «El tráfico ilegal de las especies protegidas de flora y de fauna silvestre» (1994);



también dedicaría su atención en otras revistas(68). Cabe destacar también, diversos trabajos bajo el patrocinio del Ministerio de Justicia(69) y otras contribuciones sobre diversa temática(70).

Igualmente, solía escribir de temas de Derecho penal, asuntos de política y de interés social en general, en medios de comunicación en los que participaba asiduamente, como por ejemplo, en los periódicos *Heraldo de Aragón*, *Diari de Tarragona*, *Melilla Hoy* o el diario *La Rioja*.

*Principado de Andorra*. Resultó muy interesante y fructífera su etapa de Fiscal de este Estado(71). Elaboró un Estudio sobre su sistema de fuentes en el Derecho penal, publicado en la Revista *Anuario de Derecho penal*(72), con un acotamiento certero de la materia investigada y referencia a los materiales de los que dispuso para elaborarlo. En el mismo, se advertía que el Principio de legalidad de los delitos y de las penas, no regía en este Estado, al no haberse llevado a cabo el proceso de codificación, lo que, sin lugar a dudas, resultó un aliciente para formar parte en el año 1986, de la Comisión mixta Franco-Episcopal, que redactó y propuso un Estudio de Anteproyecto de Código penal para dicho Estado, dada la ausencia de un texto penal en el que se tipificaran las distintas figuras delictivas y se establecieran las

---

incluyendo, también, otro conjunto de trabajos, como la traducción del artículo del profesor Adolfo Venditti, «La objeción de conciencia» (1984); su recensión a la obra de Uwe Hansen, *La estructura de la tipicidad en la coacción* (1978) o, la nota necrológica, «Un recuerdo obligado: Don José Guallart y López de Goicoechea, catedrático de Derecho penal (1899-1995)» (1996).

(68) Así, por ejemplo, en *Cuadernos de Política Criminal*: «Ley penal en el espacio: Derecho español y Derecho de Gibraltar» (1984) o, en la *Revista de Derecho Militar*: «Estudio del Convenio de Amistad, Defensa y Cooperación entre España y los Estados Unidos de América.» (1985).

(69) Por ejemplo, *El tráfico ilícito de personas* (2000); «Los presupuestos criminológicos de la violencia» (1978). *El bien jurídico de la intimidad personal* (1978). *La interceptación de las comunicaciones y la utilización de artificios técnicos* (1998).

(70) Así, sus trabajos sobre, «La Parte general contenida en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional» (1999); *Tráfico ilícito de personas* (2000) o «La Orden de Malta, soberanía y ejercicio de la jurisdicción penal»; igualmente, *La protección penal de los derechos de los trabajadores* (1998); también, sobre la vida humana dependiente: *El proceso de despenalización del aborto en España* (1997) o ponencias como la presentada al I Congreso Internacional de Emblemática General *Hacia un Derecho premial que reconozca las conductas ejemplares y de excelencia* (1999).

(71) Nombrado el 15 de octubre del año 1981, por el Obispo de Urgell, Excmo. Rvmo. Sr. Joan Martí Alanís; cargo que desempeñó hasta el 14 de octubre de 1991.

(72) Véase HIGUERA GUIMERÁ, J. F., «El sistema de fuentes del Derecho penal en el Principado de Andorra», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*. tomo 34, 1981.

correspondientes penas; resultando, en su lugar, de extraordinaria importancia, los precedentes judiciales.

Otra interesante publicación sobre el Derecho penal en el Principado fue *El Dret penal al Principat D'Andorra. (Comentaris i textos legals). Introducció.*(73), fruto de la profunda erudición jurídica, el espíritu de estudio y de búsqueda, así como el interés extraordinario que puso Juan Felipe Higuera en conocer el costumbrario jurídico penal andorrano y los diferentes y singulares aspectos del Derecho penal de dicho (territorio), llenando así un vacío importante en la bibliografía del Principado(74), atendido el hecho de que, si bien existían estudios sobre su Historia, en los que se trataba de cualificar la naturaleza jurídica de dicho territorio(75), desde el punto de vista del Derecho penal material, faltaba una obra monográfica especial, centrándose los estudios del momento, en la forma de administrar justicia y en los procedimientos penales.

---

(73) Véase HIGUERA GUIMERÁ, J. F., *El Dret penal al Principat D'Andorra. (Comentaris i textos legals). Introducció.* Instituto d'Estudis Andorrans. Bosch, Casa Editorial, SA Barcelona. 1982. En esta obra, el profesor Higuera Guimerá fue tratando, en los sucesivos capítulos, el sistema tan singular de las fuentes del Derecho penal de Andorra, de los Órganos de la Administración de Justicia de los Valles de Andorra, de la extradición o del asilo; estudiando después, lo que podría denominarse, la Parte General y la Parte Especial del Derecho penal de Andorra, haciendo referencia a la Jurisdicción de Menores.

(74) Véase GREGORI CREUS, Prólogo a *El Dret penal al Principat D'Andorra.*, en el que el autor del Prefacio de la obra, el Delegado Permanente de la Mitra, Dr. Gregori Creus, destacaba la escasa o exigua literatura referente al Derecho penal del Principado de Andorra.

(75) Señalaba Juan Felipe Higuera Guimerá, los importantes trabajos de Obiols i Taberner; Vidal i Guitart; Nemesi Marques –con su contribución, *Leyes y Resoluciones de los Co-Príncipes y de sus Delegados Permanentes*–; también, Lidia Armengol, Mónica Batlle y Ramón Gual –con su trabajo sobre *Los materiales para una bibliografía de Andorra*, en el que se da una idea general sobre las distintas contribuciones escritas, estudios monográficos, artículos periodísticos y revistas nacionales extranjeras; haciendo notar que en la literatura penal alemana –no así en la francesa o española–, algún autor, como Shönke, hacía referencia a la existencia de Derecho penal en el Principado, aunque muy brevemente, estudiando las características más importantes del Derecho penal del Principado, destacando la valiosa y magnífica obra de Jescheck y Löffler sobre las fuentes del Derecho penal extranjero realizada por el Instituto Max-Planck, en Friburgo de Brisgovia. Véase HIGUERA GUIMERÁ, J. F., *El Dret penal al Principat D'Andorra.* pp. 2 ss.

Otros trabajos relacionados con el Derecho penal del Principado de Andorra fueron sobre las consecuencias jurídicas(76), la administración de la justicia penal(77) o la extradición(78).

Fue Consejero del Ministerio de Educación, Cultura y Deportes (1991). Realizó, a solicitud del Ministro de Justicia, un Informe sobre el Anteproyecto de Código penal de 1992. Como hombre polifacético, era notorio su profundo conocimiento y afición por las Artes Escénicas y, concretamente, por el circo clásico, tradicional, de calidad; escribió el libro «El circo en España y el circo Price de Madrid»(79), siendo uno de los objetivos perseguidos, conseguir que se volviera a abrir el circo Price en la capital de España.

Dada su multifacética formación, en el año 2018, formó parte del tribunal evaluador de la tesis doctoral titulada «Origen del circo en España: Actividad de las compañías ecuestres, 1768-1815»(80).

Juan Felipe Higuera fue un hombre entusiasta, animado, activo y con gran sentido del humor; quizá ello explique sus amenísimas clases, en las que provocaba las sonrisas de sus alumnos. Ahí residía su grandeza, en hacer lo difícil fácil y con amenidad. Ser didáctico y pedagógico eran las finalidades que siempre procuraba buscar tanto en sus clases como en sus escritos, propósitos que él mismo mostraba con la siguiente reflexión:

«(...) La Didáctica y la Pedagogía, más que un Arte y una Ciencia respectivamente, siempre las he considerado como virtudes innatas en las personas y actos, inminentemente, de vocación y de amistad, que por cierto se dan en su plenitud en contadas ocasiones. (...)»(81).

Referencia de virtudes académicas en su estado puro, en él se cumplía aquello que ha sido común en todos los grandes maestros: el

(76) Véase HIGUERA GUIMERÁ, J. F., «Las consecuencias jurídicas de los delitos y de las contravenciones penales o faltas en el Derecho penal del Principado de Andorra», en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 3, 1982, pp. 744 ss.

(77) Véase HIGUERA GUIMERÁ, J. F., «La administración de justicia penal en el Principado de Andorra», en *Constitución, derecho y proceso: Estudios en memoria de los Profesores Vicente Herce Quemada y Ángel Duque Barragués*. Institución Fernando El Católico. Zaragoza, 1983, pp. 185 ss.

(78) Véase HIGUERA GUIMERÁ, J. F., «La extradición en el Principado de Andorra», en *Estudios jurídicos en honor del Profesor Octavio Pérez-Vitoria* [Santiago Mir Puig/Juan Córdoba Roda/Gonzalo Quintero Olivares/ Octavio Pérez-Vitoria Moreno (coords.)]. Vol. 1, J. M. Bosch, Editor. Barcelona, 1983, pp. 328 ss.

(79) Véase HIGUERA GUIMERÁ, J. F., *El circo en España y el circo Price de Madrid*. La Avispa, Madrid, 1998.

(80) Defendida en la Universidad de Barcelona, por Genís Matabosch i Eximenis.

(81) Véase HIGUERA GUIMERÁ, J. F., Introducción a *Curso de Derecho penal militar*, p. XXXII.

horaciano *docere et delectare, el delectar aprovechando*, traducido por Tirso de Molina con ecos de Vives. Enseñar divirtiendo, en definitiva.

Le desconcertaba la malignidad, a la que generalmente restaba importancia con su benevolencia.

De profundas convicciones religiosas, le gustaba recordar con una honda imagen, que los hombres somos aves de paso en esta vida. Ahí queda mi reconocimiento y el de muchos que le conocieron. De Juan Felipe me quedo con el recuerdo de su exquisita bondad y maravilloso sentido del humor.

Descansa en Paz, querido maestro y amigo.

Tercer grado, ¿sin clasificación?, ¿sin reinserción?,  
¿sin ley? La ejecución penal sin ingreso en centro  
penitenciario

RICARDO M. MATA Y MARTÍN

Catedrático de Derecho Penal  
Universidad de Valladolid

**RESUMEN**

*El refuerzo del régimen de semilibertad penitenciario constituye a día de hoy uno de los grandes objetivos de los sistemas penitenciarios. La aprobación reciente de una Instrucción para el acceso directo al medio abierto por la Administración Penitenciaria española nos permite reflexionar sobre distintos aspectos que implica esta concreta modalidad de ejecución penal. En este caso la necesidad y el concepto de reinserción pueden verse abandonados para los autores de delitos considerados no necesitados de integración social, lo mismo que la clasificación penitenciaria como presupuestos de la ejecución penal. Se pueden señalar también las dificultades que introduce la Instrucción para su coherencia con las previsiones del sistema penal y del propio Código penal y –finalmente– con el sistema o modelo de ejecución de las penas privativas de libertad.*

Palabras clave: Régimen de semilibertad, clasificación penitenciaria, reinserción.

**ABSTRACT**

*The reinforcement of a semi-open prison regime is one of the main objectives in penitentiary systems today. The recent approval by the Spanish Penitentiary Administration of an Instruction for the direct access to a semi-open prison regime allows us to reflect on the different aspects involved in this specific type of criminal punishment.*

*In this case, the idea of rehabilitation is dismissed for offenders who are considered to not need it, and, along with prisoner classification, this is not treated as a prerequisite for carrying out criminal punishment. It is also worth noting the difficulties introduced by said Instruction regarding its coherence with the provisions of the penal system, the Criminal Code and, finally, with the system or models in place for enforcing prison sentences.*

Keywords: *Semi-open prison regime, prisoner classification, rehabilitation.*

SUMARIO: I. Introducción.–II. La aprobación de la instrucción sobre acceso directo al medio abierto.–III. Dimensiones destacables para el debate de esta modalidad alternativa a la clasificación penitenciaria.–IV. Sentido de la reinserción. 1. Los autores de delitos sin falta de inserción social y su presencia en el sistema penitenciario. 2. La existencia de programas para autores de delitos socioeconómicos.–V. El empleo de instrumentos no normativos. 1. El principio de legalidad, reserva de ley y ejecución de las penas privativas de libertad. 2. El principio de legalidad para la Administración penitenciaria.–VI. La integración de la ejecución penal en el sistema de justicia penal. 1. Integración de la Instrucción en el conjunto del sistema penal. 2. Coherencia con la regulación del Código penal. 3. Compatibilidad de la Instrucción 6/2020 con el sistema de ejecución y la legislación penitenciaria.–VII. Bibliografía citada.

## I. INTRODUCCIÓN

El encuadre o sistemática de las penas privativas de libertad y, en ese sentido también el Derecho penitenciario –encargado de la ejecución de aquellas–, nos permite hacernos algunas preguntas relevantes sobre su inserción en el total sistema penal o el papel que estas penas y el actor principal de su puesta en práctica –la Administración penitenciaria– representan en este particular campo del Estado de Derecho. Es decir que la función de la Administración penitenciaria depende de la ubicación que demos a la ejecución de las penas que implican privación de libertad para el condenado en el contexto necesario de la Justicia penal concebida como una parte que debe resultar coherente con el conjunto de los poderes constitucionales del Estado y del sentido que le damos al Estado de Derecho.

La pena de prisión, la privación penal de libertad por excelencia, la define el Prof. Borja Mapelli(1) como «la restricción continuada de la

---

(1) Las consecuencias jurídicas del delito. Civitas, 2011, p. 104.

libertad ambulatoria de un condenado mediante su internamiento en un centro penitenciario durante un tiempo determinado previamente por una sentencia judicial, ejecutada conforme a la legislación vigente de forma que favorezca la resocialización». Esa restricción de la libertad ambulatoria del condenado, mediante el internamiento en un establecimiento penitenciario, la entiende este autor como el elemento esencial de la definición. Otros elementos de la misma son los garantísticos que tienen relación con el fundamento y límites del fallo judicial que debe anteceder y el principio de legalidad que rige esta materia de ejecución penal. Los elementos dinámicos hacen referencia en lo sustancial al mandato reinsertador que debe guiar la ejecución de estas penas.

En la ejecución de este tipo de penas, las más singulares y gravosas para el ciudadano, las exigencias prácticas de las mismas nos hacen ver la naturaleza multidisciplinar del Derecho penitenciario y su autonomía propia (laboral, sanitaria, disciplinaria, etc.). Pero esta precisa autonomía se produce sin menoscabo de la también necesaria vinculación especial con el Derecho penal, con sus principios y garantías. También esta necesidad de vinculación pese a la mentada autonomía, «no deja de producir cierta preocupación la existencia de un Derecho penitenciario autónomo sin la necesidad de sometimiento a las garantías propias del sistema penal»(2).

En esta visión general de la privación penal de libertad, Juanatey(3) destaca que aun partiendo de la autonomía propia del Derecho penitenciario se hace evidente la necesaria conexión con otras disciplinas jurídicas, de forma que el concreto cumplimiento penitenciario depende de las resoluciones judiciales cuyas consecuencias han sido impuestas de acuerdo a las normas penales sustantivas y procesales. En este sentido también se puede afirmar, como recoge Carlos Mir(4), que las resoluciones judiciales son fuente del Derecho penitenciario, incluso de forma más precisa representan los límites en la actividad penitenciaria. Como el fundamento concreto de la ejecución de una determinada pena –o en la orden de ingreso provisional– está en la condena u orden judicial, la legitimidad de la misma arranca y se vincula con tal ejercicio de la actividad jurisdiccional. Estas decisiones de los órganos judiciales competentes suponen así la necesaria causa de un ingreso en prisión como también los límites a los que la Administración Penitenciaria debe sujetarse. Igualmente sabemos que el

---

(2) CERVELLÓ DONDERIS, V. *Derecho penitenciario*. Tirant lo Blanch, 2016, p. 29.

(3) *Manual de Derecho Penitenciario*. Iustel, 2016, p. 28.

(4) *Derecho penitenciario. El cumplimiento de la pena privativa de libertad*. Atelier, 2011, p. 23.

fundamento general del castigo de una conducta y de la posibilidad de aplicar por la Administración de Justicia penas de privación de libertad se encuentra en la Constitución y en la Ley. Es ésta la que debe organizar y establecer los elementos básicos para el cumplimiento de tales penas con contenido privativo de libertad para el condenado.

Podemos decir que la privación penal de libertad en su ejecución posee dos dimensiones fundamentales. Una cuantitativa en relación al tiempo de cumplimiento de la misma, en donde es preciso diferenciar entre el tiempo máximo de cumplimiento según lo establecido en la sentencia condenatoria y, en su caso, las normas que fijan los límites para el cumplimiento si se produce una pluralidad de condenas a penas privativas de libertad. Otro aspecto decisivo y también del orden cuantitativo es el tiempo de estancia efectiva en prisión. No menos importante resulta la dimensión cualitativa de la pena de privación de libertad. Se hace referencia así a las condiciones jurídicas y materiales en las que se deba desarrollar ese tiempo de restricción de la libertad ambulatoria. Y esa relevancia de estos componentes cualitativos no es una mera forma de hablar sino que determina las posibilidades jurídicas, materiales y vitales que le es posible alcanzar al condenado, con diferencias radicalmente opuestas, entre situaciones penitenciarias muy próximas a la libertad y otras con las mayores restricciones para el desarrollo de la vida humana. En este sentido la clasificación y régimen penitenciario resultan determinantes de las condiciones en las que se puede vivir una misma condena, con alternativas posibles –como se ha indicado– de lo más dispares. Por otra parte y reuniendo ambas dimensiones, la interrelación y combinación de ambos aspectos o dimensiones resulta definitiva de lo que para una determinada persona supone su condena efectiva.

El interés de la Administración penitenciaria, y otros actores de la Justicia penal, por el tercer grado o las distintas formas de ejecución penal en el exterior de los Centros penitenciarios no es nueva, aunque quizá pudiera decirse que resulta más acusada en los últimos años. Se indica de forma acertada que el medio abierto permite una mirada hacia el futuro como una alternativa importante al modelo clásico de prisión<sup>(5)</sup>. El logro de un acercamiento a unas condiciones de vida próximas a las propias de la vida en libertad, que es el contexto propio de la ejecución en medio abierto, significa un avance y un aprovechamiento de la condena para disminuir la tendencia al delito a la par que para la evitación de los perjuicios que pudiera ocasionar el encarcela-

---

(5) RODRIGUEZ YAGÜE, C. *La pena de prisión en medio abierto: un recorrido por el régimen abierto, las salidas treatmentales y el principio de flexibilidad*. Reus, 2021, p. 12.



miento. Para otorgarle un fundamento cierto a esta posibilidad de ejecución de una pena privativa de libertad el condenado debe mostrar la capacidad de hacer vida en ese medio y darle un contenido real a la ejecución en semilibertad. En general esto va a exigir el ingreso en un establecimiento penitenciario y que de forma más o menos rápida se pueda evaluar su situación de forma favorable para acceder a esta situación que es propia de la ejecución penal aunque no todos, ni siquiera la mayoría de los penados accedan a la misma en algún momento de su condena.

## II. LA APROBACIÓN DE LA INSTRUCCIÓN SOBRE ACCESO DIRECTO AL MEDIO ABIERTO

En este contexto de favorecimiento de las ejecuciones penales en el medio abierto parece que debemos entender el diseño de un protocolo para poder situar de manera instantánea a ciertos condenados extramuros de las prisiones y sin paso previo por ellas. Asunto al que hemos dedicado ya previamente algunas páginas que nos sirven aquí de apoyo(6). Se ha aprobado un instrumento de autoorganización de la vida penitenciaria que incide directamente en el tema tratado pues será de aplicación mayoritariamente –aunque no de forma exclusiva– a este grupo de autores. Se trata de la denominada Instrucción 6/2020, titulada «Protocolo de acceso directo al medio abierto», firmada por el Secretario General de Instituciones Penitenciarias el 17 de diciembre de ese año. Se dirige especialmente a los Centros de Inserción Social vinculados a Instituciones Penitenciarias sean o no dependientes de un Establecimiento Penitenciario. En estos Centros o Secciones abiertas de un Centro ordinario es dónde sería de aplicación el mencionado protocolo para una clasificación inmediata en tercer grado penitenciario y con ello el paso también automático al régimen de semilibertad. Estamos haciendo mención, por tanto, a una clasificación inicial y de modo urgente, reduciéndose sensiblemente los trámites y plazos habituales.

El objetivo declarado con la Instrucción es facilitar a estos condenados el ingreso directo en el medio abierto (mediante la previa inclusión inmediata en tercer grado), posibilitando un régimen de vida más acorde al «derecho a la reinserción» y evitando el efecto desocializa-

---

(6) MATA y MARTÍN, R. M. «¿Crímenes de cuello blanco y ejecución penitenciaria de guante blanco? El acceso directo al medio abierto como respuesta penal a la delincuencia económica en la instrucción 6/2020». *Reinserción y Prisión*. Bosch Editor, 2021, p. 27 ss.

dor del internamiento. Se pone el acento en la elusión de estos efectos negativos de la pena, cuando, en realidad, se puede dudar, de la real extensión de estas consecuencias contraproducentes precisamente para los más habituales destinatarios de este particular protocolo(7).

La Instrucción recuerda la finalidad primordial de la Institución señalada en el artículo 25.2 del texto constitucional, la reeducación y reinserción social de los penados, y también el sistema flexible de clasificación que permita la individualización del tratamiento penitenciario. En atención a la finalidad fundamental de las penas privativas de libertad y teniendo en cuenta que el sistema de ejecución permitiría la clasificación inicial en cualquier grado, se establece esta modalidad de clasificación inicial inmediata en tercer grado mediante un sistema de presentación voluntaria del condenado en un CIS. Para ello también se menciona que el Reglamento penitenciario no pone obstáculos insalvables para esa clasificación penitenciaria aun cuando no se haya cumplido la cuarta parte inicial de la condena impuesta.

Como se trata de efectuar una clasificación en tercer grado se recuerda también que lo que realiza es una clasificación ordinaria para la ejecución penal a la que podrían vincularse todos los penados que estén en condiciones de llevar a cabo un régimen de vida en semilibertad, con un pronóstico de inserción social positiva. Así las cosas se pretende «dar pautas de actuación que faciliten el ingreso directo en medio abierto de las personas penadas que, con condenas hasta cinco años de prisión, tengan posibilidades de ser clasificadas inicialmente en tercer grado de tratamiento». Para ello lo primero es establecer una serie de factores que de concurrir permitirían tal clasificación en los CIS.

Y la mencionada Instrucción enumera esas circunstancias favorables que hagan presumir la capacidad para vivir en un régimen de semilibertad. La primera de las llamadas circunstancias es la presentación voluntaria en uno de los CIS. Característica que merecía una atención particularizada por el contexto en el que se está planteando. Estamos ante un supuesto en el que se ha producido una condena penal al autor de un delito a una pena de prisión (privativa de libertad). De manera que, de no existir un ingreso del condenado por parte de las Fuerzas de Seguridad, es posible una presentación en principio en prisión, salvo que se admita la de acudir al CIS. La otra alternativa es no presentarse para el cumplimiento de la pena, al que evidentemente se está obligado si no se quiere incurrir en nuevas responsabilidades. Hay que reconocer que la consideración de esta llamada «presenta-

---

(7) BAUCELLS LLADÓS, J. «Sistema de penas para la delincuencia económica en el Derecho español». *La delincuencia económica. Prevenir y sancionar* (García Arán, Directora). Tirant lo Blanch, 2014, pp. 401-2.

ción voluntaria» como una variable favorable a la clasificación en tercer grado suscita dudas, pues –entre otros motivos– no depende del sujeto contar con esa posibilidad. No todos o cualquiera, según su propia decisión autónoma, pueden acceder a esa condición que le facilita una clasificación más favorable. Las menciones de los artículos 15 de la LOGP y 16 del RP a la presentación voluntaria poseen un sentido bien diverso reservadas para los casos de presentación unilateral del condenado en una prisión. Esta presentación exige su comunicación a la autoridad judicial (no a la inversa de previa autorización judicial) y la petición de la documentación de la condena por parte del Centro Penitenciario a las instancias judiciales. No se trata en ningún caso de una presentación autorizada por el Juzgado como sucede en la reiterada Instrucción.

La segunda de las variables a considerar es la duración de la condena, admitiéndose que la condena que haga factible la inclusión directa e inmediata en tercer grado pueda llegar hasta los cinco años de privación de libertad. Pero debe advertirse que el tiempo de duración de la condena es por tanto la impuesta en sentencia, no la prevista de forma abstracta en el tipo penal. De manera que los delitos graves, en principio, señala a aquellos que tienen prevista una pena superior a los cinco años, la misma puede verse aminorada por distintas causas como la tentativa, el grado de participación, una situación de error o la aplicación de las circunstancias del delito. Es decir que incluye las condenas por delitos menos graves, pero también las de los delitos graves que por distintos motivos particulares hayan quedado reducidas a la cifra requerida. Un estudio desvela que de los 36 casos previstos en el Código penal que pudieran entenderse como de delincuencia económica tan solo en 4 de ellos la pena prevista puede calificarse de grave, es decir, superior a los cinco años de prisión. Además si se toman en consideración los supuestos que pueden ser objeto de suspensión una vez impuesta la pena se aprecia que en el 90 % de los casos puede suceder un «efecto no deseable», el de no ingreso en prisión de los delincuentes económicos reincidentes(8). La mayoría de las condenas impuestas en nuestro país se refieren a este tipo de penas inferiores a cinco años; de forma que según los datos del Consejo de Europa representarían un 61,5 % del total de las impuestas(9). Como es evidente este tipo de condenas entrañan hechos de cierta gravedad

---

(8) BAUCELLS LLADÓS, J. «Sistema de penas para la delincuencia económica en el Derecho español». *La delincuencia económica. Prevenir y sancionar* (García Arán, Directora). Tirant lo Blanch, 2014, pp. 406-7.

(9) *Council of Europe Annual Penal Statistics – SPACE I 2020*, p. 56. [https://wp.unil.ch/space/files/2021/04/210330\\_FinalReport\\_SPACE\\_I\\_2020.pdf](https://wp.unil.ch/space/files/2021/04/210330_FinalReport_SPACE_I_2020.pdf)

y la pena adquiere también una entidad no desdeñable. Procede indicar en este momento que normalmente las posibilidades de los Tribunales para suspender la ejecución de la condena llegan –en general– hasta las sentencias a dos años de prisión. Por encima de esa duración los Jueces y Tribunales no disponen de la posibilidad siquiera de evaluar una posible suspensión. Y en el caso de la suspensión de condenas hasta el límite legal admitido es posible imponer ciertas condiciones y obligaciones a cumplimentar por el condenado, como la participación en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial o de cualquier otro tipo.

También se requiere para la aplicación del protocolo la primariedad, pero entendida tanto como delictiva o bien penitenciaria. Sabemos que la no reiteración delictiva, para el ámbito de la suspensión de la pena, ha alcanzado una comprensión más flexible desde la reforma del Código penal del año 2015. Ahora se entiende como primariedad funcional de manera que se necesita que los sucesivos delitos tengan relación funcional con los anteriores y no es suficiente con la comisión de más de un delito. Pero además lo que realmente está planteando la Instrucción es la primariedad penitenciaria, es decir, que se trate del primer ingreso en prisión. Esto supone que el sujeto puede haber sido condenado en anteriores ocasiones pero sin que conste un ingreso efectivo, con suspensión por tanto de la ejecución de la pena impuesta. Concepto que desborda las previsiones legales pues no existe a otros efectos. No hay inconveniente en ese sentido para esta clasificación inicial e inmediata en tercer grado, aunque se hayan cometido varios delitos, pero sin relación funcional e incluso si las condenas anteriores no han dado lugar al ingreso en prisión. Todavía la Instrucción, con mayor amplitud, señala que tampoco deben computarse los ingresos preventivos previos, sin que medie sentencia condenatoria.

Para que el CIS proceda a la inclusión y asignación del régimen de semilibertad es preciso que se haya satisfecho la responsabilidad civil, de existir ésta como consecuencia de la realización del delito. Pero también aquí se viene aplicando, en otros campos, una noción flexible del requisito que no equivale a un pago efectivo de las cantidades fijadas como responsabilidad civil, sino que permite entender cumplido el requisito con el compromiso de pagos periódicos de acuerdo a la capacidad económica del sujeto, a veces por cantidades mínimas.

La antigüedad del delito de más de tres años y una correcta adaptación social hasta su ingreso en prisión forma parte de las condiciones previas para la clasificación deseada. Parece que con ello se hace referencia al fundamento material más conocido, aunque no explíci-

tado, para la aprobación de la Instrucción relativo a aquellos casos de cierta antigüedad en el delito que por distintas causas no habían terminado todavía con el ingreso en prisión y que cuando pasado bastante tiempo se termina por producir la orden de ingreso las circunstancias del condenado son totalmente distintas, alejado del delito, con familia, estabilidad laboral y social. Se buscaba una solución a estos casos excepcionales con cuyo ingreso en prisión se corría el riesgo de echar a perder lo que el propio sujeto había conseguido corrigiendo claramente el rumbo de su vida. Es verdad que generalmente se hacía mención a casos en los que el tiempo transcurrido desde el delito era claramente superior a los tres años, plazo relativamente breve para una sentencia firme en el orden penal. Fundamento material que, con la Instrucción, se va a extender ahora a otros muchos casos distintos de los que se arguyen como justificación.

También se incluye la existencia de actividad laboral o proyecto vital que le permitan subvenir a sus necesidades, extendiéndose a las posibles actividades educativas, de voluntariado u otras. Tiene que ver con el planteamiento según el cual una de las circunstancias habituales que inclinan al delito es la carencia de recursos, de medio materiales para llevar adelante su propia vida. Por eso tradicionalmente se vinculaba el tercer grado de forma más directa con la posibilidad de realizar una actividad laboral en su salida al exterior. Pero como se aprecia en la fórmula empleada se admite no solo el desempeño de un trabajo o actividad laboral sino cualquier otro proyecto vital «que le permita subvenir a sus necesidades». Incluso, más allá, se da por suficiente que se trate de llevar a cabo actividades educativas o de voluntariado, que en principio no suponen la percepción de cantidades de dinero. En el caso de los delitos socioeconómicos y sin autor marginado socialmente, o de forma más amplia de cuello blanco, sus autores generalmente no tendrán problemas en presentar algún tipo de medios que le permitan subsistir, aunque las ganancias del delito hayan desaparecido y manifiesten no contar con recursos. Pero en el caso habitual en el origen de este tipo de hechos punibles no estará la ausencia de medios de vida, sino todo lo contrario.

Algo semejante ocurre con la exigencia de contar con una red de apoyo familiar y social bien integrada o en condiciones favorables que permitan el aval propio o autoacogida. Normalmente en el caso de los autores de delitos mencionados se posee esta estabilidad familiar y una buena integración social. Es en el supuesto de la delincuencia clásica la que sí presenta claramente esas deficiencias que pueden hacer que no consiga acceder de esta manera al medio abierto. Para el caso de delincuentes con problemas de drogadicción vinculados al hecho

delictivo se pide que se encuentre en proceso de desintoxicación (en tratamiento), pero también se admite que haya superado estos problemas o que preste disposición al tratamiento. Es decir, que es suficiente con esa manifestación favorable a comenzar el tratamiento durante el periodo del tercer grado.

Además de la valoración de estos factores por el Equipo de tratamiento del CIS, la Instrucción se preocupa de que exista ya una organización en el mismo dispuesta a una rápida evaluación de los casos que se presenten. En este sentido los Centros deben establecer un horario para atender a los que se presenten por parte del Equipo Técnico. Se incluye en la propia Instrucción un modelo de solicitud con referencia a la documentación que debe aportar el mismo condenado. Sobre la base de la documentación aportada y de la que pueda conseguir el Centro de forma rápida se producirá la decisión. Si la comparecencia se produce dentro del plazo otorgado por la autoridad judicial se le comunica una cita previa para ser atendido, llamándole en sucesivas ocasiones si fuera necesario. Si la presentación se produjera después del plazo otorgado por la autoridad judicial se produce el ingreso y se continua con la tramitación. En todo caso de no contar con la totalidad de la documentación solicitada se puede suplir la misma por una declaración responsable. En realidad en los CIS, especialmente los dependientes, no suelen existir Equipos completos, por lo que las entrevistas las realizará individualmente alguno de los técnicos presentes en el Centro.

La mencionada instrucción lleva más de un año vigente por lo que ya se apuntan algunas referencias iniciales sobre su aplicación. De los datos remitidos por los distintos centros en los que se ha podido practicar este protocolo se concluye que «se han producido 833 ingresos directos en libertad en centros considerados de Medio Abierto»(10), la mayoría (475) llevados a cabo en CIS independientes, menos (318) en CIS dependientes y residualmente en Secciones abiertas de Centros penitenciarios (40). Si tomamos las estadísticas del Poder Judicial ahora que Instituciones penitenciarias no las facilita y contamos con que existía un total de 55.097 internos en el sistema penitenciario General (excluidas las Comunidades Autónomas con competencias), vemos que esa cifra representa un 1,5 % de la población reclusa. En esa misma medida se verá incrementado el porcentaje global de los internos con clasificación en tercer grado, lo que representa un alza significativa. Las tendencias de mayor o menor número de ingresos se

---

(10) Todos los datos expuestos provienen del *Informe sobre el impacto de la Instrucción 6/2020, relativa a ingresos directos en medio abierto* de la Secretaría General de IIPP.

asocian a la previa existencia de una mayor o menor demanda de los distintos CIS, la interpretación más o menos restrictiva que se haya hecho en cada centro y la distancia física que pueda existir entre los CIS dependientes y el Centro penitenciario.

En la misma información, de manera algo confusa, se indica que del conjunto de condenados las alternativas han sido varias. «Del total de los penados admitidos, considerando que reúnen las condiciones para ingresar y permanecer en Medio Abierto, el 85 % han sido clasificados en tercer grado en sus distintas modalidades, un 3 % en segundo grado conforme al artículo 100.2 RP y el 11,7 % (96 casos) han sido clasificados finalmente en segundo grado y en consecuencia trasladados a dependencias o centros de régimen ordinario». Lo de la confusión hace referencia a que se indique primero que estamos hablando de los que reúnen las condiciones para el medio abierto para luego señalar que 96 de ellos han sido clasificados en segundo grado y trasladados a un centro penitenciario. También resulta llamativo que un 3 % se clasifiquen en segundo grado y se aplique el principio de flexibilidad sin que parezca que se respete la normativa, que exigiría un programa específico que no se pueda desarrollar en prisión, la propuesta de la Junta de Tratamiento y la aprobación del Juez de Vigilancia. Incluso de 10 casos se indica que se carece de datos.

Se proporciona también información sobre la tipología delictiva de los ingresos mediante este particular protocolo. Este aspecto resulta de muy alto interés aunque en la práctica la información que se publica se hace de manera demasiado genérica, sin referencia a los delitos concretos que nos permitiría una mayor clarificación en estos aspectos. Lo que se dice es que el 25 % de los admitidos los son por condenas por delitos contra el patrimonio, después vendrían los delitos contra la seguridad vial con un 18 % (que en los CIS independientes suben hasta el 22 %). En tercer lugar están los que se califican como delitos Económicos y contra la Hacienda Pública con un 13 % y muy próximos los delitos contra la salud pública con un 12 %. Pero en realidad todo depende de cómo se hayan computado pues no hay una precisión suficiente, más bien una alta imprecisión. Si por delitos contra el patrimonio se refieren a los del Título XIII del Código penal (Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico) en los que se incluyen la apropiación indebida y estafa, que pueden ser delitos económicos, así como otros muchos netamente socioeconómicos, nos encontraríamos con que el 35 % de los delitos incluidos pueden considerarse como delitos económicos. Y probablemente, con las advertencias señaladas, esta es la imagen más próxima a la realidad. Todavía más pues se indica que de 99 de los delitos considerados que

han dado lugar a la inclusión del condenado en el medio Abierto resulta que no se aporta la calificación de los mismos, privándonos de un dato relevante para el análisis.

### III. DIMENSIONES DESTACABLES PARA EL DEBATE DE ESTA MODALIDAD ALTERNATIVA A LA CLASIFICACIÓN PENITENCIARIA

Hay que reconocer que la singularidad de este protocolo que permite en el seno de la organización penitenciaria el paso, sin ingreso en prisión y de una forma prevista muy ágil, al tercer grado genera, sin duda, múltiples interrogantes y aspectos debatibles. Del conjunto de asuntos que se pueden plantear sobre el citado protocolo y su articulación práctica queremos destacar algunos de ellos. En primer lugar el fundamento de la Instrucción en la que está prevista esta alternativa se apoya en razones dirigidas a la resocialización de los condenados. Primer punto de interés sobre el sentido de la resocialización en general y en este caso concreto. Por otra parte acabamos de señalar que la Administración emplea para crear esta posibilidad un Instrumento de naturaleza interna a la organización sobre el que podemos indagar su naturaleza y alcance. Finalmente también la consideración de la pena privativa de libertad y su ejecución en el conjunto del sistema penal nos permitirá señalar la coherencia de esta particular modalidad de ejecución con las normas penales, penitenciarias y con el conjunto del sistema penal.

Distintos aspectos fundamentales se ven concernidos en el tratamiento de este tipo de situaciones y sus autores. Como lo será el fin o los fines de las penas de privación de libertad, en particular lo que tiene que ver con la reinserción social como meta destacada del sistema penitenciario. Debemos hacer algunas consideraciones sobre la meta de resocialización planteada para los condenados que pueden acceder de esta manera inmediata al régimen abierto. Las previsiones en la aplicación de la Instrucción estiman que una parte significativa de los casos a los que se aplique el protocolo serán de criminalidad socioeconómica amplia o de cuello blanco en sentido extenso. Se tratará de autores de hecho punibles que, sin embargo pertenezcan al ámbito circundante sin particulares problemas de inserción social. Esto posibilita una atención general al problema de la reinserción y también de forma particular para este tipo de delincuencia no cruenta pero no por ello menos grave. Como presupuesto de las observaciones que se puedan hacer sobre la incidencia de las penas privativas de libertad en el campo de la criminalidad socioeconómica están la existencia de un amplio



grupo de tipos penales enmarcados en este espectro penal/criminológico y también la previsión para la realización de los mismos de penas de prisión con el alcance y duración de las penas graves o menos graves (es decir sanciones que por su naturaleza y duración se pueden considerar de gran trascendencia). La actual presencia ya no testimonial de condenados a prisión por delitos económicos hace que se puedan plantear alguno de los aspectos que se suscitan en su ejecución.

La reinserción se ha convertido desde hace tiempo en el objetivo proclamado como el más sublime de los que se pueden perseguir mediante la imposición y aplicación de una pena privativa de libertad. Para poder hacer algunas observaciones útiles sobre la dirección de la pena aplicada a los autores de los delitos sin problemas de inserción social o de cuello blanco no se puede dejar de hacer alguna referencia a la misma noción de reinserción. Y lo cierto es que, en cuanto finalidad prioritaria de la institución penitenciaria, su contenido y sentido depende de los presupuestos y orientación que demos a la misma, pues según como establezcamos estos antecedentes su aplicación será muy distinta. Estamos hablando por tanto de los fines de las penas, y en particular de los fines asignados a la privación de libertad en cuanto pena. Y entre aquellos hemos destacado necesariamente para la fase de ejecución de la pena el de reinserción social. Sin embargo sabemos que sobre los fines de la pena no existe un consenso definitivo, entre otras cosas, puesto que en la formulación doctrinal y en su aplicación práctica pueden existir y existen una pluralidad de planteamientos.

Además nos estamos refiriendo a una alternativa excepcional en lo que es el proceso de clasificación penitenciaria para la cual se establece un cauce muy singular sustentado en un instrumento no normativo. El protocolo se aprueba como una de las instrucciones a través de las cuales la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias lleva a cabo la organización del sistema penitenciario, de todos los recursos disponibles, para poder realizar de la mejor manera posible sus cometidos. Las Instrucciones, circulares y otros instrumentos semejantes son mecanismos de autoorganización, dictados por la propia Administración penitenciaria con el fin de lograr una actuación más eficaz dentro de los límites de su misión y de la legislación aprobada para la ejecución de las penas privativas de libertad. Hemos ido viendo ya la singularidad de esta opción que permite un paso inmediato al tercer grado. Sabemos que el régimen abierto (mediante la clasificación en tercer grado) no es otorgado a la mayoría de los internos (en torno al 20 %) y que la gran mayoría de ellos, a su vez, no acceden en la primera clasificación sino en sucesivas clasificaciones a lo largo del tiempo de cumplimiento de la pena.

Siendo entonces excepcional la clasificación inicial en tercer grado en este caso se añade uno o más suplementos de excepcionalidad, tanto por el procedimiento de urgencia organizado como por no tener que pasar por el ingreso previo en un centro penitenciario ordinario. A esta excepcionalidad cualificada se añade el hecho de que esta novedosa situación penitenciaria se ha creado mediante este instrumento interno de la Institución. No se trata de un instrumento normativo, carece de ese rango, ni legal ni siquiera reglamentario. De manera que se da lugar a esta alternativa sin que haya previsiones al respecto en la ley penitenciaria ni tampoco en el reglamento penitenciario. Esto nos permitirá realizar algunas indagaciones y reflexiones sobre el empleo de estos instrumentos de autoorganización por la Administración penitenciaria en general y también para este caso singular.

Por otra parte, en tercer lugar, cuando hablamos de la ejecución de una pena privativa de libertad debemos ser conscientes de las implicaciones para el conjunto del sistema penal. La pena no posee exclusivamente, siendo tan decisivo, la dimensión correspondiente a su ejecución. Por ello debemos atender a la coherencia de la pena a lo largo de todos sus estadios de desarrollo. La visión completa y no parcial de la pena a lo largo de toda su vigencia se presenta como presupuesto para su adecuada comprensión y aplicación en todos los ámbitos del sistema penal. Una concepción no parcial ni fragmentada de la pena es necesaria para que pueda cumplir sus cometidos en los que la sociedad asienta la legitimidad para su empleo frente al crimen.

La pena privativa de libertad y su ejecución deben ser estudiadas y comprendidas en su integración en el marco más amplio del sistema penal. No está tan lejano el olvido de la sociedad y de los juristas por lo que sucedía intramuros a una prisión. Sin embargo, es también una evidencia la progresiva afirmación de la juridicidad de las circunstancias en que se desarrolla la ejecución de una pena privativa de libertad, hasta llegar a la afirmación de su relevancia constitucional. La norma penal contiene la previsión originaria tanto del conjunto de las posibles penas frente a los autores de hechos delictivos como de las penas asignadas a cada uno de los delitos de la parte especial del Código. Pero esas penas establecidas de forma inicial en la ley penal y después impuestas por los Tribunales penales a los sujetos responsables de un delito (si son privativas de libertad), son las que se van a llevar a cabo en el sistema penitenciario. En esta visión integral de las normas del sistema penal, la pena debe ser considerada en sus tres periodos de vida que se han indicado, de forma que su aplicación debe resultar coherente en los tres momentos en los que tiene presencia.

La norma penitenciaria (encargada de la ejecución) complementa y desarrolla la previsión de la norma penal en su parte de consecuencias para el delito cuando se trata de sanciones criminales privativas de libertad. Por eso las alteraciones relativas a las penas privativas de libertad (y medidas de seguridad de la misma naturaleza) en su sede primera del Código penal repercuten inmediatamente en el desarrollo de las actividades de ejecución de tales penas. Sin embargo, pese a que conocemos esta relación, no siempre, más bien no en demasiadas ocasiones, se toma en cuenta este efecto sobre las normas de ejecución y su debida coordinación así como sobre la práctica del sistema penitenciario con sus propias necesidades.

Estas repercusiones originadas desde la ley penal hacia la ejecución pueden producirse de diferentes maneras. Quizá en el modo más claro mediante la incorporación de nuevas penas privativas de libertad (como será el caso de la prisión permanente revisable o posible privación perpetua de libertad) o mediante algún tipo de consecuencias vinculadas con las funciones asignadas a la Administración Penitenciaria (como la ejecución de la libertad vigilada). Pero también puede generarse algún efecto en el sistema penitenciario mediante la modificación del contenido de la privación de libertad en la que consista la pena (situación que pudiera plantearse respecto a la incorporación de un tiempo previo de prisión como mínimo de cumplimiento, el llamado periodo de seguridad).

Incluso puede llegarse a consecuencias para el sistema penitenciario desde la reforma de la parte especial del Código penal. La creación de nuevos delitos por el legislador penal que puedan tener prevista o acarrear pena de privación de libertad no resulta inocua para la vida penitenciaria, pues debe normalmente representar un mayor o menor incremento de la población penitenciaria. O también, naturalmente con ocasión de la reforma de los institutos penales-penitenciarios recogidos en el Código penal y de aplicación durante la estancia en prisión o en medio abierto. De manera que toda incidencia, mediante la reforma penal, del régimen abierto, de la libertad condicional, de los sustitutivos: suspensión, sustitución, expulsión o de los límites a la privación de libertad como pena (normalmente vinculados al concurso de delitos), implican necesariamente un cambio relevante en las condiciones de ejecución de estas penas de privación de libertad. Esta situación de descoordinación o de falta de consideración de las repercusiones para el sistema de ejecución de la pena de privación de libertad no ha sido desconocida. Al contrario, históricamente esta relación se ha mostrado problemática en algunos momentos.

#### IV. SENTIDO DE LA REINSERCIÓN

Los fines y prácticas asociados a la reinserción social se han alzado desde la segunda mitad del siglo xx como la opción de mayor significación en la ejecución de las penas privativas de libertad. Así lo proclaman algunas de las constituciones de esta época, como lo hace la española de 1978. En su artículo 25.5 deja establecido que «Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados». En consecuencia toda privación penal de libertad con sentencia definitiva previa debe poseer tal finalidad en lo que constituye un claro mandato constitucional, pese a que no se catalogue como un auténtico Derecho Fundamental.

Esta orientación fundamental se abre con distintas formulaciones más o menos concretas. En el movimiento de la llamada nueva Defensa Social, como continuación de uno anterior, cuyo más destacado representante fue Marc Ancel, la ciencia penitenciaria deberá jugar un papel destacado(11). La nueva defensa social –después de la segunda guerra mundial–, despegándose de anteriores significados de la expresión, quiere promover un movimiento de humanización del Derecho criminal para establecer como objeto de la reacción contra el crimen ya no la expiación sino la prevención de la delincuencia y la recuperación del delincuente(12). Se define también como una política criminal socio-humanista que quiere construirse sobre una serie de características como la libre discusión, el recurso a todas las ciencias del hombre y universalista. En definitiva propone una política penal y penitenciaria fundadas sobre el respeto al ser humano, la protección de la persona y la defensa de los derechos del hombre(13).

Después de la segunda guerra mundial se va consolidando la idea de una finalidad reeducativa de la pena de prisión con vista a una futura reintegración del individuo en la sociedad. Para ello se inicia una política del tratamiento penitenciario que debe evitar las críticas tanto de los incondicionales del clásico punitivismo como de los que ven en ello un exceso y una opresión para el ser humano sometido a privación de libertad. En tal disputa la nueva defensa social afirma la

---

(11) MATA y MARTÍN, R. M. *Fundamentos del sistema penitenciario*. Tecnos, 2016, pp. 36 ss.

(12) ANCEL, M. *La défense sociale nouvelle*. Cujas, 1981, p. 35.

(13) En este sentido manifiesta la inspiración de la filosofía de la nueva defensa social, en tanto que humanista, su conexión directa tanto con las Declaraciones de Derechos del Hombre como con el pensamiento de la tradición cristiana. ANCEL, M. *La défense sociale nouvelle*. Cujas, 1981, pp. 36 y 286 ss.

necesidad de mantener el tratamiento –pero, una vez advertidas las críticas– con el establecimiento de límites infranqueables como sería el respeto a la integridad física y moral del individuo así como de sus derechos.

En esta nueva orientación la pena de prisión debe reemplazarse en alta medida por otras sanciones bien patrimoniales o bien restrictivas de derechos, evitando que sea considerada como el recurso habitual frente al crimen. Pero incluso en el supuesto de utilización de la pena privativa de libertad pueden incorporarse mejoras. Si se trata de una pena corta, se evitará de diversas formas (como puede lograrse mediante el arresto de fin de semana o medidas semejantes) en atención al contagio criminal como principal inconveniente. De aplicarse penas de prisión de mayor duración, la pena debe restringirse a la privación de la libertad, con la aplicación de tratamiento de resocialización y facilitando los contactos con el exterior. Además se propone la organización eficaz de un control judicial de la ejecución de la pena.

En tiempos más recientes la resocialización se asume desde la perspectiva constitucional mediante los postulados del Estado Social(14). Se destaca la necesidad de intervención de los poderes públicos para lograr el cambio en determinados aspectos de la vida comunitaria. La criminalidad como problema social hace que el poder público no pueda contentarse con la situación social y personal en la que se enmarca el hecho delictivo, de forma que está obligado a actuar para remover las condiciones sociales y personales que hacen posible tal hecho criminal. La pena no puede ser considerada ya como mera retribución o castigo, sino que obliga una intervención positiva sobre el delincuente para posibilitar una vuelta a la vida en libertad sin delitos. Idea que goza de su máximo apogeo durante el periodo de expansión del Estado del bienestar hasta la década de los setenta en la que comienza un proceso de declive. Este lento pero continuado desgaste se produce mediante la aparición de críticas a la finalidad de reinserción social que se producen en distintos sentidos(15). Por una parte se ataca su falta de resultados (inoperabilidad, ineficacia), dado que desde este punto de vista se estima como un rotundo fracaso. Por otra parte se cuestiona su legitimidad (se habla así de la ideología de la resocialización), por cuanto se atribuye a la misma un intento de adoctrinamiento o de obligar a asumir los valores sociales mayoritarios. Paradójicamente este tipo de resultados proceden de la crítica con fundamentos ideológicos muy diversos, que se comportan como extraños

---

(14) CALLIES, R. P. *Strafvollzugsrecht*. München, 1981, pp. 53 ss.

(15) MATA y MARTÍN, R. M. *Fundamentos del sistema penitenciario*. Tecnos, 2016, pp. 206 ss.

aliados entre los defensores de la «criminología crítica» y los autores inscritos en corrientes más liberales. En este escenario se va a producir una sorprendente coincidencia en la crítica a las tesis y prácticas resocializadoras desde posiciones muy diversas y hasta antagónicas, en lo que Daunis señala como un «fuego cruzado»(16) sobre este objetivo de la ejecución de las penas privativas de libertad.

Sin entrar en la mayor o menor fundamentación de estas críticas y sus consecuencias, lo cierto es que llevan a acumular un marcado escepticismo sobre la finalidad resocializadora. Los problemas y límites han sido objeto de gran atención por la doctrina, al referirse a la legitimidad de los procedimientos, la intromisión en esferas reservadas del individuo, el adoctrinamiento que puede implicar, consecuencias perversas, la necesidad de voluntariedad, aspectos en los que se expresan las dificultades de su aplicación en una sociedad plural y la necesidad de respeto a los derechos elementales de toda persona –aun condenada– en un Estado de Derecho(17). Esta situación de incertidumbre y contradicción, una especie de aparente callejón sin salida, la expresa acertadamente Mapelli cuando señala que «si partimos de una interpretación amplia de la resocialización, entendiéndola como proceso por el que se fomenta la responsabilidad del penado, se opta por una tesis consecuente con las ciencias del comportamiento, pero se cae en el peligro de etización del Derecho Penal. Si, por el contrario, nos inclinamos por una interpretación estricta, procurando exclusivamente la responsabilidad legal del penado, entonces optamos por una actitud pacífica para con el Derecho Penal, pero inoperable desde una perspectiva de las ciencias sociales»(18).

Pese a los problemas e incertidumbre lo que se presenta de forma más diáfana es que la noción de reinserción, sus contenidos, alcance y objetivos resultan determinantes para la función penitenciaria. Pero a su vez la noción de reinserción depende de las premisas que establezcamos, según los presupuestos de los que partamos así será la idea de resocialización que manejemos y sus posibles efectos. Naturalmente en combinación con otros factores como las concretas situaciones prácticas del sistema penitenciario y las normas que rijan su actuación.

---

(16) *Ejecución de penas en España: la reinserción social en retirada*. Comares 2016, p. 19.

(17) Sobre las múltiples objeciones y límites al planteamiento resocializador puede verse MAPELLI CAFFARENA, B. *Principios Fundamentales del Sistema Penitenciario Español*. Bosch, Barcelona, 1983, pp. 91 ss., También GARCIA-PABLOS DE MOLINA, A. «La supuesta función resocializadora del Derecho Penal: utopía, mito y eufemismo». *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* III (1979), pp. 677 ss.

(18) *Principios Fundamentales del Sistema Penitenciario Español*. Bosch, Barcelona, 1983, p. 20.

El concepto de reinserción siempre se ha visto aquejado de una cierta indefinición, como sucede también con otras nociones jurídicas o no jurídicas(19). En una aproximación básica podríamos distinguir entre una noción más formal de reinserción y otra de carácter más material. Esta noción formal de reinserción puede entenderse adoptada de forma defensiva con base en las críticas recibidas, de manera que el concepto se vacía en parte. Para evitar la oposición a la idea resocializadora se considera suficiente con que se estime que el penado está en condiciones de hacer vida en libertad sin recaer en el delito. Por ello su realización se concreta en el cumplimiento de ciertos estándares de vida (contar con actividad laboral o recursos para sostener su vida, estabilidad familiar y social, etc.)

En consecuencia con la formalización de la idea resocializadora se facilita en buena medida el no ingreso en prisión o distintos tipos de excarcelaciones provisionales mediante el cumplimiento formal de los parámetros que se asocian a la no necesidad de recurrir al delito cuando se recobre la libertad (al menos para ciertos tipos de autores admitidos como más integrados socialmente). Pero claro, exclusivamente para aquellos condenados en los que se cumplan esos estándares de inserción social preestablecidos. Estándares o características que parecen excluir de la prisión a ciertos grupos de autores menos ligados a la delincuencia convencional o clásica.

Desde el punto de vista de una noción material de reinserción, se hace necesario algo más para entender que realmente se ha alcanzado la resocialización. Contando con las dificultades prácticas para su constatación y los límites que no se pueden sobrepasar con la actividad tratamental pero se entiende necesario exigir una actitud de respeto hacia los valores básicos de convivencia. Esto es coherente con una búsqueda de una real reinserción y con las exigencias criminológicas que piden comprobar dos aspectos, relativos a la capacidad delincuencial y a la intencionalidad delictiva. Por una parte se haría precisa la modificación de la capacidad delincuencial (situación social que permite entender no le hará tender hacia el delito, como la posesión de recursos económicos, actividad laboral, etc.). Pero también se percibe como imprescindible la modificación de la intención delictiva (actitud del autor de respeto hacia los mínimos éticos sociales, hacia los bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento jurídico-penal). Las Normas Mínimas de Naciones Unidas para el tratamiento de los Reclusos parecen abonar esta doble perspectiva. Refiriéndose a los principios fundamentales de la institución penal para condenados y el fin fundamental

---

(19) MATA y MARTÍN, R. M. *Fundamentos del sistema penitenciario*. Tecnos 2016, p. 204-5 ss.

que se debe perseguir, en su Regla 58 se indica «Sólo se alcanzará este fin si se aprovecha el período de privación de libertad para lograr, en lo posible, que el delincuente una vez liberado no solamente quiera respetar la ley y proveer a sus necesidades, sino también que sea capaz de hacerlo». El condenado ya excarcelado debe estar entonces tanto en condiciones de respetar la ley como, también, querer respetarla.

Sabemos que en una sociedad democrática y pluralista no es posible intentar obligar a interiorizar una determinada moral, ni el adoctrinamiento. Pero no por ello resulta ilícito la reeducación y resocialización del delincuente, como manifiesta González Collantes(20), de manera que en la actividad penitenciaria cabe y debe intentarse lograr un compromiso de una conducta respetuosa con la legalidad penal y con los derechos y libertades de los otros. Por eso, desde el punto de vista del logro de la reeducación y la resocialización, estamos hablando de un «proceso a través del cual se aspira a fomentar la responsabilidad personal de la persona que ha delinquido, a que se corresponsabilice del bienestar de la sociedad comprometiéndose a no volver a delinquir, y al Estado y a la sociedad en su conjunto se les pide que lo hagan del bienestar de dicho sujeto para que pueda reintegrarse en una convivencia social ajena a la práctica del delito y participar de todos los aspectos de la vida en sociedad necesarios para posibilitarle llevar una vida acorde con la dignidad humana»(21).

En el sentido de proponer construir el edificio del Derecho Penal desde las bases representadas por el Estado social y Democrático de Derecho que proclama el artículo 1 de la Constitución se ha producido precisamente una de las grandes aportaciones del profesor Santiago Mir. Con esta declaración constitucional, el Estado social y democrático de Derecho se convertía en el soporte valorativo de los dos pilares sobre los que se apoya el sistema penal: el delito y la pena. Esta perspectiva llevaría a establecer una vinculación axiológica entre la función de la pena y la función del Estado. De acuerdo al modelo de Estado citado, como una fusión superadora de sus particulares elementos constitutivos, entiende que a la pena le correspondería una misión activa de regulación de la vida social que asegure su funcionamiento mediante la tutela de los bienes de los ciudadanos. Con ello se establece una función preventiva de la pena frente a los posibles hechos que ataquen a esos bienes. Pero, a su vez, esta función de la

---

(20) *El concepto de resocialización (desde un punto de vista histórico, sociológico, jurídico y normativo)*. Tirant lo Blanch, 2021, p. 130.

(21) GONZÁLEZ COLLANTES, T., *El concepto de resocialización (desde un punto de vista histórico, sociológico, jurídico y normativo)*. Tirant lo Blanch, 2021, p. 129.



pena está sometida a límites que eviten el deslizamiento hacia los excesos del poder(22). Sin embargo las necesidades preventivo-especiales no constituyen el único fundamento posible de la pena, ni se puede ocultar su carácter aflictivo, de modo que la intervención penal puede justificarse también por las necesidades de protección social.

En esta línea discursiva parecen inscribirse las argumentaciones de Daunis sobre la reinserción social en el marco de la ejecución de las penas privativas de libertad. Frente al escepticismo creado apunta algunas otras perspectivas. En primer término la existencia de algunos estudios criminológicos que apuntarían el éxito de los programas de tratamiento, y en particular en delincuentes tan poco dados a la reforma como los vinculados a delitos contra la libertad e indemnidad sexual. Sobre su carácter de mito señala que en tal caso no sería el único con el que contamos en la esfera social y también la necesidad de contar con esta idea fuerza. Pero en todo caso, desde el punto de vista precisamente del contexto constitucional del Estado Social y Democrático de Derecho, señala la necesidad de una auténtica revisión del concepto y del contenido de la reinserción. En particular «debe superarse el enfoque de la reinserción social que acaba vinculando marginalidad y exclusión social con criminalidad, para poder responder a otros tipos de fenómenos criminales, como la delincuencia de cuello blanco»(23).

Frente a las críticas vertidas desde distintos extremos sobre la finalidad resocializadora de la pena, la misma ha sido admitida y fundamentada también por Mir desde los postulados del Estado social y democrático de Derecho(24). Ante la tendencia expansiva de la propia noción de resocialización y las críticas a la misma, propuso una formulación equilibrada, por limitada y orientada a los derechos fundamentales en coherencia con el modelo constitucional de Estado. Las objeciones prácticas sugieren la falta de efectividad de los recursos dedicados a las tareas resocializadoras. Pero estas dificultades, y el que no siempre se pueda conseguir el fin resocializador, no exime de dejar de intentarlo como ofrecimiento al sujeto; en todo caso, se precisan decisiones y medios de intervención adecuados y suficientes. «La resocialización correctamente delimitada entra dentro de los cometidos de configuración social del Estado social y de fomento de la parti-

---

(22) MIR PUIG, S. *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, 1994, pp. 40 ss.

(23) *Ejecución de penas en España: la reinserción social en retirada*. Comares 2016, p. 26.

(24) MIR PUIG, S. «¿Qué queda en pie de la resocialización?», *Eguzkilore*, extraordinario núm. 2 (1989), pp. 35 ss.

cipación de todos en la vida social que corresponde al Estado democrático»(25). En relación a las tachas que atienden a las posibilidades que abre esta perspectiva de agravación de la condena por exigencias resocializadoras, las posibilidades de manipulación de la personalidad o de imposición de los valores sociales, se afirma la necesidad de aceptación por el penado del tratamiento que, sin invadir el terreno de la conciencia, persiga una actitud de respeto hacia los bienes sociales fundamentales.

### 1. Los autores de delitos sin falta de inserción social y su presencia en el sistema penitenciario

Los delitos de autores de cuello blanco (o no necesitados de inserción social) en el sentido más amplio constituyen propiamente una categoría criminológica –sin una exacta correspondencia en el plano de la ley– construida sobre el perfil de los autores de un tipo de hechos criminales que llevó a cabo Edwin H. Sutherland, sociólogo norteamericano perteneciente a la Escuela de Chicago, en la primera mitad del siglo xx. Sutherland había comenzado a investigar este tipo de hechos desde 1928 y, al tiempo, había formulado su teoría de la «asociación diferencial» para explicar el origen del delito en sus Principios de Criminología. La teoría de la asociación diferencial (*differential association*) fue descrita por Sutherland en 1939 en su manual *Principles of Criminology* y aplicada para el esclarecimiento y desarrollo de la delincuencia de cuello blanco(26). Desde esos presupuestos la delincuencia se entiende como un comportamiento aprendido, que se produce en conexión con el aprendizaje efectivo de los valores criminales. En esa línea de trabajo acuñó la expresión «delitos de cuello blanco» (*white collar criminality*) en un discurso ante la Asociación Americana de Sociología el 27 de diciembre de 1939. En su posterior artículo de 1940 y en su monografía definitiva de 1949 sobre tales tipos de hechos punibles se definen los mismos como «delitos cometidos por una persona honorable, con prestigio social y en el marco de su ejercicio profesional»(27).

Vemos como entonces los llamados desde entonces «delitos de cuello blanco» forman un grupo delictivo de cierta heterogeneidad, desde el punto de vista de su encuadre sistemático en el Código penal,

---

(25) MIR PUIG, S. *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho 1994*, p. 146.

(26) BARROSO GONZÁLEZ, J. L. «Los delitos económicos desde una perspectiva criminológica». *Revista del Instituto Jurídico de Puebla*, núm. 35 (2015), p. 105.

(27) BARROSO GONZÁLEZ, J. I. «Los delitos económicos desde una perspectiva criminológica». *Revista del Instituto Jurídico de Puebla*, núm. 35 (2015), p. 99.

que tiene como verdadera referencia que le otorga cohesión el perfil criminológico de los autores de este tipo de hechos. Pese a lo incipiente de los estudios y el escaso conocimiento del grupo de delitos, se valoraron ya en esos primeros estudios como hechos punibles de una gravedad relevante para la sociedad. En este sentido, su iniciador «Consideró que el crimen de cuello blanco es una amenaza mayor para la sociedad que el crimen callejero porque el primero promueve el cinismo y la desconfianza en las instituciones sociales básicas».

De esta manera la noción de los delitos de cuello blanco, en sus variadas representaciones vinculadas a la delincuencia económica, empresarial o funcional, puede entenderse vinculada a tres factores. Por una parte el elevado estatus social del autor (que goza entonces de una buena posición socioeconómica). También es propio de este tipo de autores el desempeño de actividades profesionales y/o económicas, en principio con un adecuado estatus legal. Y por otra parte se constata la vinculación del comportamiento delictivo desarrollado con la actividad laboral que desempeña el autor. En este contexto se advierte igualmente la importante significación socioeconómica de las infracciones cometidas que puede traducirse en una variada gama de tipos penales implicados (estafa, administración desleal, apropiación indebida, delitos societarios, blanqueo de capitales, malversación de caudales públicos, tráfico de influencias, cohecho, etc...).

Naturalmente se ha producido una lenta pero perceptible evolución en la noción de este tipo de delincuencia y autores desde los primeros desarrollos de Sutherland hasta la actualidad. En esos primeros momentos se situaba el acento en la persona y contexto del autor, poniendo claramente en relación la actividad profesional del autor con el tipo de delito cometido(28). Quizás en las últimas décadas se ha producido un mayor desarrollo de la noción y características sobre la base de las circunstancias del hecho, del grupo de delitos, más que lo concerniente a las condiciones propias del autor. A día de hoy puede verse en los delitos de cuello blanco un tipo de hechos con posible alcance transnacional, que pueden afectar a grandes grupos de víctimas, que exigen una suficiente planificación y desarrollo por lo que también implicarían la presencia de una organización y que se ejecuten a lo largo de un periodo prolongado(29). Pero lo que suponen

---

(28) CÁMARA ARROYO, S. «El perfil del delincuente de cuello blanco. Problemática conceptual y perspectivas de análisis para la Criminología». *Derecho y cambio social*, núm. 59 (enero-marzo 2020), p. 451.

(29) Según puede verse en la exposición de CÁMARA ARROYO, S. «El perfil del delincuente de cuello blanco. Problemática conceptual y perspectivas de análisis para la Criminología». *Derecho y cambio social*, núm. 59 (enero-marzo 2020), p. 462 ss.

estas manifestaciones del delito es más bien un complemento a las concepciones basadas en las condiciones del autor. En todo caso para evitar la confusión en la terminología, puede decirse que en la actualidad los denominados delitos de cuello blanco y los delitos económicos pueden ser entendidos en términos básicamente coincidentes, como se hace generalmente(30). Y que entendido de manera extensa pueden asemejarse a lo que denominamos autores de delitos que no precisan una renovada inserción social.

Desde hace tiempo se advierte la mayor presencia en el grupo de la población penitenciaria española de un creciente número de internos que responden a una condena por delitos que podemos enmarcar en el concepto amplio de los delitos de cuello blanco, de forma más estricta en la delincuencia económica. De acuerdo a las mayores previsiones de delitos en el ámbito económico, empresarial y funcional en el vigente Código penal de 1995, se ha ido produciendo esta escalada en la representación que este tipo de autores tienen en el conjunto de los condenados a prisión. Y en su presencia efectiva en los centros penitenciarios, pues el ingreso real podía ser evitado mediante la aplicación de la suspensión de la ejecución de la pena, pese a que se impusiera una condena.

Desde el año 2005 funcionaba El Observatorio del Delito Fiscal como fruto de un acuerdo entre la Agencia Tributaria y la Secretaría de Estado de Justicia en el que se analizaban desde múltiples puntos de vista los esfuerzos de la Hacienda Pública en la persecución del fraude fiscal y las numerosas dificultades que surgían para la condena por delito fiscal y algunos otros hechos punibles. La percepción de insatisfacción de las autoridades fiscales se manifestaba en numerosos aspectos, de todo tipo, pero también (después de todos los esfuerzos de investigación, de prueba, en el marco del proceso, etc, se indicaba que, «también contribuyen a esta percepción ... el escaso número de ejecución efectiva de penas privativas de libertad»)(31). Se manifestaba así que la regulación del delito fiscal y su aplicación no cumplía con los fines de prevención general y prevención especial que tuviera asignados. Entre las reformas propuestas, aumentando de ese modo la prevención frente al delito, estaría la efectividad de las sanciones, más

---

(30) CÁMARA ARROYO, S. «El perfil del delincuente de cuello blanco. Problemática conceptual y perspectivas de análisis para la Criminología». *Derecho y cambio social*, núm. 59 (enero-marzo 2020), p. 459.

(31) Observatorio del Delito Fiscal. Primer Informe, diciembre 2006, p. 102. [https://www.agenciatributaria.es/static\\_files/AEAT/Contenidos\\_Comunes/La\\_Agencia\\_Tributaria/Informacion\\_institucional/Campanias/Plan\\_prevencion\\_del\\_fraude\\_fiscal/observatorio\\_es\\_es.pdf](https://www.agenciatributaria.es/static_files/AEAT/Contenidos_Comunes/La_Agencia_Tributaria/Informacion_institucional/Campanias/Plan_prevencion_del_fraude_fiscal/observatorio_es_es.pdf)

allá de las condenas. «La primera medida normativa en este sentido puede ser el aumento de penas privativas de libertad que supongan de modo general el efectivo ingreso en prisión de los condenados»(32).

De acuerdo con los datos proporcionados por la Agencia Tributaria, muy interesada por motivos evidentes en la persecución de este tipo de hechos, de los 64000 internos (aproximadamente) que tenía el sistema penitenciario español en el año 2014, unos 615 pertenecían a la delincuencia económica (no tomando en consideración por tanto otros diversos hechos delictivos que sí forman parte de los «delitos de cuello blanco»). Entre ellos destacaban –de menos a más– los delitos vinculados al blanqueo de capitales, contra la Hacienda pública y de apropiación indebida. Es decir, venían a formar el 1,04 % del total de los condenados en prisión. Sin embargo, con estos datos en la mano, ya se había producido un despegue respecto a los datos de años previos. Se informaba que respecto al 2012, dos años antes, el incremento porcentual de personas ingresadas en prisión por este tipo de delitos se había elevado en un 63 %. Se entendía que tanto la Abogacía del Estado como los Tribunales se habían mostrado más severos en este terreno (que se percibía en el uso de expresiones como «No merecen comprensión»(33)). Aun contando con ese incremento de las condenas a pena de prisión las autoridades fiscales mostraban un cierto pesar. Señalaban que sólo 615 del total de los internos lo eran por delitos económicos, al tiempo que la prensa reflejaba el lamento de los Inspectores de hacienda por la laxitud con la que actuaba frente a este tipo de abusos.

En otro momento mucho más cercano, comienzos de 2021, se constataba un nuevo incremento de la delincuencia de cuello blanco presente en el sistema penitenciario español. Según datos de la propia Institución Penitenciaria en el territorio penitenciario de la Administración General del Estado (AGE, excluyendo por tanto los Centros penitenciarios administrados por la Comunidad Autónoma catalana), estos centros contaban en diciembre de 2020 con 2044 internos por delitos económicos, lo que representaba ya un 5,6 % de la población penada total. En seis años se había multiplicado por más de cinco la presencia en prisión de los autores de delitos económicos. En el amplio espectro legal con el que podemos abarcar estos delitos estaban especialmente comprendidos –de más a menos– distintos tipos de

---

(32) Observatorio del Delito Fiscal. Primer Informe, diciembre 2006, p. 109. [https://www.agenciatributaria.es/static\\_files/AEAT/Contenidos\\_Comunes/La\\_Agencia\\_Tributaria/Informacion\\_institucional/Campanias/Plan\\_prevencion\\_del\\_fraude\\_fiscal/observatorio\\_es\\_es.pdf](https://www.agenciatributaria.es/static_files/AEAT/Contenidos_Comunes/La_Agencia_Tributaria/Informacion_institucional/Campanias/Plan_prevencion_del_fraude_fiscal/observatorio_es_es.pdf)

(33) *El País*, 5 de octubre de 2014.

estafa, delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, delitos contra la hacienda pública, blanqueo de capitales, insolvencias punibles, malversación y otros delitos relativos a la función pública. Junto con otros delitos en menor escala, fraudes a la Seguridad Social, delitos contra el medio ambiente, contrabando, cohecho, ordenación del territorio, etc., completaban la cifra total ya mencionada de 2.044 autores encarcelados(34). También desde el punto de vista de la alarma generada por las sucesivas crisis económicas, puede entenderse que esta situación ha contribuido a este aumento de las condenas efectivas en prisión para los autores de delitos socioeconómicos(35).

## 2. La existencia de programas para autores de delitos socioeconómicos

En coherencia con ese incremento de los autores de delitos de cuello blanco en sentido extenso o de autores no necesitados de inserción social ingresados en prisión, la Administración Penitenciaria manifestaba en diciembre de 2020 su preocupación, así como su interés en atender específicamente a este grupo de autores. Desde el punto de vista de la misión nuclear del sistema penitenciario se esgrimía una particular línea de actuación para los autores de este tipo de hechos punibles. En el mes de diciembre de 2020 se presentó por la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, en una convocatoria pública y con numerosos medios de comunicación, el novedoso programa PIDECO (Programa de Intervención de Delitos Económicos)(36). Pero como venimos insistiendo las categorías delictivas se toman en sentido muy amplio, de forma que según la propia Institución Penitenciaria se incluyen los «delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico» (omitiendo hurtos, robos o extorsiones), «delitos contra la hacienda pública y la seguridad social», «delitos contra los derechos de los trabajadores», «delitos contra los derechos de los ciu-

---

(34) Datos también de marzo de 2021, facilitados por la propia Administración penitenciaria, a quien agradecemos esta información.

(35) Aunque no siempre se entiende como significativo este aumento de las condenas. HORTAL IBARRA, J. C «Crisis financiera, delincuencia de cuello blanco y respuesta penal: una aproximación criminológica y político-criminal». *Economía y Derecho penal en Europa: una comparación entre las experiencias italiana y española* (Edición a cargo de Luz María Puente Aba). Universidad de la Coruña, 2015, pp. 167-173.

(36) «Interior abre un programa para reeducar a 2.000 presos de delitos económicos». *El Confidencial* 27 de noviembre de 2020. «Cómo reinsertar a un condenado por corrupción». *El País*, 12 de diciembre de 2020.

dadanos extranjeros» y «delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio y el medio ambiente».

El objetivo puesto de manifiesto era que los reclusos que lo realicen se responsabilicen del hecho delictivo, pidan perdón, reparen el daño y no reincidan, en concordancia como se ha mencionado con la mayor presencia de este tipo de delincuentes en prisión y de la tarea encomendada a la ejecución penal. Efectivamente se manifestaba el origen del interés: «El incremento de reclusos condenados por estos delitos nos llevó a plantearnos un programa específico». Como se ha indicado, en el momento de la presentación del nuevo programa, los centros penitenciarios de la AGE contaban con más de 2000 internos con condenas por delitos económicos, lo que representaba –en una subida importante– un 5,6 % de la población penada total de esa demarcación.

La necesidad era evidente a los ojos de los especialistas penitenciarios, tanto por su fuerte incremento en el sistema penitenciario como por las características propias de los delincuentes de cuello blanco –en el contexto que venimos reiterando–. Así se ponía de relieve que los mismos, pese a lo que pudiera imaginarse sin un conocimiento adecuado de la delincuencia económica, requerían una particular intervención penitenciaria. Por eso los funcionarios penitenciarios que habían elaborado el programa insistían que «Por su formación y nivel social, erróneamente se piensa que a estos delincuentes no hace falta integrarlos en la sociedad». También indicaban que «Estos condenados se caracterizan por un afán desmedido de riqueza, una manera más de distinción social». El programa tomaba en consideración y se adaptaba a este tipo de necesidades.

El Programa se desarrollaba a lo largo de diez u once meses de duración, constando de un mínimo de 32 sesiones grupales para dotar a los internos de «herramientas para poder enfocar su vida en libertad con una actitud y conducta prosocial». Como colofón a las sesiones se incluye encuentros de Justicia Restaurativa entre afectados por delitos económicos, víctimas directas o indirectas con los autores, para conseguir la responsabilización del penado, la petición de perdón y averiguar fórmulas de reparación del daño. Pero además no se desconocía la dimensión más pública de algunos de los implicados en este tipo de hechos. Así se reconocía que los más mediáticos iban a tener un problema complementario y la necesidad de atenderlo: «serán señalados al volver a la calle. Trabajaremos para que estén preparados para afrontar esta estigmatización».

Dando cuenta de la envergadura del programa diseñado y de la dimensión que alcanzaba por el numeroso grupo de internos al que iba

destinado se hacía mención a la formación específica que se había preparado para los psicólogos y otros profesionales que iban a intervenir en su desarrollo. De esa manera ya se había llevado a cabo y clausurado un proceso formativo de 40 psicólogos que iban a impartir el mencionado programa PIDECO, que en su fase inicial se extendía a 31 centros penitenciarios ordinarios y 9 CIS. En definitiva un amplio e intenso programa diseñado con ambición para atender las características propias de esta delincuencia ahora ya más recogida en el Código penal, más severamente castigada y más presente en la población de los centros penitenciarios.

## V. EL EMPLEO DE INSTRUMENTOS NO NORMATIVOS

### 1. **El principio de legalidad, reserva de ley y ejecución de las penas privativas de libertad**

El principio de legalidad, como eje vertebrador de todo el sistema penal, despliega sus efectos también en el ámbito penitenciario. En el genérico principio de legalidad en materia penal se incluye la llamada garantía ejecutiva. A las garantías criminal, penal y jurisdiccional se suma esta garantía penitenciaria o ejecutiva que se corresponde con ejecución de las condenas impuestas a los autores de hechos delictivos, en especial para el presente trabajo en lo que concierne a la fase de realización de las penas privativas de libertad por la Administración Penitenciaria(37).

La vigencia del principio de legalidad en el contexto de la ejecución de penas de prisión en primer lugar excluye la admisión de conductas arbitrarias en un ámbito especialmente sensible en el que se ponen en juego los derechos fundamentales de las personas, en ese momento privadas jurídicamente de libertad. Pero además la extensión del mencionado principio al sistema penitenciario reclama el respeto a la Ley en la ejecución de las penas que tiene encomendadas. Y no puede ser de otra manera pues, en realidad, la previa condena y aplicación posterior de la pena únicamente encuentra legitimidad y fundamento en el Ordenamiento Jurídico(38). La vigencia del princi-

---

(37) MATA y MARTÍN, R. M. «El principio de legalidad en el ámbito penitenciario». *Revista General de Derecho Penal*, núm. 14 (2010), pp. 1 ss.

(38) BUENO ARUS, F. *El sistema penitenciario español*. Ministerio de Justicia 1967, p. 49. «Sólo en el Derecho y por el Derecho cobran sentido y justificación las limitaciones que se imponen a la libertad del condenado».



pio de legalidad en el momento de la ejecución de la pena de prisión significa que la vida en prisión, en los aspectos fundamentales, está presidida por el respeto a las normas.

Esa significación jurídica de la privación penal de libertad llega hasta alcanzar una dimensión constitucional. De manera que las garantías constitucionales suponen la reserva de ley en materia de ejecución de penas privativas de libertad. En un primer término temporal el Tribunal Constitucional declaró la reserva absoluta de Ley para el conjunto de la materia penal: «en el ámbito penal estricto, en el que nos movemos en el presente supuesto, debe implicar la reserva absoluta de Ley» (STC 118/1992, de 16 de septiembre). Pero posteriormente se llegó a una garantía cualificada a través de las Leyes Orgánicas. La reserva de Ley se transformó en una reserva reforzada para lo relacionado con las penas privativas de libertad (Ley Orgánica): «existe reserva constitucional en favor de la Ley Orgánica, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 81.1, en relación con el artículo 17.1 CE, respecto de las normas penales que establezcan penas privativas de libertad» (STC 118/1992, de 16 de septiembre).

De esta manera se establece una reserva de Ley para todos los contenidos básicos/fundamentales vinculados a la ejecución de las penas privativas de libertad. La Ley monopoliza los contenidos fundamentales necesarios para la ejecución de las penas privativas de libertad. Todo lo básico debe encontrarse previsto en la Ley. Existe una auténtica reserva de Ley (Orgánica) conforme a nuestro sistema constitucional de acuerdo a la cual estos contenidos nucleares no pueden estar ausentes de la Ley y no es suficiente con que estén presentes en otras normas o instrumentos administrativos. Es decir que las disposiciones de la Ley no pueden ser contradichas por otras normas o instrumentos administrativos de gestión u organización. Incluso podríamos indicar que respecto a los contenidos establecidos deben introducirse elementos suficientes para su garantía, desarrollo y aplicación en la propia Ley penitenciaria.

También la relevancia constitucional de la ejecución de las penas privativas de libertad alcanza a la configuración de las relaciones jurídico-penitenciarias(39). En un principio se adoptó la teoría de las relaciones de sujeción especial como posible fórmula de introducir ciertas especialidades para la vigencia del principio de legalidad. Así la STC 2/1987, de 21 de enero, se plantea posibles conculcaciones de la finalidad de las penas y de la prohibición de tratos inhumanos y degradantes, de las garantías en el procedimiento sancionador y del

---

(39) MATA y MARTÍN, R. M. «El principio de legalidad en el ámbito penitenciario». *Revista General de Derecho Penal*, núm. 14 (2010), pp. 21 ss.

principio de legalidad: «en el seno de una relación de sujeción especial, como es la de los internos en establecimientos penitenciarios. En estos casos la reserva de Ley cumple principalmente una función de garantizar la seguridad jurídica, de modo que los internos puedan disponer de informaciones suficientes sobre las normas jurídicas aplicables en un determinado caso, y la norma debe formularse con la suficiente precisión para que el interno pueda prever razonablemente las consecuencias que puedan derivar de una determinada conducta. El interno se integra en una institución preexistente y que proyecta su «autoridad» sobre quienes, al margen de su condición común de ciudadanos, adquieren el status específico de individuos sujetos a un poder público que no es el que, con carácter general, existe sobre el común de los ciudadanos. En virtud de esa sujeción especial, y en virtud de la efectividad que entraña ese sometimiento singular al poder público, el *ius puniendi* no es el genérico del Estado, y en tal medida la propia reserva de Ley pierde parte de su fundamentación material, dado el carácter en cierto modo insuprimible de la potestad reglamentaria, expresiva de la capacidad propia de autoordenación correspondiente, para determinar en concreto las previsiones legislativas abstractas sobre las conductas identificables como antijurídicas en el seno de la institución». Podía quedar con ello en una cierta penumbra la plena vigencia de los Derechos Fundamentales en prisión. Sin embargo, se puede entender que se produce una cierta reorientación del Tribunal Constitucional con la STC 61/1990, de 29 de marzo, en la que se declara, ya sin ambages, la plena vinculación de las relaciones especiales de sujeción al principio de legalidad y derechos fundamentales afectados.

De esta manera la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional señala en relación al tema indicado que «Con respecto al derecho a la legalidad penal, este Tribunal ha manifestado que comprende una doble garantía: por un lado, una garantía referente a la necesidad de una predeterminación normativa suficiente de las conductas y sus penas, a través de una tipificación precisa dotada de la adecuada concreción en la descripción que incorpora (*lex certa*), y por otro lado, una garantía de orden formal, consistente en la necesidad de una norma, como presupuesto de la actuación punitiva del Estado, que ostente rango de Ley: exigencia que, en el ámbito penal estricto, en el que nos movemos en el presente supuesto, debe implicar la reserva absoluta de Ley (SSTC 160/1986, 122/1987, 3/1988 y 29/1989, entre otras muchas). Esta exigencia de Ley formal para las normas penales, que resulta del artículo 25.1 CE no implica, por sí sola, la necesidad de que las normas penales hayan de revestir rango de Ley orgá-

nica (STC 25/1984). Pero sí existe reserva constitucional en favor de la ley orgánica, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 81.1, en relación con el artículo 17.1 CE, respecto de las normas penales que establezcan penas privativas de libertad»(40).

En la actualidad se pueden plantear algunos supuestos de regulaciones problemáticas en su vinculación o relación con la misma Ley. Por ejemplo «la aplicación de limitaciones regimentales por razones de seguridad y orden del establecimiento origina una importante controversia jurídica. Y es que, en la práctica, el artículo 75.1 RP se traduce en la existencia de un tipo de aislamiento al margen de los regulados en la LOGP –aislamiento propio del primer grado, aislamiento como sanción disciplinaria y aislamiento como medio coercitivo–, que, si bien puede tener mejores condiciones en cuanto a horas de patio o posibilidad de participar en actividades tratamentales, dependiendo de lo que el Director del Centro determine, también puede llegar y de hecho llega, a ser idéntico al impuesto por sanción o en concepto de medio coercitivo. Pero todo ello sin aplicación del sistema de garantías previsto para estos casos y completamente al margen de los procedimientos establecidos en la LOGP para los mismos(41).

## 2. El principio de legalidad para la Administración penitenciaria

Las obligaciones que puedan derivarse de la aplicación del principio de legalidad al sistema penitenciario pueden serlo tanto para el legislador como para el poder Judicial y, finalmente, para la Administración penitenciaria como rectora del sistema de ejecución de las penas privativas de libertad. Esto último es lo que en realidad nos interesa para el tema que queremos tratar. Por ello vamos a mencionar sucintamente aquellas consecuencias que parecen derivarse para el poder ejecutivo, léase Administración penitenciaria, como resultado del principio de legalidad en su versión de ejecución de penas. La existencia y formulación del principio de legalidad supone el establecimiento y aceptación de una vinculación del poder público en su actuación con la Ley. Por eso indica Hassemer(42) que en esas limitaciones a la intervención del Estado que implica el principio, la doc-

(40) [STC 118/1992 de 16 de septiembre, BOE 14/X/92] FJ 2.

(41) Sobre los diferentes tipos de aislamiento, su concreta finalidad y justificación, SOLAR CALVO, P./ LACAL CUENCA, P., «El aislamiento en prisiones: usos múltiples y múltiples justificaciones», en *Diario la Ley*, núm. 8154, Sección Doctrina, 20 de septiembre de 2013, pp. 1-6. 790.

(42) *Fundamentos del Derecho penal*, Bosch, 1984, p. 313.

trina penal se ha esmerado en desarrollar el contenido del mismo frente a la amenaza representada por el poder ejecutivo.

En este ámbito es preciso adquirir la conciencia de lo que representa la función penitenciaria en el contexto del Estado de Derecho y del principio de división de poderes. La pena, como se ha ido viendo, a pesar de su carácter decisivo en esta fase, no se puede fundamentar de manera aislada en su fase de ejecución. Y es que «en las materias abarcadas por una reserva de ley, este principio de la separación absoluta de poderes mantiene todo su vigor»(43). De manera que el sistema penitenciario en su funcionamiento y organización deja ver el grado de respeto a la legislación penitenciaria y al conjunto del sistema penal. En su aplicación práctica puede comprobarse la coherencia del total sistema penal y la realización de cada uno de los elementos de la ejecución conforme a su sentido para que en mayor medida puedan alcanzarse los objetivos de reinserción social de los penados.

En este contexto es en el que queremos analizar el empleo de instrumentos no normativos de autoorganización. Es en esa perspectiva en la que podemos reflexionar sobre la adecuación de los instrumentos utilizados para organizar esta materia de su competencia. En este sentido el TC ha manifestado que «cuando la determinación del contenido lo es de una medida privativa de libertad, entonces nos hallamos en el ámbito expresamente reservado a la Ley Orgánica en virtud del artículo 81.1 CE (STC 118/1992, de 16 de septiembre, FJ 2; STC 243/2004, de 16 de diciembre). Por eso podemos decir que un instrumento de autoorganización, no normativo, que desborda las previsiones de la Ley y Reglamento penitenciarios no resulta legítimo desde el punto de vista del Estado de Derecho y de la posición del sistema penitenciario en el sistema penal integral. Tales Instrumentos únicamente resultan legítimos para establecer o coordinar aspectos necesarios para el funcionamiento interno de los centros o servicios, pero no para crear situaciones diversas a las legalmente reconocidas. De forma que no debe existir nada básico o fundamental en otras disposiciones sin que previamente se haya producido una previsión legal al respecto. Incluso el Reglamento penitenciario puede desarrollar, no crear, situaciones fundamentales no previstas en la ley o modificar las ya incorporadas a la Ley.

Nos podemos encontrar con una diversidad de situaciones heterodoxas, con posibles variantes de los excesos de la Administración penitenciaria con el empleo de instrumentos de autoorganización. De manera que podemos advertir que el exceso proviene de incluir en

---

(43) MADRID CONESA, F. *La legalidad del delito*. Universidad de Valencia 1983, p. 38.

estos instrumentos restricciones no previstas legalmente, como sucedió con la Instrucción 21/1996 que introducía determinadas precisiones para colectivos de internos peligrosos. Después de anteriores vicisitudes la situación creada con la mencionada Instrucción fue analizada en la STS 2555/2009, de 17 de marzo. La misma dejó claro que la actividad de autoorganización de la Administración Penitenciaria «no pueden traspasar el umbral del funcionamiento del servicio y adentrarse en la regulación de los derechos y deberes». También que con la regulación creada por la Instrucción «se excede del cometido y finalidad de los denominados reglamentos administrativos o de organización para adentrarse en el ámbito reservado a la ley y a sus reglamentos ejecutivos».

Para este caso en el que el Alto Tribunal analiza si el empleo de estos instrumentos administrativos respeta el campo que le son propios, «el TS determina de forma novedosa tres aspectos fundamentales: considera que la Instrucción 21/1996 regula la restricción de derechos para un colectivo de internos concreto, que con ello, trasciende la finalidad de los reglamentos meramente administrativos, y que, por todo ello, su categoría jurídica no se adecúa a la relevancia de su contenido, infringiendo la reserva de ley»(44). Tras la Sentencia la actuación de reforma normativa se quedó a medias, sin llegar a abordar el problema real que es su necesidad de una originaria configuración y apoyo legal de las restricciones. «Sin embargo, el resultado normativo sigue sin ser del todo satisfactorio. Los nuevos artículos 6.4 y 65.2 RP crean una habilitación reglamentaria para la nueva Instrucción 12/2011 que, sin embargo, tal y como concluyó el TS, debiera tener rango legal»(45).

Puede también entenderse como un exceso, cuando el mecanismo interno de la Administración Penitenciaria va más allá de lo previsto en las normas penitenciarias, por ejemplo, si los contenidos creados se desconectan o escapan a la letra o al sentido del modelo de ejecución penal establecido en la Ley. Esto parece haber sucedido con la nueva Instrucción 6/2020, de 17 de diciembre, sobre Protocolo de acceso directo al medio abierto, creando situaciones penitenciarias al margen del modelo de ejecución previsto legal y reglamentariamente.

La misma puede entenderse como una regulación carente del soporte base, por no acomodarse al sistema de ejecución de las penas privativas de libertad previsto en la Ley, no partiendo del mismo, sino

---

(44) SOLAR CALVO, P. «Consecuencias penitenciarias de la relación de sujeción especial. Por un necesario cambio de paradigma». ADPCP, VOL. LXXII (2019), p. 749.

(45) SOLAR CALVO, P. «Consecuencias penitenciarias de la relación de sujeción especial. Por un necesario cambio de paradigma». ADPCP, VOL. LXXII (2019), p. 796,

desarrollándose al margen de las previsiones legales. Se crean situaciones penitenciarias novedosas sin articulación con las previsiones de la Ley y ni siquiera del Reglamento. Incluso, como veremos más adelante en este trabajo, introduciendo contenidos contrarios a lo establecido en la Ley y Reglamento penitenciarios.

## VI. LA INTEGRACIÓN DE LA EJECUCIÓN PENAL EN EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL

El Derecho penitenciario, la regulación de la ejecución de las penas privativas de libertad, forma parte del conjunto del sistema de Justicia penal. Esta Justicia penal es un todo solidario con evidentes conexiones y dependencias entre sus elementos. Sin la necesaria coherencia el sistema penal no puede alcanzar sus objetivos ni realizar la función que la sociedad y la Constitución le encomienda. En el proceso penal los Tribunales indagan la existencia de algún delito y sus potenciales autores, con la posibilidad de llegar hasta una sentencia firme en la que se impongan las sanciones previstas a los responsables de los hechos criminales. Delito previsto en la parte especial del Código penal y sanciones también allí establecidas para cada uno de ellos de acuerdo a las reglas generales de aplicación de las penas. Determinación del delito y de sus autores, imponiéndose las penas recogidas en el Código penal a través de un proceso penal por los Tribunales con jurisdicción penal competentes en una sentencia firme condenatoria.

De esta manera el Derecho penal material o sustantivo (el Código penal básicamente) establece el qué (tanto en lo referente al delito como a la pena), el derecho procesal penal (las leyes procesales) el cómo (la forma de investigar y dirimir la responsabilidad penal) y el derecho penal de ejecución (derecho penitenciario) señala las reglas de realización de la responsabilidad previamente establecida de forma general en el Código penal y concretada para una determinada situación y personas por los Tribunales de Justicia. Llevada a efecto la determinación sobre la responsabilidad penal de ciertas personas mediante sentencia, la misma se materializa conforme a las normas de la ejecución penal penitenciaria si estamos ante penas de privación de libertad.

Este derecho de ejecución o Derecho penitenciario se integra así entre los distintos elementos, que se necesitan unos a otros, del total sistema penal. Esta pertenencia del Derecho penitenciario al más amplio sistema de Justicia penal puede percibirse de distintas mane-

ras, de acuerdo a lo que podemos entender como diversos modos de vinculación entre las reglas de ejecución de las penas de privación de libertad y el resto de componentes de la Justicia penal. En este sentido debemos hacer referencia a la teoría de la pena y los fines asociados a las mismas, los distintos momentos a través de los cuales se hace presente la pena y el desenvolvimiento del proceso a través del cual se determina la sanción. Todo ello desde la perspectiva del principio de legalidad penal general y, en particular, lo concerniente a la fase de ejecución.

Es conocido que paulatinamente la consecuencia impuesta al autor del delito se va precisando, tanto en las previsiones de la Ley así como en el ejercicio de la jurisdicción por los Tribunales penales, pero necesariamente también en el periodo de ejecución de la pena. Tanto formal como materialmente las normas penitenciarias también complementan el contenido de la pena y su determinación. Deciden finalmente la medida y determinación de la pena, tanto en sentido cuantitativo (duración efectiva) como cualitativo (intensidad o modo de realización). Desde el punto de vista cuantitativo no es lo mismo si al penado se le concede una situación penitenciaria con un régimen de semilibertad, o la libertad condicional cumplida en libertad de hecho, que si termina su condena hasta el último día en el Centro penitenciario. Pero desde el punto de vista cualitativo tampoco es lo mismo estando en prisión que el régimen que corresponda a su clasificación penitenciaria sea el régimen más severo, con constantes controles y permanencia de la mayor parte del día en la celda, que encontrarse en régimen ordinario y así poder tener no sólo mucho menos control y horas de patio, sino muchas más posibilidades de formación y actividades de tratamiento, así como de comunicación con el exterior e incluso permisos.

Con todo ello se muestra que solamente una visión completa de la pena que integre todos los periodos de vigencia de la misma, desde su inicial incorporación a la ley hasta su real aplicación en el sistema penitenciario, puede ofrecernos la auténtica imagen y contenidos de la pena privativa de libertad. En ese contexto más amplio pero necesario, la fase de ejecución de una pena privativa de libertad no representa la de menor trascendencia ni contenido jurídico sino, al contrario, la etapa decisiva y llena de aspectos jurídico-penales de la privación de libertad y, por tanto, para las condiciones que habrá de sufrir el condenado. En este sentido la ejecución de la pena privativa de libertad, el Derecho Penitenciario, pertenece por derecho propio al sistema penal y a su vez el sistema penal en su interna coherencia no se puede entender sin la integración del Derecho penitenciario.

La Instrucción sobre acceso inmediato al medio abierto para condenados con una pena de privación de libertad de hasta cinco años de duración, más allá de un mero protocolo, supone la introducción de algunas novedades en el plano simbólico pero también afecta a las decisiones efectivas para cierto grupo de condenados que se deben producir en el discurrir habitual de la función penitenciaria. La concepción de la reinserción social que trasluce y los resultados efectivos que ya se están produciendo no resultan indiferentes para el conjunto del sistema penal sino, al contrario, nos dejan ver su alta significación para el sistema penitenciario y el grado de respeto a la legislación en esta materia de la ejecución de las penas privativas de libertad. En su base se encuentra una interpretación que hace enormemente elásticos los conceptos relativos al sistema de individualización científica, sus elementos y también la comprensión de algunos de sus preceptos, evitando desde luego una interpretación sistemática o de conjunto de los distintos artículos implicados y orientando la normativa en el sentido del resultado buscado por quien aplica en su ejecución las disposiciones. También se puede percibir un mayor grado de burocratización en el concepto de reinserción social y su aplicación.

### **1. Integración de la Instrucción en el conjunto del sistema penal**

Hemos podido comprobar que la Instrucción sobre acceso directo al medio abierto se justifica en exclusivas razones de prevención especial. Se alude de forma amplia y genérica al cometido de resocialización de alcance constitucional y, también, de forma complementaria, a los posibles efectos perversos de la pena de prisión que se quieren evitar. No obstante también tendremos oportunidad de indicar lo dudoso de los efectos desocializadores para los autores de delitos de cuello blanco, infractores bien integrados antes y después del delito (y de la prisión, en su caso) en su círculo social de vida.

Respecto a los fines de las penas conocemos bien la dirección que indica para las de privación de libertad el texto constitucional. «Las penas privativas de libertad y las medidas estarán orientadas hacia la reeducación y la reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados». Mandato constitucional que necesariamente debe enfocar el desarrollo de la ejecución de este tipo de penas. Con posterioridad, de manera inmediata, tanto la LOGP –aprobada en septiembre de 1979– como la doctrina reiterada del TC admiten la diversidad de fines para las penas, la existencia de un conjunto de fines posibles para las penas sobre la base del mandato constitucional ya reseñado.



«Desde el ATC 486/1985, de 10 de julio, este Tribunal ha venido afirmando que el artículo 25.2 CE no contiene un derecho fundamental, sino un mandato constitucional dirigido al legislador para orientar la política penal y penitenciaria, que como tal puede servir de parámetro de constitucionalidad de las leyes (SSTC 2/1987, de 21 de enero, FJ 2; 28/1988, de 23 de febrero, FJ2; 79/1998, de 1 de abril, FJ 4; y 120/2000, de 10 de mayo, FJ 4). Junto a ello, ya en el citado Auto destacamos también que dicho precepto «no establece que la reeducación y la reinserción social sean la única finalidad legítima de la pena privativa de libertad» (también, SSTC 167/2003, de 29 de septiembre, FJ 6 y 299/2005, de 21 de noviembre, FJ 2); por ello, de la mención de que las penas y las medidas de seguridad deberán estar orientadas a tales finalidades, no se deriva que tales fines sean los únicos objetivos admisibles de la privación penal de libertad ni, por lo mismo, que haya de considerarse contraria a la Constitución «la aplicación de una pena que pudiera no responder exclusivamente a dicha finalidad» (SSTC 19/1988, de 16 de febrero, FJ 9, citando el ATC 780/1986, de 19 de noviembre; 167/2003, de 29 de septiembre, FJ 6; y 299/2005, de 21 de noviembre, FJ 2)»(46).

La reiterada doctrina del Tribunal Constitucional en este ámbito de los fines de las penas ha consistido en mantener por una parte la necesidad de la orientación hacia los fines de prevención especial (en el sentido de la reeducación y reinserción) en primer término. Pero también se ha indicado de forma indubitada la no exclusividad de tal fin, al contrario, la compatibilidad entre distintas finalidades e, incluso, como podemos apreciar en la siguiente sentencia reseñada, la relevancia de la prevención general («mecanismo irrenunciable») en el cometido general de los tipos penales de dispensar tutela a los bienes jurídicos seleccionados por el legislador en materia penal. «La reinserción social es una de esas finalidades, a la que, según mandato constitucional (art. 25.2 CE), deben estar orientadas las penas y medidas privativas de libertad, pero no es el único cometido con que las penas operan en aras a satisfacer el fin de protección de bienes jurídicos, ni debe ser esa, como hemos venido reiterando, la interpretación que haya de hacerse del precepto constitucional (SSTC 167/2003, de 29 de septiembre, FJ 6 y 299/2005, de 21 de noviembre, FJ 2). Debe resaltarse, en este sentido, que «el mandato presente en el enunciado inicial de este artículo 25.2 tiene como destinatarios primeros al legislador penitenciario y a la administración por él creada, según se desprende de una interpretación lógica y sistemática de la regla» (STC 19/1988, de 16 de febrero, FJ 9). Cabe afirmar, así, que la

---

(46) STC 160/2012, de 20 de septiembre, FJ 3, *BOE* 17 de octubre de 2012.

finalidad de reinserción social se proyecta esencialmente sobre la fase de ejecución, en la que se materializa la afeción al derecho a la libertad (art. 17.1 CE) de quien resulta penalmente sancionado, pero ha de armonizarse con otros fines legítimos de la pena, que adquieren mayor protagonismo en otros momentos de intervención del *ius puniendi*. En particular, la finalidad de prevención general, tanto en su vertiente de disuasión de potenciales delincuentes mediante la amenaza de pena, como de reafirmación de la confianza de los ciudadanos en el respeto de las normas penales, constituye igualmente un mecanismo irrenunciable para el cometido de protección de bienes jurídicos»(47).

En el marco de esa confluencia de intereses y objetivos, el legislador penal adopta criterios en los que se establece un determinado equilibrio entre los fines o funciones de las penas. Como sucede, nos dirá el Tribunal Constitucional, en la concreta configuración de la suspensión o sustitución de la pena. La prevalencia de la prevención especial la establece el legislador penal de manera que la posibilidad de suspensión alcanza hasta los dos años de prisión. A partir de esa duración razones de prevención general exigirían el ingreso en prisión. «Expresión de una decisión de esa índole es, por ejemplo, la de limitar la aplicación de las figuras de la suspensión y la sustitución a penas máximas de dos años, tal como se recoge, respectivamente, en los artículos 80.1 y 88.1, párrafo 2, CP; de modo que, aun cuando pudiera considerarse que el autor de un delito con pena superior a la prevista en dichos preceptos no necesita del ingreso en prisión para su reinserción social, necesidades de prevención general justificarían la privación de libertad»(48).

Pero es que además el mismo TC ha señalado la necesidad de atender a razones de prevención general en el marco de las sanciones impuestas para la tutela de esos bienes jurídicos considerados esenciales por el legislador penal. «Resultando irrenunciable, como hemos afirmado, para el cometido final de protección de bienes jurídicos esenciales la finalidad de prevención general de la pena». Carácter de no renuncia o de no prescindibilidad del fin de prevención general que debe acompañar a la ejecución de las penas privativas de libertad.

Al mismo tiempo, además de lo relativo a los fines que impulsan las normas sobre ejecución penal está el tema de la adecuación de los instrumentos utilizados para organizar esta materia, la de poner en práctica la ejecución de las penas privativas de libertad impuestas por los órganos jurisdiccionales mediante sentencia condenatoria firme. Somos conocedores de la necesidad de una reserva de ley (la exclusiva

(47) STC 160/2012, de 20 de septiembre, FJ 4, BOE de 17 de octubre de 2012.

(48) *Ibidem.*

regulación de una determinada materia mediante una Ley), la existencia de una Ley Orgánica que desarrolle la materia penal (pena privativa de libertad incluida su ejecución) por afectar a Derechos Fundamentales. En este sentido el Tribunal Constitucional ha manifestado que «cuando la determinación del contenido lo es de una medida privativa de libertad, entonces nos hallamos en el ámbito expresamente reservado a la Ley Orgánica en virtud del artículo 81.1 CE (por todas, STC 118/1992, de 16 de septiembre, FJ 2)»(49).

También el sistema penal se puede ver afectado, como se ha visto anteriormente, en relación a la posible suspensión de condenas de penas privativas de libertad previamente impuestas. El Código penal prevé en ciertas condiciones la alternativa de no llegar a ejecutar la pena ya impuesta por la comisión de algún delito. Ahora se han flexibilizado los requisitos, pero como criterios generales la regulación exige un límite temporal de dos años de condena, la primariedad delictiva y que se haya satisfecho la responsabilidad civil derivada de tal hecho delictivo. Con variantes y algunas modalidades diversas esas son lo que el propio Código penal denomina «condiciones necesarias para dejar en suspenso la ejecución de la pena» (art. 80 CP). Fuera de estas condiciones el Juez no posee capacidad para dejar en suspenso la pena que está prevista en la ley penal por la comisión del delito. Teniendo en cuenta que, además, la suspensión de la ejecución de la pena por los Tribunales puede ser acompañada de determinadas prohibiciones y obligaciones de actividades de reinserción (formativas, educativas, de deshabitación, etc.).

En este contexto en el que la pena puede no haber sido suspendida por el sentenciador –bien por entenderla inconveniente, bien por no entrar en los supuestos legales–, sin embargo la Instrucción de acceso directo al medio abierto admite la posibilidad de incorporación directa al tercer grado penitenciario. Y ello tanto porque la duración de las penas puede llegar hasta los cinco años de privación como porque puede darse la primariedad delictiva, incluso la primariedad penitenciaria (sin ingreso previo, pero con condenas anteriores suspendidas). Si se dan los requisitos que establece la Instrucción, pese a la no suspensión por el Juzgador, es posible el acceso al tercer grado, con o sin vuelta a dormir diaria al CIS. Ya sabemos que el tercer grado sigue siendo parte de la ejecución de la pena impuesta, esa es sin duda su naturaleza y que constituye no tanto una alternativa a la reclusión dentro de los límites físicos de una prisión(50). Quizás podría decirse

(49) STC 243/2004, de 16 de diciembre (BOE 21 de enero de 2005).

(50) En palabras muy atinadas de Cristina RODRÍGUEZ YAGÜE. *La pena de prisión en medio abierto: un recorrido por el régimen abierto, las salidas treatmentales*

todavía que el tercer grado y el medio abierto debiera constituir la salida natural y habitual de la ejecución de una pena de prisión con base en las actividades realizadas previamente para los condenados. Pero no podemos desconocer la realidad bien diferenciada de una misma pena cumplida bien en tercer grado, bien en primer grado (o segundo, dentro de los muros de la prisión) y más cuando se trata no sólo de una opción inicial sino inmediata y sin acceder a un centro penitenciario. Siendo que en ese tercer grado pueden establecerse algunas pautas de conducta u obligaciones que serían las mismas o semejantes que se podían haber acompañado a la suspensión de la pena, si el Juez hubiera decidido aplicarla. Así las cosas se hace ineludible un mejor coordinación de estas distintas partes del sistema penal, si no se quiere que el mismo resulte totalmente incomprensible.

## 2. Coherencia con la regulación del Código penal

Uno de los vectores de desarrollo del Derecho penal en las últimas décadas ha sido la mayor extensión de la parte especial del Código. En particular se ha ampliado la regulación penal desde el punto de vista de protección de los bienes jurídicos colectivos y en ese sector de la llamada delincuencia socioeconómica. Pero en realidad estas formas de delincuencia poseen un radio de acción más extendido. Delitos económicos y empresariales, en el sentido más amplio, que a veces se sitúan en una zona a caballo entre la protección de intereses suprapersonales y también los individuales. Una necesidad de tutela sentida por la doctrina ya hace décadas que se ha ido plasmando paulatinamente en la regulación del Código penal. De hecho los delitos de cuello blanco entendidos en su sentido pluridimensional (económicos, empresariales, de corrupción, función pública, etc.) en el CP, han sido aceptados como una de las grandes novedades del vigente Código Penal de 1995.

Los intensos debates de hace tres décadas llevaron a las legislaciones a incorporar un buen número de supuestos punibles vinculados a bienes colectivos (como corrupción, función pública, medioambiente) o a la actividad económica y empresarial. Pero también se trasladó la reflexión hacia las consecuencias penales más idóneas para este tipo de delincuencia. «Desde el primero de los presupuestos político-criminales que deben ser considerados –esto es, que las penas se legitiman fundamentalmente por su eficacia preventiva–, el debate de los años ochenta cuestionó la pena de prisión por ser innecesaria e inad-

---

*y el principio de flexibilidad*. Reus, 2021, pp. 11-12.

cuada para el delincuente económico ya que –se decía– no es un individuo marginado e inadaptado socialmente, por lo cual no tiene necesidad de ser reeducado o resocializado. Según este razonamiento, si la pena, desde la perspectiva del artículo 25.2 CE se justifica si es necesaria y adecuada para alcanzar la resocialización del condenado, sería obligado renunciar a la imposición de la pena privativa de libertad en todas aquellas hipótesis en las que el sujeto no esté necesitado de reeducación social. Y una de estas hipótesis era, precisamente, el delincuente económico. Así, los códigos y propuestas de reformas penales de los años ochenta y noventa se vinieron caracterizando por las relativamente lejanas posibilidades de ingreso en la prisión para estos casos»(51).

Pero incluso en aquella época el cuestionamiento de la pena de prisión para la delincuencia económica parecía no ser tan evidente a la vista de la escasa adecuación de otras penas alternativas. «La previsión generalizada de sanciones pecuniarias fue criticada por la doctrina de los años ochenta desde la consideración que las penas para este tipo de delincuencia debían ser de tal naturaleza y gravedad que hicieran desistir al autor potencial de lograr sus objetivos mediante la comisión del delito (prevención general negativa). Y la pena de multa no era la más idónea para alcanzar estos objetivos intimidatorios puesto que, fundamentalmente, el importe de las multas podía integrarse en la lógica de costes y beneficios de la empresa y hasta acabar repercutiéndose en el consumidor. Tampoco desde la perspectiva de la evitación de la reincidencia (prevención especial positiva) puesto que de algún modo la pena debe tener algún efecto admonitorio y la pena de multa, para estos autores, no era capaz de desarrollar esta función»(52).

En el momento actual a la vista de la evolución penal y en particular de la respuesta dada a la delincuencia económica la perspectiva parece ser otra, admitiéndose la idoneidad de la privación de libertad para estos autores de delitos. En este sentido Baucells ha confirmado que los argumentos anteriores contra la pena de prisión en este sector no se sostienen actualmente, pues esa posición «puede ser sometida hasta a cuatro importantes objeciones que, a mi modo de ver, impiden afirmar que la pena de prisión deba ser descartada para el delincuente económico... En conclusión, entiendo que no hace falta conformarse en que sólo una concepción retribucionista de la pena puede aparente-

---

(51) BAUCELLS LLADÓS, J. «Sistema de penas para la delincuencia económica en el Derecho español». *La delincuencia económica. Prevenir y sancionar* (García Arán, Directora). Tirant lo Blanch, 2014, p. 386.

(52) *Ibídem*, p. 382.

mente legitimar el recurso a la prisión para este tipo de delincuencia. Como acabamos de apuntar la pena de prisión puede desarrollar ante este perfil de delincuencia importantes efectos preventivo-especiales. Negar actualmente la pena de prisión para la delincuencia económica bajo el argumento de no ser necesaria desde el punto de vista resocializador no sólo es irracional –como hemos intentado demostrar en las líneas precedentes–, sino que es discriminatorio e hipócrita. Tampoco la pena resocializa al delincuente convencional y no por ello se ha renunciado a aplicarla en estos casos. Es más, en estos casos aparece un argumento que es definitivo: las penas de cárcel no tienen el efecto desocializador que llegan a tener para la delincuencia convencional. La crítica a la prevención especial como fin de la pena, que arrastró a la crítica de la pena de cárcel por desocializadora, deja de tener vigencia precisamente en estos supuestos donde el delincuente económico no sólo deja de sufrir el peso estigmatizador del paso por la prisión; sino que mantiene intactas las capacidades económicas, formativas, laborales y de contactos sociales para integrarse después de la condena»(53). Incluso se puede plantear, como se ha hecho, la idoneidad de las penas cortas privativas de libertad para los casos de delincuencia con buena integración social, que no van producir efecto desocializador, «al revés de lo que sucedería con el delincuente marginal cuyas recurrentes y fugaces entradas en la cárcel pueden agravar tanto su precario arraigo»(54). Por eso «quizás una pena corta de prisión con alta probabilidad de ejecución sea el antídoto perfecto para prevenir y, en su caso, castigar muchas de las conductas contenidas en el Derecho penal de empresa»(55).

Interesantes resultan las anteriores indicaciones sobre el efecto desocializador de las penas de prisión para los autores de delitos económicos cuando uno de los argumentos fundamentales de la Instrucción es precisamente el de evitar estas consecuencias negativas para los condenados. También, en sentido complementario, están esas reservas u objeciones a las que alude el autor sobre la exclusión de la pena de prisión y que tiene que ver con la forma de comprensión de la noción de reinserción social (en sentido puramente formal), sobre las necesidades reales de reinserción de este tipo de delincuentes o algu-

---

(53) *Ibídem*, pp. 400-402.

(54) HORTAL IBARRA, J. C «Crisis financiera, delincuencia de cuello blanco y respuesta penal: una aproximación criminológica y político-criminal». *Economía y Derecho penal en Europa: una comparación entre las experiencias italiana y española* (Edición a cargo de Luz María Puente Aba). Universidad de La Coruña, 2015, p. 220.

(55) *Ibídem*, p. 221.

nos de ellos y con el alcance que se quiera otorgar a la prevención especial. Todo ello como si la pena de prisión pudiera concebirse en el único sentido de la prevención especial de manera excluyente.

Como se ha indicado en la actualidad existen un buen grupo de delitos vinculados a autores bien integrados socialmente o a la actividad económica y empresarial sobre los que, además, recae también algún tipo de sanción privativa de libertad. Este es un cambio claro respecto a lo que sucedía décadas atrás. Baucells en su estudio ha cuantificado la presencia de este tipo de penas para la delincuencia económica y ha establecido algunos indicadores que permitirían evaluar su realidad. «En primer lugar, la mayoría de los delitos estudiados tienen prevista una pena de prisión. En realidad 36 de los 39 delitos, lo que supone un 92 % de los casos. Este dato por sí solo, ya supone un cambio de tendencia político-criminal importante, sobre todo, si lo comparamos con la situación legal de los años ochenta donde la mayoría de estos conflictos se resolvían en el derecho civil o administrativo. Ahora bien, para valorar correctamente la utilización de la pena de prisión para estos casos debemos considerar: 1) si la pena se prevé como pena obligatoria, 2) cuál es su extensión, 3) la posibilidad de ser suspendida o sustituida y, todavía más, 4) cuál es su aplicación real por parte de los tribunales»(56).

Con los criterios expuestos es posible avanzar en la evaluación del empleo de la prisión como respuesta en el ámbito de la delincuencia socioeconómica, corrupción o empresarial. Ahora bien, a tenor de lo que hemos ido viendo de la realidad penitenciaria actual y de las implicaciones que trae consigo la Instrucción de la Secretaría General de Instituciones penitenciaria de acceso directo al medio abierto, se hace necesario incorporar algún factor añadido. Se precisa en este momento un mejor conocimiento de la fase penitenciaria de ejecución de la pena, más allá de lo que tenga previsto el Código penal en su regulación y de la aplicación que los Tribunales hayan resuelto en sus sentencias aplicando penas privativas de libertad. Se presenta como ineludible abordar y tomar en consideración la realidad de estas penas durante su ejecución, la manera concreta en la que se están llevando a cabo. Este déficit de análisis, sobre el resultado efectivo de la atribución de responsabilidad penal, queda en evidencia en los numerosos, interesantes y rigurosos estudios sobre la persecución de ciertos tipos

---

(56) «Sistema de penas para la delincuencia económica en el Derecho español». *La delincuencia económica. Prevenir y sancionar* (García Arán, Directora). Tirant lo Blanch, 2014, p. 405.

de delitos, como sucede con el blanqueo de capitales o la corrupción<sup>(57)</sup>.

Entre el conjunto de tipos penales que podemos asociar a los delitos de cuello blanco la penalidad privativa de libertad que encontramos sería la que se concentra preferentemente en una escala que iría del año de privación de esa libertad hasta los seis. Al margen de casos de pena inferior o superior, lo habitual es concentrarse en esa franja penológica, como sucede, en una estimación centrada de sus penas, con los delitos relativos a la ordenación del territorio (de 1 a 4 años), delitos relativos a los recursos naturales (de 6 meses a 5 años), contra los derechos de los trabajadores (de 6 meses a 6 años), delito fiscal (de 1 a 6 años), delitos contra la Seguridad Social (de 1 a 6 años), o el blanqueo de capitales (de 6 meses a 6 años). En general penas de las calificadas como menos graves, pues la de carácter grave serían las superiores a los cinco años de prisión. Pero como sabemos incluso esas penas previstas en el Código penal como graves pueden, en el caso concreto, resultar aplicables a la Instrucción con acceso directo a la semilibertad, según la determinación final de la sentencia.

### 3. **Compatibilidad de la Instrucción 6/2020 con el sistema de ejecución y la legislación penitenciaria**

Es sabido que la LOGP estableció como forma de ejecución de las penas privativas de libertad el denominado «sistema de individualización científica», cuya referencia más genérica se muestra en el artículo 72.1 de la citada norma, pues indica que «las penas privativas de libertad se ejecutarán según el sistema de individualización científica, separado en grados...». En la organización del modo general de actuar de la institución penitenciaria se establecen grados de clasificación penitenciaria para los recluidos que permitan introducir las variantes de tratamiento y régimen adecuadas a cada situación. El sistema diseñado en los grandes trazos en este precepto de la Ley permite, según se está aplicando, el avance o retroceso en los grados de clasificación y por tanto en la situación penitenciaria general del interno (progresión o regresión), sin términos temporales determinados y sin que se haya de transitar necesariamente por los grados infe-

---

(57) *IV Congreso Internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero* (Abel Souto/Sánchez Stewart, coordinadores). Tirant lo Blanch, 2014. También *La proyección de la corrupción en el ámbito penal: análisis de una realidad transversal* (Puente Aba, directora). Comares, 2017.



rios y progresar hacia los superiores, ni siquiera inicialmente, a salvo de lo que corresponde a la libertad condicional.

Después del ingreso en el centro penitenciario y con vistas a la clasificación que orienta toda la ejecución de la pena, se hace necesario un cierto periodo de observación directa, de conocimiento inmediato de las características del condenado. Por ello el artículo 63 de la LOGP indica expresamente que «Para la individualización del tratamiento, tras la adecuada observación de cada penado, se realizará su clasificación». Es siempre previa, lógicamente y de acuerdo al modelo de ejecución de individualización científica, a la decisión sobre clasificación penitenciaria le precede –necesariamente– la actividad de observación directa del penado. Además, de forma complementaria, se requiere el estudio de toda la documentación y de los datos aportado mediante entrevistas y la observación comprensiva de su conducta en prisión: «Una vez recaída sentencia condenatoria, se completará la información anterior con un estudio científico de la personalidad del observado» (art. 64.2 LOGP).

La actividad de observación en el ámbito penitenciario es uno de los cualificados elementos de diagnóstico y evaluación de los internos(58). Elemento de larga tradición que resulta fundamental y que afecta a todo el personal implicado, tanto el más tratamental, de vigilancia como el sanitario. De manera que esta observación directa penitenciaria por el personal del establecimiento es señalada en la misma legislación como soporte de las actividades de diagnóstico de intervención tratamental, de seguimiento de los programas adoptados con el interno y de las evaluaciones sobre su trayecto penitenciario. En relación a estas tareas que se incardinan en el núcleo de la función penitenciaria, la misma Ley hace algunas referencias. «Las tareas de observación, clasificación y tratamiento las realizarán los equipos cualificados de especialistas, cuya composición y funciones se determinarán en el Estatuto Orgánico de Funcionarios. Dichos equipos contarán con la colaboración del número de educadores necesarios, dadas las peculiaridades de los grupos de internos tratados» (art. 69.1 LOGP). Incluso se indica expresamente la relación directa entre observación y clasificación penitenciaria (como ya hemos visto también en relación al art. 63), de la que sabemos se desprenden las consecuencias fundamentales para la ejecución de la pena y el tipo de vida penitenciaria que se puede desarrollar: «Siempre que de la observación y clasificación correspondiente de un interno resulte estar en condiciones para ello, podrá ser situado inicialmente en grado superior» (art. 72.3 LOGP).

---

(58) NIETO GARCÍA, A. J. «La observación en el ámbito penitenciario». *Diario La Ley*, núm. 9545 (de 2 de enero de 2020), pp. 1 ss.

Hemos visto que la propia Instrucción 6/2020 organiza la rápida respuesta a la clasificación mediante la previsión de una cita, básicamente en un CIS, en la que el penado debe aportar una serie de documentos sobre su condena y trayectoria penal. La propia Instrucción para facilitar su aplicación incluye un modelo para presentar al ser citado indicando los documentos que se deben aportar. Si la presentación se produce dentro del plazo establecido por la autoridad judicial «En todo caso, con carácter previo al ingreso deberá aportar documento de identificación personal, testimonio de sentencia firme y certificado médico actualizado». Si no se pudiera completar la documentación que se pide puede incluso hacerse uso de una declaración responsable del penado. Sobre esa base y una o más entrevistas concentradas se tomará la decisión. Todo ello en un protocolo que lo que busca es agilizar la decisión para estos casos. Decisión sin ninguna o sin apenas observación, basada necesariamente en los aspectos más documentales del caso, en una profundización burocrática de la función penitenciaria. En la práctica será muy difícil que un CIS cuente con un Equipo completo para realizar una clasificación penitenciaria, pues no es esa su misión, sino la de proseguir con las tareas de tratamiento y control una vez que el interno de un centro penitenciario ha sido progresado a tercer grado y enviado por tanto al CIS. Esa ausencia de profesionales, y la celeridad impuesta desde el Centro Directivo, hace que en realidad el estudio y entrevistas las realice no el Equipo sino un único profesional. En estas condiciones se hace imposible dar por buena la existencia de una auténtica clasificación penitenciaria conforme al modelo de ejecución previsto y los requisitos de la LOGP y el RP.

La celeridad que se quiere imprimir a todo el proceso lleva a situaciones de cierta complejidad. No fácilmente comprensible resulta la referencia a los efectos que se puedan dar a las decisiones en las que no exista mayoría para la clasificación en tercer grado. «Formulada propuesta de clasificación inicial por la Junta de Tratamiento, se arbitrarán las medidas oportunas por la Dirección del centro para que la adopción de la resolución que proceda, así como de sus efectos, puedan tener vigencia a la mayor celeridad, especialmente, cuando la propuesta de clasificación sea de tercer grado de tratamiento o, aún sin ser mayoritaria, incluya votos favorables a la clasificación en tercero». No sabemos, ni parece fácil entender, los efectos que pudieran alcanzar estos votos favorables –pero minoritarios– a la clasificación en tercer grado del penado.

Por otra parte, las dificultades de hacer coherente la previa condena impuesta por un Juez o Tribunal y la inmediata salida en régimen

de semilibertad de la prisión, el Reglamento Penitenciario estableció un precepto que trataba de conciliar ambas posibilidades. Y en particular con el hecho de que la Ley fije de manera terminante un cumplimiento mínimo de una cuarta parte de la condena para la posible concesión de permisos penitenciarios (art. 47.2 LOGP). De manera que se trata de evitar la incongruencia de un plazo mínimo para una situación en principio menos expansiva o favorable (concesión de algún permiso de algunos días), frente a la aparente falta de todo requisito temporal para una situación penitenciaria claramente más favorable (salidas diarias en tercer grado con el añadido de los fines de semana disponibles). En este sentido alude el precepto reglamentario al tiempo de una cuarta parte de la condena, lo que evidencia que se trata de una situación excepcional: «Para que un interno que no tenga extinguida la cuarta parte de la condena pueda ser propuesto para tercer grado, deberá transcurrir el tiempo de estudio suficiente para obtener un adecuado conocimiento del mismo» (art. 104.3 RP). Pese a todo lo anterior la Instrucción comentada pretende evitar la excepcionalidad de una clasificación, no sólo inicial, sino inmediata en tercer grado, señalando como admitida sin más por el artículo 104.3 esta clasificación aun cuando el penado «no tenga extinguida la cuarta parte de la condena o condenas que cumpla», es decir, recortando de manera interesada el texto del precepto. No sólo el propio sistema de individualización científica sino este precepto reglamentario está indicando la necesidad de un tiempo mínimo de estudio y observación para decidir sobre la clasificación más adecuada.

Sabemos que la actividad penitenciaria está sometida a los grandes principios constitucionales, como sería el de no discriminación. Y también hemos visto como la particular configuración de la Instrucción comentada hace que sus efectos se apliquen en una dirección fundamental que son los autores de delitos socioeconómicos o sin falta de integración del autor, en sentido amplio los autores de delitos de cuello blanco. La propia legislación penitenciaria indica esta exclusión de todo tipo de discriminación o trato desigual: «La actividad penitenciaria se ejercerá respetando, en todo caso, la personalidad humana de los reclusos y los derechos e intereses jurídicos de los mismos no afectados por la condena, sin establecerse diferencia alguna por razón de raza, opiniones políticas, creencias religiosas, condición social o cualesquiera otras circunstancias de análoga naturaleza» (art. 3 LOGP). Riesgo al que, sin embargo, parece aproximarse sin indicar los medios para evitarlo, la Instrucción sobre clasificación directa en medio abierto.

Hemos indicado ya las dificultades que existen para hablar propiamente de presentación voluntaria en los términos en los que lo hace la Instrucción 6/2020 y otras anteriormente. No se puede pedir como factor de clasificación o mejora algo que el propio sistema penal niega o impide a algunos de los condenados (en el caso de los habituales ingresos por mediación de las Fuerzas de Seguridad). Situación que no depende en tantas ocasiones del interesado. Por eso es más difícil todavía extraer consecuencias de ello para incidir en la situación penitenciaria sin incurrir en graves desigualdades faltas de fundamento. Pero también esta referencia resulta del todo diversa a lo que entiende por tal la propia Ley Penitenciaria. En su artículo 15.1 señala que «El ingreso de un detenido, preso o penado, en cualquiera de los establecimientos penitenciarios se hará mediante mandamiento u orden de la autoridad competente, excepto en el supuesto de presentación voluntaria, que será inmediatamente comunicado a la autoridad judicial, quien resolverá lo procedente». Presentación que puede afectar a cualquiera de las situaciones procesales, detenidos, presos o penados y que requiere su comunicación inmediata a la autoridad judicial. En la Instrucción la disposición hacia esa «presentación voluntaria» hace que se pueda seguir considerando válida aun cuando se produzca más allá del plazo concedido por la autoridad judicial para realizarlo. También este requisito de la Instrucción resulta ajeno a las previsiones del artículo 16 del RP para el que los casos de presentación voluntaria incluyen exclusivamente los que dependen únicamente de la voluntad del sujeto condenado, como el de los internos evadidos, y que por ello nada han comunicado a la autoridad judicial. Como indica el precepto la documentación del condenado presentado voluntariamente debe ser solicitada por el centro penal al Juzgado y de no contarse con la misma en plazo la persona debe ser excarcelada.

La reforma operada a través de la reiterada Instrucción 6/2020 de Instituciones Penitenciarias se vincula formalmente a la persecución de la reinserción social en un grupo de autores delictivos. Sin embargo, en su concreta formulación pudiera anunciar, en sentido inverso, una renuncia al objetivo básico del sistema penitenciario. Pese a que formalmente se declara esta meta, sin embargo, otras razones parecen atender a un práctico abandono de la meta resocializadora. Se convierte la actividad clasificatoria, de existir tal, en este caso, en un procedimiento sustancialmente burocrático, sin cabida para otro tipo de estudio, y sin margen de tiempo para una verificación más concreta de los casos. La aplicación de la Instrucción por el perfil del delincuente que establece se va a dirigir en la práctica a los autores de delitos con buena integración social, de cuello blanco o delincuencia económica

por coincidir básicamente este perfil de autores con los requisitos establecidos. En estos de manera formal se entiende que presentan una buena integración social, lo que haría innecesaria una real intervención en este sentido. De hecho el mismo programa PIDECO, creado en el seno de la Institución penitenciaria para los ingresados en prisión por delitos económicos, apunta en sentido diverso hacia la necesidad de intervención real en este grupo de autores. Condenados previamente en prisión que podrían, en numerosos casos, acogerse de haber ingresado ahora a las nuevas previsiones para salir de los recintos penitenciarios en tercer grado de clasificación por darse en ellos también los requisitos exigidos por la Instrucción. Pero a los ingresados previamente no está prevista su aplicación. Les tocará, por tanto, esperar un tiempo mayor o menor para acceder a esta posibilidad. Además, de forma sorprendente, toda esta reforma de fondo del sistema se realiza mediante un instrumento de autoorganización no normativo, que desborda las previsiones de la Ley y Reglamento penitenciarios.

Son notorias las dificultades para la detección, persecución efectiva y acreditación suficiente de los hechos enmarcados en la delincuencia económica, muchas veces encubiertos en una maraña empresarial y jurídica. A veces la investigación adquiere una dimensión internacional lo que comporta una vez más mayor duración y complejidad. También evidentes son las dificultades procesales y los ingentes esfuerzos para la investigación de unos hechos muy complejos que requieren de recursos especializados en el ámbito policial y de un gran despliegue procesal, con participación de distintas instancias procesales y en ocasiones confluencia de aspectos vinculados a una diversidad de jurisdicciones. En ocasiones pueden ser necesarias comisiones rogatorias u otras formas de colaboración judicial internacional. Se necesita la intervención de numerosas personas y peritos especializados a lo largo de años, que a veces supera la década para finalizar el proceso. Por ello también es importante el recurso de las defensas a la atenuante de dilaciones indebidas, que si se acepta como muy cualificada permite normalmente eludir el ingreso en prisión. También este grupo de autores son destinatarios más probables de un indulto(59).

---

(59) HORTAL IBARRA, J. C «Crisis financiera, delincuencia de cuello blanco y respuesta penal: una aproximación criminológica y político-criminal». *Economía y Derecho penal en Europa: una comparación entre las experiencias italiana y española* (Edición a cargo de Luz María Puente Aba). Universidad de La Coruña, 2015, pp. 175-180.

La dirección marcada por la Instrucción parece necesitada de una seria reflexión sobre las necesidades reales de los delincuentes integrados socialmente o de cuello blanco (en el sentido más amplio) tras la condena, el papel que corresponde a la Institución Penitenciaria en este contexto y las posibilidades legítimas que la legislación y la coherencia del sistema penal otorga al propio período de la ejecución penitenciaria. Por ello conviene recordar algunos aspectos fundamentales respecto a la reforma penitenciaria y los elementos sustanciales de la función penitenciaria. Ya, en su tiempo, Concepción Arenal, a propósito de la reforma penitenciaria, había indicado que «Es preciso estudiar la cuestión; ver qué sistema penitenciario debe adoptarse para España, y formularlo en una ley bien meditada, completa y que no deje nada esencial a merced de los reglamentos». Por su parte el Profesor Santiago Mir había remarcado lo necesario de «huir del tratamiento del penado como mero objeto a adaptar y propugnar en cambio que se parta de su consideración como sujeto». Por eso, sin duda, la actividad penitenciaria no puede invadir la conciencia. Otra cosa será la necesidad de lograr una actitud de respeto hacia la convivencia pacífica y los valores expresados en la Constitución en su posible trascendencia penal, como tarea penitenciaria, «entendida como consecución de una actitud de respeto a bienes sociales fundamentales».

Como hemos comenzado diciendo en este trabajo, el medio abierto constituye un potencial penitenciario muy significativo y que debe ser explotado en sus mayores posibilidades. Ahora bien, en el momento actual se trata de una posibilidad de ejecución ligada a la pena de prisión previamente aplicada, no con independencia o al margen de ésta. Por eso puede decirse con plena coherencia que «el medio abierto supone la alternativa más potente, no ya a la pena de prisión, pero sí a la pena en prisión»(60). Las políticas reduccionistas tan necesarias(61), tanto mediante la estrategia de puertas cerradas (encarcelamiento como última medida) como de puertas abiertas (sobre reducción de la extensión del periodo de detención) deben resultar coherentes con el modelo de ejecución para que sean realmente eficaces y respetuosas con la legislación vigente, en el marco garantista de la división de poderes y el Estado de Derecho.

---

(60) RODRÍGUEZ YAGÜE. *La pena de prisión en medio abierto: un recorrido por el régimen abierto, las salidas tratamentales y el principio de flexibilidad*. Reus, 2021, pp. 11-12.

(61) VAN ZYL SMIT, D./SNACKEN, S. *Principios de Derecho y Política Penitenciaria Europea*. Tirant lo Blanch, 2013, pp. 152 ss.

## VII. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ANCEL, M. *La défense sociale nouvelle*. Cujas, 1981.
- BARROSO GONZÁLEZ, J. L. «Los delitos económicos desde una perspectiva criminológica». *Revista del Instituto Jurídico de Puebla*, núm. 35, 2015.
- BAUCELLS LLADÓS, J. «Sistema de penas para la delincuencia económica en el Derecho español». *La delincuencia económica. Prevenir y sancionar* (García Arán, Directora). Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- BUENO ARUS, F. *El sistema penitenciario español*. Ministerio de Justicia, Madrid, 1967.
- CALLIES, R. P. *Strafvollzugsrecht*. München, 1981.
- CÁMARA ARROYO, S. «El perfil del delincuente de cuello blanco. Problemática conceptual y perspectivas de análisis para la Criminología». *Derecho y cambio social*, núm. 59, enero-marzo 2020.
- CERVELLÓ DONDERIS, V. *Derecho penitenciario*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- DAUNIS RODRÍGUEZ, A. *Ejecución de penas en España: la reinserción social en retirada*. Comares, Granada, 2016.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. «La supuesta función resocializadora del Derecho Penal: utopía, mito y eufemismo». *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales III*, 1979.
- GONZÁLEZ COLLANTES, T. *El concepto de resocialización (desde un punto de vista histórico, sociológico, jurídico y normativo)*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- HASSEMER, W. *Fundamentos del Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1984.
- HORTAL IBARRA, J. C «Crisis financiera, delincuencia de cuello blanco y respuesta penal: una aproximación criminológica y político-criminal». *Economía y Derecho penal en Europa: una comparación entre las experiencias italiana y española* (edición a cargo de Luz María Puente Aba). Universidad de La Coruña, La Coruña, 2015.
- JUANATEY DORADO, C. *Manual de Derecho Penitenciario*. Iustel, Madrid, 2016.
- MADRID CONESA, F. *La legalidad del delito*. Universidad de Valencia, Valencia, 1983.
- MAPELLI CAFFARENA, B. *Principios Fundamentales del Sistema Penitenciario Español*. Bosch, Barcelona, 1983.
- Las consecuencias jurídicas del delito. Civitas, Madrid, 2011.
- MATA y MARTÍN, R. M. «El principio de legalidad en el ámbito penitenciario», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 14, 2010.
- *Fundamentos del sistema penitenciario*. Tecnos, Madrid, 2016.
- «¿Crímenes de cuello blanco y ejecución penitenciaria de guante blanco? El acceso directo al medio abierto como respuesta penal a la delincuencia económica en la instrucción 6/2020», *Reinserción y Prisión*. Bosch Editor, Barcelona, 2021.
- MIR PUIG, C. *Derecho penitenciario. El cumplimiento de la pena privativa de libertad*. Atelier, Barcelona, 2011.

- MIR PUIG, S. «¿Qué queda en pie de la resocialización?», *Eguzkilore*, extraordinario núm. 2, 1989.
- *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Ariel, Barcelona, 1994
- NIETO GARCÍA, A. J. «La observación en el ámbito penitenciario». *Diario La Ley*, núm. 9545, de 2 de enero de 2020.
- RODRIGUEZ YAGÜE, C. *La pena de prisión en medio abierto: un recorrido por el régimen abierto, las salidas treatmentales y el principio de flexibilidad*. Reus, Madrid, 2021.
- SOLAR CALVO, P./ LACAL CUENCA, P., «El aislamiento en prisiones: usos múltiples y múltiples justificaciones», en *Diario la Ley*, núm. 8154, Sección Doctrina, 20 de septiembre de 2013.
- SOLAR CALVO, P. «Consecuencias penitenciarias de la relación de sujeción especial. Por un necesario cambio de paradigma». ADPCP, vol. LXXII, 2019.



# Delito de varios y desistimiento de algunos. Acerca de los presupuestos de la impunidad por el intento

Offense of several and desistance of some. On the assumptions of impunity for the attempt to commit a crime

MARÍA DEL CARMEN GÓMEZ RIVERO

Catedrática de Derecho Penal  
Universidad de Sevilla

## RESUMEN

*El estudio trata sobre los presupuestos aplicativos de la cláusula contenida en el artículo 16.3 del Código Penal que en los casos de desistimiento de un hecho en el que intervengan varios sujetos condiciona la impunidad al impedimento de la consumación del delito o al esfuerzo serio, firme y decidido de impedirla. La vaguedad de la fórmula legal plantea serias dificultades para identificar los requisitos de cada una de las modalidades que contempla. El trabajo ofrece una serie de criterios con los que dotarlas de contenido, respetando la literalidad de una previsión cuya racionalidad pasa ante todo por el trazo de los presupuestos que realmente justifiquen la necesidad de diseñar un régimen especial para el desistimiento de un hecho cometido por varios intervinientes frente a lo que rige para el autor individual.*

*Palabras clave: codelinuencia, desistimiento, impedimento de la consumación, intento serio, firme y decidido de evitar la consumación.*

## ABSTRACT

*The study deals with the applicable assumptions of the clause contained in article 16.3 of the Criminal Code, which in cases of desistance of an act in which several subjects intervene conditions impunity to the impediment of the consummation of the*

*crime or to the serious, firm and determined effort to prevent it. The vagueness of the legal formula poses serious difficulties in identifying the requirements of each of the modalities it contemplates. The work offers a series of criteria with which to provide them with content, respecting the literal nature of a provision whose rationality passes above all through the outline of the assumptions that really justify the need to design a special regime for the desistance of an act committed by several participants as opposed to what applies to the individual perpetrator.*

*Keywords: co-delinquency, desistance, impediment of consummation, serious, firm and determined attempt to avoid consummation.*

SUMARIO: I. Consideraciones previas.–II. Fundamento del desistimiento en el caso del autor individual: las razones para la renuncia al castigo.–III. Desistimiento de una tentativa cometida por varios intervinientes y beneficio de la impunidad: el apartado tercero del artículo 16 CP. 1. La delimitación del ámbito de aplicación del artículo 16.3 CP. 2. El alcance de las distintas modalidades típicas: impedir e intentar impedir seria, firme y decididamente la consumación del delito. La reformulación del criterio de la neutralización del aporte. 2.1 La exigencia legal de impedir la consumación del delito. 2.2 La alternativa al impedimento del delito: intentar evitar seria, firme y decididamente la consumación.–IV. A modo de conclusión. El rendimiento del criterio: análisis de los distintos grupos de casos.–V. Bibliografía citada.

## I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Entre las muchas cuestiones que plantean las vicisitudes que puede experimentar el *iter criminis* se encuentran las que conciernen al cambio de actitud de aquel o aquellos que han dado ya inicio a actos constitutivos de un comportamiento penalmente relevante, ya sean correspondientes a la fase de ejecución del delito o a la propia de los actos preparatorios punibles. Se trata, en definitiva, de la cuestión relativa al tratamiento en el Código Penal del llamado desistimiento de la decisión de continuar con los actos conducentes a la terminación del delito. Si el régimen de esta institución suscita en general no pocos interrogantes cuando se trata de la actuación de un autor individual, su complejidad se multiplica allí donde los actos punibles realizados hasta el momento del desistimiento han sido protagonizados por una pluralidad de intervinientes. Ni que decir tiene que, por definición, este va a ser el caso del desistimiento de los actos preparatorios, en tanto que sabido es que su castigo se condiciona a que en su preparación se impliquen dos o más sujetos, de modo que el desistimiento de

cualquiera de ellos obliga a plantear los requisitos con los que resulte válido conceder nada menos que el beneficio de la impunidad a quien desiste del plan proyectado que, sin embargo, es continuado por el resto. La misma dificultad surge en los casos de desistimiento de una tentativa emprendida por una pluralidad de intervinientes. En ellos, la mayor peligrosidad de esta clase de intento, tanto en comparación con la fase preparatoria(1) como en relación con el autor individual único(2), lleva ante todo a plantear si las exigencias para conceder dicho beneficio cuando se ha iniciado ya la ejecución por varios sujetos han de ser, precisamente por esa razón, superiores al desistimiento de los actos preparatorios o al del autor individual que desiste de sus previos actos ejecutivos.

Claro es que la anterior es, simplemente, la duda más genérica o básica que surge a la vista de los distintos escenarios en que, *a grosso modo*, puede plantearse el desistimiento de uno de los intervinientes en la conducta delictiva. A partir de ahí, y dentro de cada uno de ellos, el catálogo de dificultades interpretativas abarca prácticamente a cualquier aspecto de su régimen, siendo la cuestión común que lo vertebra la relativa a la determinación de las exigencias que debe reunir el acto «contrario» a la decisión de atentar contra el bien jurídico para merecer el beneficio de la exención de pena.

No pretende ni puede ser objeto razonable de la presente contribución ofrecer un estudio del régimen del desistimiento en cada una de las fases del *iter criminis*, y menos aún de los distintos escenarios imaginables en relación con cada una de ellas. Su interés se ciñe al estudio de los requisitos de esta figura en un ámbito en el que se combinan dos

---

(1) Se parte de su mayor peligrosidad desde el punto de vista de la progresión de la lesión al bien jurídico, siendo cuestión distinta la relativa a si realmente esta mayor peligrosidad encuentra su reflejo en la pena, lo que parece no haber sido querido por el legislador. Este castiga, en efecto, con la misma rebaja penológica de uno o dos grados respecto del delito consumado tanto los actos preparatorios que considera punibles como los actos ejecutivos. Resulta así que, mientras en general se admite que la rebaja de la pena del artículo 16 CP permite graduar la correspondiente a la tentativa acabada e inacabada, respectivamente, la pena de los actos preparatorios puede ser la que corresponde a una tentativa inacabada o incluso acabada.

(2) Debido al refuerzo psicológico propio de la unión de voluntades. Es cierto que el legislador no contempla una pena superior para los coautores que para el autor individual; pero también lo es que el refuerzo de voluntades es un dato que toma en cuenta a la hora de valorar la mayor gravedad del hecho en relación con determinados delitos y, con ella, en su caso, proceder, bien a un incremento de la pena respecto a la resultante de la comisión de los mismos hechos por parte de un autor individual, bien a anticipar el ámbito del castigo en atención precisamente al mayor recelo que le merece esa actuación plural. Al respecto, GÓMEZ RIVERO, M. C., *Revueltas, multitudes y Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

factores que parecen dotar de mayor peligrosidad al intento: por una parte, el dato de tratarse del desistimiento de uno de los intervinientes en un plan que ha entrado en fase ejecutiva y, por otra, el haber sido protagonizado por dos o más agentes. Esta acotación supone, por exclusión, que el régimen del desistimiento de la tentativa del autor individual sólo será objeto de atención colateral, en la medida en que el tratamiento de esta figura en el caso de varios intervinientes requiere necesariamente adoptar un posicionamiento respecto a la construcción general del desistimiento en la tentativa. Igualmente, la cuestión del desistimiento en los actos preparatorios solo va a encontrar una referencia puntual a lo largo de esta contribución, a modo de contraste o comparación de su tratamiento con el que tiene lugar en fase ejecutiva, lo que, dicho sea de paso, anticipa en buena medida la conclusión de que la diferente entidad y proyección del peligro propio de cada una de esas fases del *iter criminis* justifica distintas exigencias para apreciar la exención de pena en la participación plural en uno y otro caso.

Así acotado el objeto de estudio al desistimiento en fase ejecutiva de uno o varios de los intervinientes en el delito, su complejidad explica que el legislador contemple un régimen especial para tales casos desde el año 1995, fecha en la que incorporó al Código Penal una regla, la contenida en el apartado tercero del artículo 16, orientada de modo específico a trazar los requisitos con los que conceder en tales casos a quien desiste el beneficio de la impunidad. Precisamente teniendo en cuenta la complejidad de este tipo de desistimiento así como la trascendencia del efecto exonerador de pena por el resultado final propio de esa figura, lógico parecería suponer que las exigencias a que se condiciona se encuentran plasmadas con cierta claridad en la letra de la ley. Sin embargo, como tendremos ocasión de ir comprobando, aquella previsión, que tan esperada fue por la doctrina, parece llamada a sembrar a la postre mayores dudas que las que resuelve, hasta el punto de que, tal vez en un desesperado empeño por ofrecer alguna línea de solución a las cuestiones que plantean las ambigüedades de la letra de la ley, no hayan faltado autores dispuestos a claudicar ante el intento de interpretarla y, en su lugar, hayan propuesto elaborar su régimen sin vincularse a la literalidad de la norma.

De momento y antes de descender tanto a los pormenores del problema como a las propuestas de solución, resulta obligado adoptar una postura previa sobre el fundamento y presupuestos del desistimiento en el caso del autor individual, que sirva como punto de partida de la propuesta que aquí se formula en relación con la fenomenología específica de la participación plural. De ello se ocupan las consideraciones del apartado que sigue.

## II. FUNDAMENTO DEL DESISTIMIENTO EN EL CASO DEL AUTOR INDIVIDUAL: LAS RAZONES PARA LA RENUNCIACIÓN AL CASTIGO

No pretenden las líneas de este apartado ofrecer un estudio sobre el fundamento de la impunidad del desistimiento. Ni es posible hacerlo en ellas ni parece una tarea necesaria a la vista de la abundante producción doctrinal en la que autorizados autores ha estudiado, sistematizado y valorado las principales construcciones al respecto(3), de modo que el empeño por reproducir ahora sus ideas esenciales tan solo tendría el valor de resumir de forma más o menos limitada el estado de la cuestión, sin evitar la siempre necesaria consulta directa de esas fuentes. Pero sí resulta obligado tomar partido por una de esas construcciones, en tanto que de dicha toma de postura habrán de derivarse importantes consecuencias en el hilo argumental del tratamiento de la específica cuestión que interesa a este trabajo.

Se adopta, en concreto, una concepción dual tanto del fundamento de la tentativa como de las razones por las cuales el legislador concede al autor que desiste de su intento el beneficio de la impunidad. En lo que a lo primero se refiere, el fundamento de la punición de la tentativa, se parte de la ya clásica teoría de la unión sostenida por Roxin en su Tratado de Parte General, conforme a la cual, el fundamento del castigo ha de verse tanto en la puesta en peligro que comporta desde una perspectiva *ex ante* como en la perturbación del Derecho que supone la infracción de la norma y que reclama una pena por razones preventivo generales y especiales(4). De forma paralela y ahora en sentido inverso en tanto que el desistimiento representa la desaparición de las razones para el castigo de la tentativa, cabe decir, siguiendo de nuevo a Roxin, que «para la evitación de un resultado deben regir los mismos criterios de imputación que para su producción»(5). En concreto, el fundamento con base en el cual el legislador concede a quien desiste el beneficio de la impunidad debe

---

(3) Como ya lo hiciera la clásica obra de MUÑOZ CONDE, F., *El desistimiento voluntario de consumir el delito*, Bosch, Barcelona, 1972, pp. 13 ss.

(4) ROXIN, C., *Derecho penal. Parte General. Tomo II. Especiales formas de aparición del delito*. Traducción y notas de Diego Manuel Luzón Peña, José Manuel Paredes Castañón, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Aranzadi, Pamplona, 2014, pp. 436 ss.

(5) ROXIN, C., «Die Verhinderung der Vollendung als Rücktritt vom beendeten Versuch», *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999*, De Gruyter, 1999, al hilo de la exposición de los argumentos de la llamada «teoría de la oportunidad» *Chanceneröffnungstheorie*, p. 333.

basarse, en primer lugar, en la contemplación objetiva y *ex ante* de la retirada del peligro para el bien jurídico –en la «reversión del peligro» («Gefährdungsumkehr») en la terminología de Jäger(6)–, lo que supone un acto orientado a neutralizar la peligrosidad inicial del atentado al bien jurídico. Pero, en segundo lugar, y más allá de los resultados que arrojaría un estricto cálculo cuasi aritmético de las razones que fundamentan y contrarrestan la imposición de la pena, cobran un peso decisivo los argumentos de política criminal y, por lo tanto, relativos a la necesidad de la pena desde el punto de vista de los fines que la inspiran.

En efecto, una explicación racional del fundamento de la impunidad por desistimiento no puede prescindir de las respectivas perspectivas que ofrecen cada uno de estos aspectos, de tal modo que ni resulta posible fundamentar exclusivamente una renuncia al castigo sobre la base de etéreas consideraciones relativas al decaimiento de la necesidad de pena, ni operar con un estricto e ideal cálculo de sumas y restas de ofensas al bien jurídico(7). Ni una ni otra perspectiva parecen estar en condiciones de ofrecer por sí solas una explicación completa de las razones por las cuales procede la exención de pena. Sólo cuando se valora el comportamiento del autor desde una contemplación conjunta de la afectación del bien jurídico –inicio de la ejecución y posterior conducta orientada a evitar la lesión– con las razones político criminales que eventualmente aconsejan la renuncia a la pena y, en definitiva, con argumentos relativos a su necesidad, puede ofrecerse una explicación integral que respalde la concesión del beneficio. De no atenderse a los fines de la pena, no se encontrarían razones para dejar sin sanción un peligro que en su momento existió, por mucho que posteriormente el autor lo hiciera retroceder. En efecto, aun cuando en esa secuencia ulterior desaparezca, lo cierto es que el peligro existió en un momento dado en cuanto realidad histórica, y durante el lapso temporal que fuese el bien jurídico fue expuesto mediante una conducta dolosa encaminada a su lesión. Por ello, de prescindirse de las consideraciones que aportan los fines de la pena y, en definitiva, de los argumentos utilitaristas relacionados con la necesidad de la inter-

---

(6) JÄGER, *Der Rücktritt vom Versuch als zurechnbare Gefährdungsumkehr*, Beck. München, 1996, pp. 65 ss.

(7) Sobre las dos perspectivas básicas a la hora de fundamentar la impunidad por desistimiento véase por todos ALCÁCER GUIRAO, R., «*Está bien lo que bien acaba? La imputación de la evitación del resultado en el desistimiento*», Comares, Granada 2002, pp. 48 ss., quien señala la correlación entre la perspectiva de la protección del bien jurídico con el mayor peso del desvalor de resultado, por un lado, y la perspectiva de protección de vigencia del ordenamiento jurídico con la mayor importancia del desvalor de acción.

vención penal, no se alcanzaría a entender por qué habrían de decaer las razones para castigar el comportamiento inicialmente desviado(8). La regla inversa, esto es, la que reclama la eliminación del peligro para conceder aquel beneficio, resulta aún si cabe más fácil de entender, en tanto que ninguna razón premial parece suficiente para conceder la impunidad a quien ha mantenido el riesgo de lesión al bien jurídico contenido en su conducta inicial(9).

Como sea, y cualquiera sea el fundamento que se sostenga como explicación para impunidad, se plantea de inmediato la cuestión relativa a los requisitos que debe cumplir el comportamiento de quien desiste para hacerse acreedor de aquel beneficio. Las opciones oscilan desde las que exigen que la acción emprendida por el desistente tenga tal eficacia que efectivamente impida la consumación del delito, pasando por las que reclaman la anulación cualquier vestigio de su contribución, hasta las que consideran suficiente de la mera comprobación de una voluntad firme y seria de no consumir el crimen.

En tanto que escapa a las posibilidades espaciales de esta contribución ofrecer un recorrido por las distintas opciones doctrinales(10), procede tan sólo adherirse a una postura que sirva de guía y de la que se deriven consecuencias a la hora de tratar el específico aspecto que a ella interesa; a saber, los requisitos del desistimiento en el caso de actuación plural. Desde la perspectiva dual que se adopta como fundamento del desistimiento y en la línea de lo sostenido por un importante sector doctrinal, se parte de que el criterio rector conforme al cual conceder el beneficio de la impunidad al autor que desiste pasa

---

(8) De hecho, entiendo que esta conjugación de factores resulta también irrenunciable para otras teorizaciones que pretenden superar los que consideran defectos de las construcciones clásicas, entre ellas, las atentas a los fines de la pena. Es el caso de MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., para quien el beneficio de la impunidad por desistimiento sólo puede ser explicado por razones de equidad, *El desistimiento en Derecho penal*, Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1994, pp. 64 ss. Desde el momento en que la propia autora admite que «la idea de justicia conmutativa no implica la necesidad de castigar penalmente todo lo que pueda parecer disvalioso», por razón de los principios básicos que inspiran el ejercicio del *ius puniendi*, los de *ultima ratio* y de intervención penal mínima (p. 66), habrá que deducir que también los espacios de renuncia al castigo de aquello que en principio podría ser castigado reclama la atención a consideraciones de utilidad y, entre sus criterios, a los fines de la pena.

(9) Se pone énfasis en la ausencia de razones *como línea de principio*, en tanto que sabido es que el legislador a lo largo de la Parte Especial ofrece numerosas muestras de hasta qué punto los argumentos de oportunidad y conveniencia puede ser decisivos en el trazo de las estrategias de política criminal. Bastaría pensar en la generosa causa de exención de la pena prevista en los delitos con la Hacienda Pública.

(10) De modo destacado, MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *op. cit.*, pp. 123 ss.; GILI PASCUAL, A., *Desistimiento y concurso de personas en el delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 27 ss.

por la comprobación de la anulación de su previa aportación(11). En primer lugar, porque desde la perspectiva de los fines de la pena, no se entendería ni qué más se puede exigir al autor para conceder relevancia a su desistimiento(12), ni qué incentivo puede suponer para quien han emprendido la ejecución del delito anular su aportación cuando puede seguir respondiendo por ella, al menos en la forma de un delito intentado(13).

En segundo lugar, y ahora desde el punto de vista de la lesión del bien jurídico, porque en los casos de autoría individual la neutralización del aporte supone, a su vez, la neutralización de la situación de peligro generada para el bien jurídico, hasta el punto de que, como se ha apuntado por la doctrina que defiende el criterio(14), la neutralización del aporte –o la reversión del peligro en la construcción de Jäger(15)– coincidirá en buena parte de los casos con la exigencia de la evitación de la consumación(16). No es por ello de extrañar que resulte incluso difícil imaginar supuestos en los que el autor pueda evitar la consumación sin aquel presupuesto, al menos entendido de modo amplio; esto es, no como acción material y de propia mano del agente de «deshacer» lo ya hecho, sino como medida eficaz para neutralizar el peligro contenido en la conducta inicial. Así, por ejemplo, en un sentido amplio, puede entenderse como neutralizadora del peligro la conducta de quien, si bien no desactiva la bomba, avisa con

---

(11) Obligada es la cita de la monografista que defendiera el criterio, MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *op. cit.*, pp. 171 ss.; véase también, entre otros, SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 143; DÍAZ Y GARCÍA CONLEDO, M., «Autoría y participación», *Diario La Ley*, 1996-2, p. 1288, para quien el requisito de que el autor cese la ejecución o impida el resultado «no es más que exigirle, para eximirle de responsabilidad, que contrarreste su contribución al hecho, más en concreto, que lo haga en relación con la influencia de esa contribución para la afectación del bien jurídico de que se trate».

(12) SILVA SÁNCHEZ, J. M., *op. cit.*, p. 145; «una vez neutralizada la propia aportación, no cabe exigir nada más para atribuir relevancia al desistimiento».

(13) Argumenta GILI PASCUAL, A., que el beneficio que obtiene quien interrumpe su contribución debe verse en que no responde por el hecho consumado, sino solo por el intentado, *op. cit.*, p. 40. A mi modo de ver, más que de un beneficio por no responder por la consumación habría que preguntarse con base en qué fundamento se podría, al contrario, hacer responder por ella a quien no ha prestado su aporte a la consumación. Lo que presenta como beneficio parece, más bien, una mera razón de justicia.

(14) SILVA SÁNCHEZ, J. M., *op. cit.*, p. 143.

(15) JÄGER, *op. cit.*, pp. 65 ss.

(16) Evitación de la consumación que, sin embargo, según se verá, no se considera decisiva en todos los casos para fundamentar la impunidad por el desistimiento, como sin embargo sucedería si se adoptara como única perspectiva al retroceso de cualquier peligro de lesión para el bien jurídico.



margen suficiente a la policía(17), en tanto que también sin la contribución personal del agente el riesgo puede entenderse neutralizado; todo ello siempre que en atención a las circunstancias concurrentes aquella actuación de alerta a la policía se entienda eficaz, cuestión en la que ahora no procede adentrarse. Presuponiendo de momento tal eficacia, tanto en estos casos de recurso del agente a terceros con posición especial para realizar el salvamento como en aquellos otros en los que personalmente neutraliza el riesgo, el peso decisivo que en el juicio en torno a la concesión o no del beneficio de la impunidad del autor individual que desiste cobra la retirada de su aportación es tal que bien pudiera decirse que cualquier forma de desistimiento que merezca su impunidad reclama de forma necesaria e ineludible la neutralización de su aporte. Resultan ilustrativas en este sentido las palabras de Silva Sánchez cuando afirma: «si no se ha conseguido neutralizar la propia aportación, todo esfuerzo por evitar la consumación es insuficiente para la exención»(18).

En definitiva, pues, se adopta como punto de partida que el fundamento dual del desistimiento encuentra plena proyección en el criterio de la neutralización del aporte. Ahora bien, conforme a cuanto aquí se sostiene, la validez de tal premisa se ciñe al caso de desistimiento en fase preparatoria –en la que aún el peligro de lesión del bien jurídico es remoto(19)–, así como al del autor individual que desiste en fase ya ejecutiva. En relación con esta última, que es la que interesa a la presente contribución, la validez de tal criterio en el ámbito de la autoría individual es explicable por el hecho de que en ella el riesgo es exclusivamente atribuible al autor, de modo que tanto su creación como su retroceso dependen únicamente de su actuación. Cuestión distinta serán las modulaciones que obliga a introducir en el criterio la singularidad de la co-intervención en el delito, o al menos en su aplicación a determinadas modalidades, derivadas precisamente de la ausencia de dominio exclusivo del hecho por parte del desistente. De todo ello se ocupan los apartados que siguen.

---

(17) En tanto que no afecta a la idea central de la argumentación, obviamos de momento la cuestión acerca de los requisitos que debe tener el recurso a la intervención de terceros para ser considerada medida apta cuando el resultado no se produce, y a la que se hará referencia más adelante al hilo del específico problema que interesa a esta contribución.

(18) SILVA SÁNCHEZ, J. M., *op. cit.*, p. 145.

(19) Sobre la aplicación del criterio a este ámbito me ocupé en «La eficacia del desistimiento del conspirador: el requisito de la anulación de su previa actuación (Comentario a la STS de 27 de febrero de 1991), *Actualidad Penal*, núm. 15, 1995.

### III. DESISTIMIENTO DE UNA TENTATIVA COMETIDA POR VARIOS INTERVINIENTES Y BENEFICIO DE LA IMPUNIDAD: EL APARTADO TERCERO DEL ARTÍCULO 16 CP

El Código Penal del 95 introdujo un apartado tercero en el artículo 16 que contiene una regla específicamente ordenada al tratamiento del desistimiento de uno de los co-intervinientes en fase ejecutiva. Esta regla, ya contemplada sustancialmente en los mismos términos en los Proyectos de Código Penal de 1992(20) y 1994(21), e inspirada en el parágrafo 24 II del Código Penal alemán(22), dispone lo siguiente: «Cuando en un hecho intervengan varios sujetos, quedarán exentos de responsabilidad penal aquel o aquellos que desistan de la ejecución ya iniciada, e impidan o intenten impedir, seria, firme y decididamente, la consumación, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudieran haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito».

La confusa redacción de la fórmula legal antes parece haber enturbiado que aclarado la determinación de los requisitos conforme a los cuales proceda conceder la impunidad a quien manifiesta una actitud contraria a la lesión del bien jurídico, hasta el punto de que prácticamente ningún aspecto de su régimen escape a las vacilaciones interpretativas. Tal vez lo único claro sea que cualquier justificación racional de la presencia de esta regla en el Código Penal pasa por reconocer las singularidades del supuesto de hecho al que es aplicable, y que precisamente por ello impiden que le sean trasladables los esquemas generales del desistimiento elaborados para el autor individual. Dos parecen ser esas notas peculiares que, dicho sea de paso y a salvo de precisiones ulteriores, no están necesariamente pre-

---

(20) Disponía su artículo 18: «Cuando intervengan varios sujetos en un hecho, quedará impune aquél o aquéllos que desistan de la ejecución ya iniciada, e impidan o intenten impedir, seria y voluntariamente, la consumación, salvo que su conducta sea constitutiva de otro delito» (BOCG de 23 de septiembre de 1992).

(21) Cuyo artículo 19 disponía: «Cuando intervengan varios sujetos en un hecho, quedará impune aquél o aquéllos que desistan de la ejecución ya iniciada, e impidan o intenten impedir, seria, firme y decididamente, la consumación, salvo que su conducta sea constitutiva de otro delito».

(22) Conforme a dicho apartado: «En el caso de que intervengan varios sujetos en el hecho, no será castigado quien voluntariamente evite la consumación. No obstante, bastará para la impunidad su esfuerzo serio y voluntario para evitar la consumación cuando ésta se haya evitado sin su intervención o cuando el delito se haya cometido con independencia de su anterior aportación». Sobre los orígenes del precepto véase por todos RAU, I., *Rücktritt nach § 24 Abs. 1 S.1 StGB?*, Frankfurt, 2002, pp. 35 ss.

sententes en todos los casos de desistimiento de una tentativa realizada por varios sujetos. La primera de ellas es el carácter aislado de la decisión de quien desiste en un contexto en el que el resto continúa la ejecución; la segunda es la imposibilidad de que la actuación individualmente considerada de aquél tenga, de por sí, capacidad para alterar el riesgo en inicio generado por la actuación conjunta de todos los participantes.

La primera singularidad que cabalmente justifica una regla especial para el desistimiento en el caso de actuación plural viene marcada por el dato de que la decisión de desistir la toma tan sólo uno o algunos de los participantes en el delito. De otra forma, esto es, si realmente todos los intervinientes decidieran desistir de la ejecución ya iniciada, no habría razones para introducir un régimen especial en el desistimiento respecto al diseñado con carácter general para el autor individual. A todos ellos les sería entonces exigible para hacerse acreedores del beneficio de la impunidad por el intento lo previsto en el apartado primero del artículo 16 CP; esto es, evitar la consumación, ya sea desistiendo en bloque de la ejecución ya iniciada, ya sea impidiendo el resultado. Pero en segundo lugar, cualquier explicación que dote racionalmente de sentido a la cláusula del apartado tercero del artículo 16 CP presupone que el rol que en la ejecución de los hechos ocupa quien desiste no le permite alterar con su desistimiento la entidad del riesgo generado por la actuación inicial conjunta de todos los intervinientes, ya sea debido al carácter accesorio de su posición respecto a otro u otros actuantes principales o bien debido a la paridad de su posición con otro u otros agentes que continúan el propósito delictivo. De otro modo, esto es, si la retirada de su aportación tuviera capacidad para impedir sin más la evitación del delito, no habría de nuevo razones para no exigirle esto ni, por tanto, para desmarcar su régimen del que rige para el autor individual.

Más allá de la lógica que impone la plasmación de la regla, lo cierto es que las dificultades interpretativas del precepto acompañan prácticamente a cualquier aspecto de su régimen, no siendo por ello de extrañar que defraudara las expectativas que en principio habrían sido de esperar de un precepto de nuevo cuño llamado a marcar las pautas de solución de un problema veterano(23). A efectos expositivos se presentan agrupadas en dos grandes grupos: por una parte, las relativas a la determinación del ámbito de aplicación de la regla; por otra, las que se refieren a la interpretación del sentido que quepa atribuir a las distintas modalidades que contempla.

---

(23) Por todos, SILVA SÁNCHEZ, J. M., *op. cit.*, pp. 140 ss.

## 1. La delimitación del ámbito de aplicación del artículo 16.3 CP

La imprecisa redacción del apartado tercero del artículo 16 CP plantea, al menos, dos grandes dudas interpretativas relativas a su ámbito de aplicación que afectan, respectivamente, a la delimitación de la fase del *iter criminis* en que resulta aplicable así como a la identificación de los sujetos que pueden acogerse a esta regla.

En primer lugar, en lo que se refiere a la fase del *iter criminis* que comprende el artículo 16.3 CP, es cierto que no plantea dudas el reconocimiento de que la regla es aplicable al desistimiento en fase ejecutiva, afectando la inseguridad a la cuestión en torno a si su régimen es extensible al desistimiento que tiene lugar en fase preparatoria, en tanto que la ausencia de una regla específica al respecto pudiera invitar a sostener una respuesta afirmativa. Tales vacilaciones deben resolverse en el sentido de ceñir el ámbito de aplicación de la regla en comentario a los actos ejecutivos(24); y ello, al menos, por dos tipos de razones. La primera, por argumentos estrictamente literales, en tanto que en los actos preparatorios no puede hablarse, por definición, de inicio de la ejecución como sin embargo refiere el precepto. La segunda, por argumentos sistemáticos, puesto que la regla se ubica en un artículo, el 16, dedicado exclusivamente a establecer el régimen de la tentativa y, por lo tanto, del castigo y la exención de pena en la fase ejecutiva del delito. Cuestión distinta es que pese a descartarse la aplicabilidad directa de la norma a los actos preparatorios, la doctrina y jurisprudencia haya elaborado un régimen que también permita apreciar en ellos el desistimiento sobre la base de la analogía con la regulación plasmada en el artículo 16 CP, básicamente de la mano de argumentos relacionados con razones de coherencia y equidad(25).

---

(24) Puede considerarse minoritaria la postura que plantea la posibilidad de entender incluido en la norma el desistimiento de los actos preparatorios. Puede verse en este sentido a GILI PASCUAL, A., *op. cit.*, pp. 243 ss., para quien la referencia a los «hechos» contenida en la fórmula legal permite dar cabida a los actos preparatorios, pues el valor del término sería el de comprender los casos en los que «intervienen varios sujetos».

Se trata en todo caso de una opción solo sostenible si se pasa por alto el valor de los términos literales de la norma, como reconoce el propio autor, lo que cuanto menos resulta dudosamente admisible: «desde superiores consideraciones de orden teleológico, puede imponerse una interpretación no técnica del término “ejecución”, como pudiera ser la de entender que la referencia lo es al hecho de desistir de la ejecución de su propia actuación, y no de la que inicia el autor», p. 248.

(25) En tanto que, si el legislador se ofrece dispuesto a conceder la impunidad por desistimiento en fase de tentativa, lógico es suponer que del mismo beneficio ha de ser merecedor quien se ha quedado en el estadio de los actos preparatorios. Por todos, MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *op. cit.*, pp. 110 ss, argumentando sobre la base de razones

No se agotan en la cuestión anterior las dudas interpretativas que plantea la norma respecto al alcance de su ámbito de aplicación. Más complejas son aun las que suscita identificar los casos que en concreto comprende dentro de la fase ejecutiva a la que inequívocamente hace alusión el precepto. De hecho, las posturas doctrinales oscilan desde quienes consideran que es aplicable a la totalidad de los intervinientes en caso de codelincuencia –por tanto no solo las distintas modalidades de autoría conjunta y de participación, sino también al autor asistido por partícipes(26)–, hasta quienes proponen limitar su ámbito exclusivamente a los casos de autoría(27).

---

de equidad: «si no resulta equitativo castigar igual al que no consuma porque no quiere que al que no lo hace porque no puede, tampoco resultará equitativo castigar de la misma manera por ejemplo al conspirador que no entra en la fase ejecutiva porque renuncia a ello voluntariamente que al que se lo impide la policía. Tampoco estaría justificado penar de la misma manera al partícipe que anula voluntariamente su aportación o evita la consumación que cuando esto sucede en contra de su voluntad», p. 114.

Además de la incoherencia que resultaría de la comparación abstracta entre el régimen del interviniente en un acto preparatorio y del autor de una tentativa, si se admite que el injusto de ésta absorbe al de los actos preparatorios, la impunidad por ellos acentuaría aún dicha incoherencia, en tanto que se vedaría el acceso al beneficio de la impunidad, por ejemplo, a los conspiradores que nunca pasaron a la fase ejecutiva pero no a los que lo hicieron.

(26) En este sentido, NÚÑEZ PAZ, M. A., *El delito intentado*, Colex, Madrid, 2003, p. 170, comentando el entonces artículo 18 del Proyecto de Código Penal de 1992: «del tenor del citado precepto parece deducirse la aplicación a todos los intervinientes en el hecho, incluidos los autores, en cuanto que se alude para la impunidad a todos aquellos que desistan de la ejecución del hecho»; con una visión crítica, MARTINEZ ESCAMILLA, M., *op. cit.*, pp. 174 s: «el tenor literal del artículo 18 permite esta conclusión, sin embargo dicha interpretación significaría admitir un doble régimen de impunidad por desistimiento dependiendo no ya de si el que desiste es un autor en sentido estricto o un partícipe, sino de si se trata de un autor que actúa solo [...] o de si, por el contrario, es ayudado por otros [...] recibiendo este último un trato mucho más benigno por bastar para la impunidad el serio intento de evitar la consumación»; ya en relación con la regulación actual, véase la misma autora en *Derecho penal. Parte General*, Madrid, 2020, pp. 251 s. En este sentido pareció pronunciarse, también de forma crítica con la plasmación positiva, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., quien aun aceptando que el precepto parece referirse a todos los actos de codelincuencia y, con ello, a los coautores y al autor individual que actúa inducido o auxiliado por otros, lo criticable de introducir para éstos un régimen especial de desistimiento respecto del que rige para el autor individual le lleva a criticar la redacción del precepto que, según el autor, está «pensado seguramente para el desistimiento de la tentativa del partícipe», *op. cit.*, p. 1288.

(27) DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Una interpretación provisional del concepto de autor en el nuevo Código Penal», *Revista de Derecho penal y Criminología*, núm. 1, 1998, nota 64, p. 45: «los que no son coautores no pueden desistir de una ejecución ya iniciada, a la que no han accedido en ningún momento». Completa su opinión en *Derecho penal. Parte General. Esquemas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 503, en

La acotación de la fenomenología de casos en los que cobra sentido la incorporación al Código Penal de una regla especial y a las que se hacía referencia líneas más arriba, lleva claramente a excluir del ámbito de aplicación del artículo 16.3 CP determinados supuestos. En primer lugar, por falta de discrepancia de voluntades entre los intervinientes, habrá de quedar al margen el supuesto de coautoría en el que todos los autores desisten voluntariamente de la ejecución una vez comenzada. Imaginemos el caso de tres coautores que han accedido a la vivienda donde han planeado ejecutar el robo y, para su sorpresa, una vez dentro encuentran a un grupo de jóvenes descansando que, caso de que advirtiesen su presencia, podrían dificultar la ejecución. El temor a la dificultad sobrevenida hace que todos decidan abandonar el lugar. En casos como este, no habría razón alguna para mantener una regla especial para conceder relevancia al cambio de actitud, en tanto que la actuación de todos ellos no tendría que «oponerse» a la voluntad de otros intervinientes(28). Al contrario, el desistimiento por aquéllos de la ejecución ya iniciada impide la consumación del delito en los términos del apartado segundo del artículo 16 CP, sin que tenga sentido, por ello, la aplicación de previsión especial alguna.

La segunda premisa que según se señalaba líneas más arriba justifica la incorporación del artículo 16.3 CP, y que reclama que el co-interviniente que desiste no tenga de por sí, debido a su posición, capacidad para impedir el suceso, lleva a excluir de su ámbito de aplicación al autor auxiliado por un cómplice, así como al que obra inducido por un tercero. En tanto que ni el inductor ni el cómplice tienen el dominio del hecho ni pueden, por tanto, decidir la continuación del delito al margen de la actuación del autor, es éste quien está en condiciones de impedir por sí mismo con su desistimiento la producción del resultado. De hacerlo, quedaría exento de pena conforme al apartado segundo del artículo 16 CP, sin que tuviera sentido introducir peculiaridad alguna en su régimen.

Aquella premisa debiera también solucionar la cuestión relativa a la eventual aplicación del artículo 16.3 CP al desistimiento que tiene lugar en la estructura de la autoría mediata. En tanto que la instrumentalización llevada a cabo por el hombre de atrás anule por completo la voluntad de quien actúa y no se trate, por ello, de los casos conocidos como del *autor detrás del autor*, la aplicación de aquel enunciado

---

el sentido de que a estos le es aplicable por vía de la circunstancia analógica del 21.6 CP la atenuante de arrepentimiento o reparación del daño.

(28) En la doctrina alemana, en este sentido ESER, A/BOSCH, N., *Strafgesetzbuch Kommentar*, 29 Auf, München 2014, parágrafo 24.73.

determina que el eventual desistimiento del autor mediato deba discurrir por los cauces del artículo 16.2 CP(29).

En definitiva, el sentido del precepto habría de reservarse para los casos de desistimiento de uno o alguno –pero no de todos- los coautores así como del partícipe(30), inductor, cómplice o cooperador necesario, casos todos ellos en los que su actuación en solitario ordenada a impedir la consumación del delito no tiene idoneidad para conseguirlo(31).

## 2. **El alcance de las distintas modalidades típicas: impedir e intentar impedir seria, firme y decididamente la consumación del delito. La reformulación del criterio de la neutralización del aporte**

Con ser complejas las anteriores dudas interpretativas en torno al alcance del apartado tercero del artículo 16 CP, la que concita mayor debate doctrinal es la relativa a la exégesis de los términos empleados por el legislador a la hora de definir la conducta que debe realizar el desistente para hacerse acreedor del beneficio de la impunidad. Se trata de la exigencia, aparentemente formulada en términos alternativos, de impedir e intentar impedir seria, firme y decididamente la consumación del delito, una fórmula claramente inspirada en la empleada por el legislador alemán en el parágrafo 24 desde la reforma del Código Penal de 1975, cuyo apartado segundo establece la suficiencia de la seriedad y voluntariedad del intento del co-interviniente bajo determinadas condiciones(32).

---

(29) Comentando el parágrafo 24 II, ROXIN, C., *op. cit.*

(30) Sin que sea obstáculo para admitir la aplicación de la regla a los partícipes la referencia legal al inicio de los actos de ejecución, pues, como señalara ya SILVA SÁNCHEZ, J. M., se desiste «en el marco» de la ejecución iniciada por el autor, *op. cit.*, p. 146.

(31) Cuestión distinta es la que pudiera surgir en un sentido inverso; esto es, cuando quien desiste sea el autor, no los partícipes, planteándose entonces si el criterio de la accesoriadad de la participación permite extender a esos participantes el beneficio de la impunidad. La comprensión del desistimiento como causa personal de exclusión de la pena lleva de modo coherente a sostener que la actitud contraria del autor no elimina la responsabilidad del partícipe por el delito intentado. Distintos serían los resultados a que se llegaría desde una comprensión del desistimiento como elemento negativo del tipo, casos en los que la accesoriadad de la participación eliminaría la tipicidad del autor principal que requiere su castigo. En este sentido, DíEZ RIPOLLÉS, *op. cit.*, y en *Derecho penal español. Parte general*, Valencia, 2020, p. 561.

(32) Recordemos que conforme a dicho apartado: «En el caso de que intervengan varios sujetos en el hecho, no será castigado quien voluntariamente evite la consumación. No obstante, bastará para la impunidad su esfuerzo serio y voluntario para

La plasmación legal de lo que literalmente se presenta como una disyuntiva legal ha sembrado en la doctrina que se ha ocupado del tema un arsenal de dudas en torno al modo en que deba ser comprendida. Tal vez lo único que resulta claro de la lectura del precepto es que, a diferencia de lo que sucede con el autor individual, no es suficiente en la tentativa inacabada el mero dejar de actuar del co-interviniente en cuestión para obtener el beneficio de la impunidad. En tanto que el hecho puede ser continuado por el resto, el legislador exige ahora al desistente que impida el delito o, al menos, que se esfuerce seria, firme y decididamente por impedirlo. Más allá de este inequívoco punto de partida, todo parece ser confuso en la redacción de la norma. No hay mejor muestra de ello que, si bien un importante sector doctrinal no haya dudado en reconocer que la cláusula necesariamente comprende supuestos en los que el resultado se produce pese al esfuerzo del partícipe que desiste(33), tampoco haya faltado algún que otro parecer dispuesto a claudicar del intento de dotar de contenido a la fórmula legal y, sin más, se haya decantado por renunciar a conceder cualquier valor a la disyuntiva legal de los términos «impedir» e «intentar impedir»(34).

Reconociendo la dificultad de la fórmula por su imprecisión, puede anticiparse que la posición que se defiende acerca de la comprensión del fundamento del desistimiento en el partícipe permite, sin desnaturalizar ni ignorar el sentido literal de la norma, atribuir a cada una de esas modalidades un valor claramente diferenciado y definido(35).

Antes de entrar en la exposición de tal planteamiento, conviene dejar sentadas algunas premisas básicas que marquen las coordenadas del enfoque del problema. En concreto, punto de partida de las consi-

---

evitar la consumación cuando ésta se haya evitado sin su intervención o cuando el delito se haya cometido con independencia de su anterior aportación».

Tal cláusula se contempla también en el apartado primero del mismo párrafo en relación con el autor individual. Tras consagrar la regla de la impunidad de quien «abandone voluntariamente la consumación del hecho o la impida», añade: «Si el hecho no se consuma sin la contribución del desistente, quedará también impune si se esfuerza seria y voluntariamente por impedir la consumación».

(33) Entre otros, QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios al Código Penal español*, tomo I, 7.º ed., Aranzadi, Pamplona 2016, pp. 176 s.

(34) GILI PASCUAL, *op. cit.*, pp. 18 ss; 145 ss,

(35) En la medida en que la construcción que se propone parte de una formulación renovada del criterio de la neutralización de la aportación, tiene sentido mencionar las innecesarias críticas que sin embargo se han hecho a dicha teoría, en el sentido de que aboca a reducir al mismo significado los términos impedir e intentar impedir, de modo que sería solo esta segunda modalidad la que condensaría las exigencias para el desistimiento, GILI PASCUAL, A., *op. cit.*, pp. 18 ss.



deraciones que siguen es la formulación de los requisitos del desistimiento del partícipe desde un punto de vista normativo, que dista de una contemplación meramente causal del decurso de los hechos. Desde estas premisas, la solución que se sostiene pasa por una reformulación de la teoría de la neutralización del aporte, considerada, según se vio, sustancialmente correcta en el caso del autor individual.

Como ya quedó dicho, se parte, en primer lugar, de la razón que asiste a los defensores de la teoría de la neutralización del aporte al cifrar la eficacia del desistimiento del autor individual en la cancelación del riesgo contenido en su aportación inicial<sup>(36)</sup>. A partir de tal premisa, sin embargo, la línea de solución que se sostiene para los casos de desistimiento en el marco de una actuación plural abandona como punto de referencia la atención a si el peligro contenido en la aportación subsiste o no de alguna forma en el desarrollo de los hechos, para exigir en su lugar la introducción de un comportamiento posterior del desistente que impida reconducir en términos normativos el resultado que eventualmente llegara a producirse al riesgo que creó en su origen de modo conjunto con el resto de los intervinientes. El desarrollo de tal perspectiva requiere previamente tener en cuenta una serie de aspectos.

El primero de ellos incide en las razones para la adaptación del criterio de la neutralización del aporte sostenido para el autor individual a los casos de actuación conjunta, adaptación requerida por la diferencia que media entre la conducta peligrosa generada por un autor individual, de un lado, y la propia de quienes actúan de modo conjunto, de otro. En concreto, la afirmación de que un sujeto puede quedar exento de responsabilidad neutralizando su aporte presupone necesariamente conforme a la clásica formulación de esta doctrina que está en condiciones de retirarlo y, con ello, de neutralizar el peligro contenido en su acción inicial. Así sucede en los casos de la actuación del autor en solitario, donde el inicio de la tentativa se configura en exclusiva por su conducta individual, de modo que la situación de riesgo por él generada le resulta por completo controlable y reversible con el retroceso, ya sea de la conducta emprendida, ya de sus efectos. Así, por ejemplo, cuando el autor apunta con su pistola a la víctima, está en condiciones de cancelar –anular– el peligro de su conducta retirando el arma, lo mismo que, en el caso ahora de una tentativa acabada, es posible que quien colocó una bomba para que estallase en un determinado momento proceda aún a desactivarla. El efecto de cualquiera de esas actuaciones es la neutralización del riesgo contenido en

---

(36) Por todos, MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *op. cit.*, p. 120.

la acción inicial, pudiendo considerarse en tal sentido ese peligro como «reversible» o «anulable». Es precisamente tal rasgo el que fundamenta la plena adhesión al criterio de la neutralización del aporte conforme a las formulaciones que hubo ocasión de recordar líneas más arriba.

La linealidad del razonamiento no parece, sin embargo, conciliable con la fenomenología de casos propia de la participación delictiva. Ciertamente es que cuando el inicio de la ejecución es obra de la intervención de varios sujetos sería posible en hipótesis entender que el resultado final es la suma exacta de cada una de las aportaciones, de modo tal que bastaría con hacer una aséptica operación aritmética de sumas y restas de aportaciones para obtener en cada momento la entidad de la configuración del peligro creado. Resulta, sin embargo, que esta comprensión desconocería que el resultado final del acuerdo de voluntades, fruto de la aportación conjunta y que se ha plasmado en el inicio de la ejecución delictiva, es imborrable en cuanto realidad histórica, en tanto que el peligro resultante de la unión de intenciones no resiste la simpleza de una mera operación aritmética de aportes.

En efecto, allí donde intervienen distintos sujetos, la fusión de sus aportaciones determina que el resultado final sea algo distinto de la mera suma de cada una de ellas. El partícipe que desiste, puede desistir sólo de lo que aportó, pero lo que aportó no es ya solo su contribución cuando se fusiona con otras y esas otras se mantienen hasta dar paso a una tentativa. Dicho de otro modo, la aportación de cada partícipe incide en la configuración total del suceso que, en tanto fruto de una actuación conjunta, genera un riesgo que no resiste su desfragmentación en tantas aportaciones como intervinientes. Así, por ejemplo, cuando un inductor ha ofrecido una recompensa al autor, que acepta el encargo e inicia la ejecución y, por su parte, cuando un cooperador le presta al autor un arma con la que comienza los actos de dar muerte a la víctima, el inicio de la tentativa en tanto realidad histórica ha quedado inevitablemente marcada por la contribución de cada uno de ellos, de modo tal que cuando es solo uno o algunos de los intervinientes los que desisten, pero no el resto, resulta imposible descomponer el riesgo así plasmado en el inicio de la ejecución en tantas parcelas como sujetos implicados. El inicio de la tentativa de asesinato, en el ejemplo, se explica, como realidad histórica, por la unión de las distintas aportaciones; en concreto, por la confluencia en su origen del apoyo moral del inductor y del auxilio material propio de la cooperación necesaria. La peligrosidad de la conducta así generada –continúen o no todos los aportes– sólo es concebible desde la valoración conjunta que ofrece la integración de aportaciones en el

riesgo final, por lo que la retirada *a posteriori* –durante el inicio de la fase ejecutiva– de una de ellas impide explicar la conducta de un modo alternativo a la fusión de todas ellas.

El segundo de los aspectos que interesa subrayar antes de desarrollar el criterio que se propone enlaza directamente con lo anterior. Es el que, conforme a cuanto se ha subrayado, recuerda la imposibilidad de hablar en la fenomenología de casos propia de la intervención plural de neutralización del aporte en clave de la «desaparición» o «anulación de lo realizado». Quien ha facilitado al autor el cuchillo con el que matará a la víctima no hace ni puede hacer desaparecer el injusto de su conducta por mucho que después consiga recuperarlo, evitando así la consumación del delito. Su actuación es, en tanto realidad histórica, imborrable y, por ello, el riesgo generado con su conducta no admite una suerte de regreso al pasado. Si el inicio de la ejecución contó con el aporte de quien entregó el cuchillo, la tentativa se ha realizado con su colaboración y ha estado condicionada por ella, de modo tal que resultaría por completo irreal intentar fundamentar que el riesgo que en su momento creó «ha desaparecido» por el hecho de que en un momento posterior retire su contribución. El riesgo creado no admite artificios de magia<sup>(37)</sup>.

Ahora bien, las consideraciones anteriores no impiden seguir considerando válido el recurso a la filosofía que late tras la idea de la neutralización como criterio de solución para los casos de desistimiento en un escenario de actuación conjunta. Sí reclaman, sin embargo, una reformulación de su enunciado, que lo adapte a los condicionantes expuestos. Se trata, en concreto, de desplazar el referente de la neutralización hacia aquello que puede ser neutralizado. Y, una vez descartado que pueda serlo el riesgo generado, la idea de la neutralización del aporte se sitúa todavía en condiciones de proporcionar un criterio valioso con el que determinar cuándo proceda conceder al partícipe el beneficio de la impunidad por la evitación de lo que exclu-

---

(37) Tal aspecto lleva a introducir un matiz respecto de la formulación acuñada por una de las más sólidas monografistas en la materia. Se trata de MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., cuando afirma que la razón de la impunidad por desistimiento, también en el caso del partícipe, debe verse en el hecho de «haber revocado las condiciones o los factores que convertían su conducta en reprochable y constitutiva de una participación punible», *op. cit.*, p. 134. También en el sentido de exigir para apreciar el desistimiento la anulación del riesgo –y no su realización en el resultado–, ALCÁZER GUIRAO, R., *op. cit.*, p. 601, en relación con la exigencia que sostiene de que quien desiste realice la acción más segura «principio de máxima seguridad en la salvación»: «Sólo cuando el agente se esfuerce por anular el completo riesgo generado por su acción anterior podrá considerarse su desistimiento como una expresión del respeto hacia la pretensión de validez del bien jurídico».

sivamente puede ser todavía anulado. Descartado que sea el peligro creado, el foco de atención se desplaza hacia la evitación de la realización en el resultado del riesgo generado en su origen por la actuación conjunta de todos los intervinientes o, lo que es lo mismo, hacia la neutralización del desarrollo de los hechos que concluirá en la atribución normativa del resultado.

Interesa todavía destacar un tercer aspecto que, aunque se deriva claramente de las premisas enunciadas, no está de más subrayar. Es el que señala que no se trata de exigir en absoluto que el comportamiento inicialmente puesto en práctica no tenga efecto alguno en el resultado(38). Si se insistía en las líneas anteriores en que en los casos de actuación conjunta ni se pretende ni se puede pretender negar la existencia y la realidad del riesgo creado, imborrable como realidad histórica, más inadmisibles si cabe será aún pretender que de ese riesgo no se haya derivado ningún efecto en el plano causal que, en su caso, pueda proyectarse o reflejarse en el resultado. Conforme se ha tratado de exponer, el único criterio apto para marcar la validez de la neutralización del aporte en los casos de actuación conjunta de varias personas en el delito es que el resultado que eventualmente se produzca no se contemple como la materialización del riesgo generado por la conducta inicial en la que participó el ahora desistente. Así, como habrá ocasión de sostener más adelante, la validez del criterio de la neutralización del aporte en los términos expresados en absoluto se ve afectada por el hecho de que, por ejemplo, retirado ya en fase ejecutiva el cuchillo que el partícipe proporcionó al autor, éste decida matar a la víctima por estrangulamiento aprovechando el impulso criminal que ya le ha situado en el escenario del crimen. La explicación del resultado por la actuación previa del partícipe sólo sería posible si se adoptara un plano meramente causal. Pero, al igual que sucede en general en tantos otros ámbitos de la elaboración dogmática de la teoría del delito, la constatación de efectos causales no condiciona ni puede condicionar la calificación de los hechos, ni para fundamentar la pena ni,

---

(38) Como sin embargo a veces parece haberse exigido por los partidarios de la teoría de la neutralización del aporte en su clásica formulación referida al autor individual. Nos distanciamos así de formulaciones del siguiente tenor: «debería afirmarse la impunidad cuando voluntariamente consiga neutralizar su anterior aportación, en el sentido de que ésta no tenga ningún reflejo o influencia en la efectiva lesión del bien jurídico», MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *op. cit.*, p. 130, haciendo a su vez suyo el criterio de FARRÉ TREPAT, E., «Algunos aspectos del desistimiento en la conspiración (Comentario a la STS de 21 de octubre de 1987), en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, 1992, quien pone el acento en el hecho de que quien aportó en su momento una contribución causal consiga neutralizarla, de modo tal que «el delito que se cometa no tenga nada de su aportación», p. 721.

ahora en lo que interesa, para decidir sobre la concesión o no del beneficio de la impunidad.

De este y otros ejemplos habrá ocasión de tratar de la mano del desarrollo argumental de la línea que se sostiene, y será entonces el momento para abordar los pormenores con los que, en ejemplos como el propuesto, pueda efectivamente concederse la impunidad al desistente. Antes de ello conviene hacer referencia a un aspecto terminológico que acompañará a las reflexiones que a continuación se hacen y que no debe ser desdeñado. Y es que, si de acuerdo con cuanto se ha expuesto, el aporte, como tal, esto es, entendido como riesgo generado por la conducta del interviniente, no puede ser anulado desde el punto de vista de una contemplación histórica del suceso, la expresión «neutralización del aporte» no refleja con claridad la formulación a que responde. En efecto, si de lo que se trata es de acotar los casos en los que ese riesgo puesto en marcha por el interviniente finalmente no tiene reflejo en el resultado en términos normativos, de modo tal que la idea de neutralización sólo puede referirse a la evolución del riesgo creado y a la evitación de su realización en el resultado final, parece más propio hablar de «neutralización de la evolución del riesgo inicialmente generado».

A partir de esas precisiones procede entrar en el estudio de la doble formulación que el texto legal ofrece a la hora de concretar el modo en que el co-interviniente que desiste se sitúa en condiciones de hacerse acreedor del beneficio de la impunidad; a saber, impedir o intentar impedir, sería, firme y decididamente, la consumación del delito. Como en parte ya quedó anunciado, las coordenadas trazadas permiten dotar de un significado propio y racional a cada uno de esos términos. Se analizan por separado en lo que sigue.

## 2.1 LA EXIGENCIA LEGAL DE IMPEDIR LA CONSUMACIÓN DEL DELITO

La primera variante que contempla el artículo 16.3 CP con efectos eximentes de pena para el co-interviniente que desiste se cifra en que consiga impedir la producción del resultado, representando así una modalidad paralela a la contenida para el autor individual en el apartado primero.

De acuerdo con las premisas que se vienen sosteniendo, los criterios conforme a los cuales determinar cuándo realmente pueda considerarse que el desistente ha evitado el resultado deben formularse en clave normativa, atendiendo, en concreto, a si es imputable a la actuación que ha emprendido en sentido contrario a su comportamiento inicial. Este criterio, que si bien con matices diferentes ha sido manejado

tanto en la doctrina alemana(39) como en la española(40), no sólo resultaría coherente con el enunciado que, en sentido inverso –a la hora de fundamentar el castigo– exige la creación de un peligro no permitido que, incrementando las posibilidades de producción en el resultado, se realice en éste, sino que ofrece especial rendimiento en el caso de que su actuación se mediatice por la actuación de terceros(41).

---

(39) En relación con la previsión paralela del Código Penal alemán, esta línea de solución ya fue defendida, por BLOY, R., quien superando el clásico debate en torno al carácter óptimo o no de la medida de salvación emprendida, propuso comprobar si la evitación del resultado es imputable al desistente, «Zurechnungsstrukturen des Rücktritts von beendeten Versuch und Mitwirkung Dritter an der Verminderung der Tatvollendung», en *Juristische Schulung* 1987, Heft 7, pp. 527 ss. Interesante es la comparación crítica que, a modo de un juego de espejos o relación simétrica, hace entre la punibilidad de la tentativa y la impunidad del desistimiento desde el punto de vista de lo que sería el modo más peligroso de lesión del bien jurídico a efectos de fundamentar la pena en la tentativa y la medida óptima de salvación a efectos del desistimiento, p. 533. Sin abandonar la doctrina alemana, esencial es la cita de ROXIN, C., quien se pronunció en el sentido de aplicar los criterios de imputación elaborados para conectar en términos normativos un resultado con una acción al ámbito del desistimiento. Resultaría así que la acción de salvación debería representar un incremento de las posibilidades de evitar la lesión del bien jurídico, «Die Verhinderung der Vollendung als Rücktritt vom beendeten Versuch», *op. cit.*, pp. 328 ss.

(40) En nuestra doctrina resulta obligada la cita de la monografía de ALCÁCER GUIRAO, R., *op. cit.*, quien condiciona la exención de pena por desistimiento a que el agente realice la prestación más segura de cuantas estaban a su alcance para evitar la lesión del bien jurídico, criterio que a la postre traduce en la constatación de dos requisitos de imputación: del hecho y de la autoría. La imputación del hecho reclama que, desde la perspectiva del autor, éste elija la acción de salvamento que aparezca como la más segura de las posibles, siempre que para un espectador objetivo esa creencia no se perciba como irracional. La evitación del resultado debe resultar, además, imputable a esa acción de salvación, excluyendo los casos en los que «la evitación del resultado no pueda vincularse causalmente a esa acción», p. 92. Por su parte, la imputación de la autoría reclama que en los casos en que el agente recurra a la ayuda de terceras personas o incluso de la víctima, la realización de la acción óptima le conceda el dominio de la salvación; esto es, que pueda atribuírsele la evitación del resultado en calidad de autor.

(41) Casos para los que considera RUDOLPHI, H. J., que el desistente no siempre debe actuar con dominio del hecho, pues no es el criterio que necesariamente coincide con la exigencia de que la evitación le resulte imputable. De acuerdo con lo anterior, admite como evitación del resultado imputable al autor los casos en que instrumentaliza al tercero que actúa materialmente como salvador, los de autoría individual, coautoría, pero también los de inducción, pese a que aquí no pueda hablarse de dominio del hecho, al considerar que lo importante es que hubiera iniciado el proceso de salvación (por ejemplo, cuando la mujer que ha envenenado a su marido llama al médico, si bien omite indicar el tipo de veneno que le ha suministrado). No serían, por el contrario, suficientes los casos de simple apoyo a la actuación salvadora de un tercero, esto es, los casos de complicidad, «Rücktritt vom beendeten Versuch durch erfolgreiches, wenngleich nicht optimales Rettungsbemühen», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1989, Heft 11, pp. 513 ss). Ya antes BLOY, R., *op. cit.*, p. 534, s. admitiendo

No en una clave distinta ha de entenderse en nuestro Derecho el Acuerdo de pleno no jurisdiccional del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2002, cuando sienta como criterio: «no hay inconveniente en admitir la existencia de la excusa absoluta tanto cuando sea el propio autor el que directamente impide la consumación del delito, como cuando desencadena o provoca la actuación de terceros que son los que finalmente lo consiguen». Superada, en general, en la dogmática penal la validez de los criterios meramente causales, la razón de ser por la cual se beneficie de la impunidad propia del desistimiento quien relega su actuación a terceros reclama comprobar que la evitación del resultado llevada a cabo por éstos es imputable a una acción de quien desiste, lo que puede también apreciarse allí donde recurre a terceras personas con habilidades o capacidades superiores a las comunes en orden a tal fin.

La adopción de dicha premisa no sólo permite sortear la clásica discusión en torno a lo que sea la medida óptima o no de salvación, sino que relega a un plano secundario la concreta razón por la cual el

---

incluso los de creación de una situación de auxilio siempre que la salvación aparezca como su prestación, de modo que excluye sólo de la concesión del beneficio de la impunidad los casos de mera complicidad.

Obligada es en este sentido la cita de ROXIN, C., quien partiendo igualmente de que además de la causalidad es necesaria la posibilidad de imputar la evitación del resultado para que el sujeto se beneficie de la exención de pena, recurre a un paralelismo con las formas de autoría y participación, combinado con la atención a la cualidad de la persona a la que, en su caso, se delega la acción salvadora. En concreto, admite la impunidad por desistimiento allí donde la contribución de quien desiste sea asimilable a la figura del coautor o del autor mediato, así como a la de cooperación necesaria cuando el peso de su contribución sea decisivo, haciendo depender la concesión del beneficio en el caso de la similitud con la inducción a que el inducido sea un profesional, lo que remite entonces al criterio de la medida óptima de salvación, «Die Verhinderung der Vollendung als Rücktritt von beendeten Versuch», *op. cit.*, p. 335. Véase también el mismo en «Der Rücktritt bei Beteiligung mehrerer», en *Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag*, München, 1988, 280; véase también en *Derecho Penal. Parte General, op. cit.*, pp. 665 ss., donde además ofrece una detallada exposición de las posturas sostenidas en la doctrina y la jurisprudencia.

Sin abandonar la doctrina alemana, de interés es también la cita de la monografía de JÄGER, C., *op. cit.*, pp. 93 ss. Para este autor es imputable al desistente la retirada del peligro contenido en la tentativa no sólo cuando emprende una acción óptima de salvación, sino cuando domina el sí y el como del proceso de salvación («das Ob und Wie der Rettungshandlung») mediante la eliminación del riesgo o, al menos, porque codetermine una disminución relevante del riesgo, no siendo suficiente la simple petición de ayuda, marcando con ello un punto de distanciamiento con las concepciones de BLOY o RUDOLPHI. Todo ello sobre la base de que el § 24 concede la impunidad a quien evita el resultado, no a quien determina o ayuda a otro a la evitación. Admite una cuasi coautoría («Quasimitäter») en los casos en los que se solicita auxilio a los servicios de salvamento.

resultado se evite. En efecto, indiferente resultará que el impedimento se deba o, al menos se relacione, con la eventual neutralización o retirada del aporte o que sea explicable por cualquier otro comportamiento. Como ejemplo de la retirada de la contribución que hace imposible la continuidad del delito(42) puede recurrirse al caso del cooperador que facilita a un recluso un arma con la que intimidar a los funcionarios de la prisión en su intento de fuga, siendo así que durante la ejecución se la retira, lo que hace fracasar su plan. Entre otros tantos ejemplos que pudieran ponerse, sirva también el de dos sujetos que planean matar a la víctima mientras ésta hace *footing* en el parque, de modo tal que mientras el primero la empuja sorpresivamente para dejarla caer y se retira del lugar, debe ser el segundo quien dispare. Si éste renuncia a hacerlo pese a tener a la víctima tendida ya en el suelo, impedirá con su desistimiento la consumación del delito. Como ejemplos de otros comportamientos que, sin suponer la neutralización del aporte impiden la consumación del delito pueden citarse, entre otros muchos, el de empleo de fuerza o intimidación sobre el autor para impedirle la continuación del delito, el del cooperador que proporciona un antídoto eficaz a la víctima previamente envenenada, o el de quien desactiva la bomba cuya colocación había facilitado previamente(43). En cualquiera de los casos en la evitación del resultado se materializa la acción salvadora emprendida por quien desiste(44).

---

(42) Distintos habrían de valorarse los casos en los que, pese a la actuación del desistente, el hecho pueda ser todavía continuado por el resto de los intervinientes, en los que no será suficiente el mero desistimiento de la ejecución como medio para evitar el resultado en el caso de la tentativa inacabada, siendo por el contrario necesaria una contribución activa. Así, por ejemplo, no podrá valorarse como una retirada eficaz de la aportación que impida el resultado la renuncia del cooperador o cómplice a seguir vigilando durante la realización del atraco cuando éste ya ha comenzado. La evitación de la consumación requerirá en ejemplos como el propuesto el despliegue de una actuación positiva –impeditiva– por parte de ese desistente, lo que remite entonces al segundo grupo de casos que se refieren en el texto.

(43) En relación con algunos de estos ejemplos y otros adicionales, puede verse VON SCHEURL, G., *Rücktritt von Versuch und Tatbeteiligung mehrerer*, Duncker & Humblot, Berlin, 1972, pp. 79 ss.

(44) Si acaso baste observar que en la solución nada incide que el autor haya o no realizado todos o parte de los actos que debieran producir el resultado. Junto con los casos expuestos en el texto, entre los de neutralización del aporte con eficacia para impedir el resultado en un caso de tentativa acabada puede ponerse aquél en que el autor ha preparado el veneno que debe tomar la víctima, debiendo ahora el cooperador ponerlo en la mesa en que comerá, siendo así que retira el vaso antes de que lo beba la víctima. Como desistimiento también eficaz por neutralización del aporte pero ahora referido a una tentativa inacabada podría traerse a colación el caso de quien desiste de inmovilizar a la víctima de una violación para que un tercero impedido por su enfermedad o estado de emplear violencia consume la conducta de acceso.



## 2.2 LA ALTERNATIVA AL IMPEDIMENTO DEL DELITO: INTENTAR EVITAR SERIA, FIRME Y DECIDIDAMENTE LA CONSUMACIÓN

Sin lugar a dudas, la mayor dificultad que plantea la interpretación del apartado tercero del artículo 16 CP se concentra en la fórmula legal que en un sentido literal el legislador presenta como alternativa a la evitación de la consumación. Si aquél se respeta escrupulosamente, como parece lógico admitir, el intento serio, firme y decidido de evitar la consumación del delito evoca los casos en los que, pese a la retirada de la aportación, el resto de los intervinientes llega hasta aquella fase consumativa.

La doctrina que se muestra partidaria de exigir para apreciar el desistimiento del partícipe que en todo caso éste evite la consumación, ha encontrado serias dificultades a la hora de identificar un ámbito propio de aplicación para esta cláusula, viéndose obligada a ceñirla a los supuestos de desistimiento no causal, esto es, a aquellos en los que el resultado ciertamente se evita, si bien por razones ajenas a la conducta del desistente. Suelen comprenderse en este apartado los casos en los que la no producción del resultado es obra de otro agente (otro interviniente o un tercero), así como los de tentativa inidónea, en los que el resultado de todas formas no podría consumarse<sup>(45)</sup>.

La adopción de las premisas que se vienen sosteniendo en el texto permite, sin embargo, dotar a la cláusula en comentario de un ámbito de aplicación más amplio que, según se defenderá, colma de sentido a la referencia dual que hace el legislador a los casos de impedir la consumación, por un lado, e intentar impedirla, por otro. Antes de entrar a exponer cuál sea, en concreto, dicho ámbito de aplicación, conviene dejar sentadas una serie de premisas básicas.

La primera de ellas no es, en realidad, más que el recordatorio de un aspecto ya subrayado al hilo de las consideraciones genéricas preliminares al estudio de cada una de las modalidades de desistimiento.

---

En relación ahora con los casos en que el impedimento del resultado requiere una conducta adicional a la neutralización del aporte, sirva como ejemplo de desistimiento eficaz de una tentativa acabada aquél en que el inductor retira la bomba colocada por el inducido. Por último, como caso de desistimiento eficaz que requiere una actuación adicional a la retirada del aporte pero en relación con una tentativa inacabada puede ponerse el del cooperador que retiene con violencia al autor cuando ya ha entrado en la vivienda con la llave que le facilitó y en la que piensa cometer el asesinato.

(45) Es el caso de GILI PASCUAL. A., *op. cit.*, p. 207 ss. La premisa sostenida por el autor en el sentido de que la participación en el delito no es sólo contribución al hecho ajeno, sino que el partícipe responde por el todo, así como el punto de partida que adopta en torno a que el desistimiento pertenece a la necesidad de pena, y no a su merecimiento, le llevan a concluir que al Derecho sólo le interesa que el partícipe evite el hecho que a él le pertenece, pp. 24 ss., 27 ss., 74 ss., 207 ss.

Es el que señala la necesidad de adoptar una perspectiva eminentemente normativa en la comprensión del desistimiento del co-interviniente, de modo tal que la valoración del fracaso o no del intento inicial atienda a la evolución del riesgo en él contenido. Se descarta, con ello, una perspectiva meramente causal, que en este terreno, como en tantos otros de la teoría del delito, se muestra incapaz de ofrecer una pauta de solución si no se conjuga con la perspectiva que ofrecen los criterios de atribución normativa(46). Tal perspectiva no sólo resulta coherente con cuanto se exige para la imputación del resultado, sino también –y siguiendo el paralelismo con aquel criterio– con los requisitos a los que se subordina la concesión del beneficio de la impunidad por su evitación. El traslado a los casos que ahora nos interesan se plasmaría del siguiente modo: si la evitación del resultado debido a la acción del desistente requiere verificar que el impedimento le es imputable, allí donde, pese a la acción por él realizada el resultado se produce, habrá de comprobarse que tal efecto no sea normativamente reconducible a la actuación de otro u otros agentes. De ser así la acción de quien desiste habría de considerarse eficaz a efectos de la concesión del beneficio de la impunidad aun cuando no consiguiera impedirlo.

En contra de lo que normalmente se considera al enunciar los criterios con los que valorar la eficacia del desistimiento y en los términos que habrá ocasión de ir desarrollando a lo largo de este apartado, tal perspectiva es precisamente la que permite conciliar, hasta el punto de hacerlas complementarias, la teoría de la neutralización del aporte –o la teoría de la neutralización de la evolución del riesgo en los términos aquí defendidos para los casos de intervención plural– con el reconocimiento legal de la suficiencia de un esfuerzo serio, firme y decidido por evitar la consumación del delito(47).

---

(46) La dualidad de modelos, causales o normativos, para interpretar el esfuerzo por evitar la consumación es idéntica a la que se plantea en el caso del autor individual en aquellos ordenamientos que, como el alemán, contemplan también la impunidad para el desistente que se «esfuerza seria y voluntariamente por impedir la consumación» (parágrafo 24). Puede verse una exposición sistematizada de los distintos criterios elaborados en la doctrina en REQUEJO CONDE, C., «El intento serio de impedir la consumación del delito (análisis del artículo 16.3 del Código Penal)», en *Cuadernos de Política Criminal*, 2004, pp. 41 ss., quien los trae a colación precisamente para determinar el valor de la cláusula del esfuerzo serio por impedir la consumación a efectos del artículo 16.3 CP.

(47) Clásica es, en este sentido, la exposición del criterio de la neutralización del aporte como teoría alternativa y, en buena medida, opuesta, a la del voluntario y serio esfuerzo por evitar la consumación, hasta el punto de algún defensor de la primera teoría critica el reconocimiento legal de la segunda formulación. Es el caso de MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *op. cit.*, pp. 134 ss.

Por su parte, la concreta ubicación del problema en el marco de aquella teorización requiere tener en cuenta otro de los aspectos también señalados líneas más arriba. Es el que subraya la necesidad de descartar como criterio orientador de cualquier propuesta con la que abordar el desistimiento del co-interviniente la atención a una suerte de «desaparición» o modo de «borrar» lo ya realizado. Remitiéndonos en este punto a los argumentos sostenidos al respecto en su momento, añadimos ahora que, precisamente a la vista de la improcedencia de considerar anulable un riesgo generado por la actuación conjunta de distintos intervinientes, de lo que se trata es de determinar las condiciones bajo las cuales sea posible admitir que el comportamiento del desistente introduce, desde una comprensión estrictamente normativa, una desviación tal de los hechos –ejecutados conjuntamente en su origen– que impida reconducir a la conducta inicial el resultado producido conforme a un juicio de imputación objetiva. No se trata, pues, de comprobar si el riesgo que en un momento dado existió como fruto de la interacción de los distintos participantes ha dejado de existir, ni siquiera, caso de que se haya producido un resultado, de determinar si es idéntico al proyectado conforme a criterios más o menos clásicos como el de la identidad del hecho(48). De lo que se trata, valga la insistencia, es de verificar que el resultado producido es explicable al margen del riesgo generado de modo conjunto con el resto de los intervinientes por quien después desiste. Sólo en tal caso procederá concederle la exención de pena por desistimiento.

Bien pues, sin forzar el sentido de la ley, puede decirse que tal criterio se sitúa en condiciones de explicar de modo coherente la previsión legal en lo que se refiere al esfuerzo serio, firme y decidido de impedir la consumación. En concreto, tanto la seriedad y firmeza como la decisión del desistimiento reclaman en su conjunto que, desde una perspectiva *ex ante*, objetiva y no meramente voluntarista, el desistente ponga en marcha un comportamiento orientado a impedir la realización en el resultado del riesgo generado por su actuación inicial, conjunta con otros intervinientes. No se trata, en efecto, de premiar decisiones ni actitudes en general orientadas a evitar la producción del daño, sino sólo de conceder relevancia a aquellas que tienen efectiva incidencia en la contemplación objetiva de los hechos conforme a

---

(48) Se trata de un criterio que no sólo parte de una perspectiva causal, en tanto descansa en la búsqueda de relación de lo que se entienda por un mismo resultado que pueda conectarse al hecho inicial sin indagar, o al menos no necesariamente, acerca de su eventual atribución normativa. Resulta también objetable por cuanto, dada su elasticidad, admite cualquier solución conforme al resultado al que quiera llegarse. Puede verse el recurso a este criterio en GILI PASCUAL, A., *op. cit.*, pp. 87 ss.

los parámetros de un observador imparcial en los términos que habrá ocasión de desarrollar al tratar el rendimiento del criterio en su aplicación práctica. Por ahora interesa subrayar que la adopción de tal perspectiva *ex ante* resulta plenamente coherente con la comprensión que aquí se sigue del fundamento de la punición de la tentativa y, conforme a ella, de los requisitos para su castigo. En concreto, si se admite que su fundamento no solo se basa en la perturbación del Derecho causada por la infracción de la norma penal, sino también en la puesta en peligro que representa para el bien jurídico, y tal peligrosidad ha de medirse *ex ante* (en tanto que *ex post* cualquier tentativa fracasada no era, en realidad, peligrosa) y conforme a los conocimientos de un tercero, observador imparcial que a su vez tuviera en cuenta los conocimientos especiales del autor(49), no otra cosa habrá de exigirse para apreciar el reverso del fundamento de tal peligrosidad; esto es, para considerar «idóneo» el esfuerzo de quien desiste(50). Así, por la misma razón de que el fundamento del castigo de la tentativa se independiza por completo de la –no– producción del resultado, la apreciación de un desistimiento como eficaz o no, no puede hacerse depender de que la acción del desistente efectivamente evite o no aquél.

La necesidad de buscar, por ello, espacios a la alternativa legal no solo resulta coherente con la «reversibilidad» del argumento dogmático del castigo de la tentativa. Encuentra también su correspondiente plasmación en la letra de la ley, en tanto que la no evitación del resultado no es ni puede ser un dato decisivo en orden a integrar el sentido de la previsión legal a poco que se sea mínimamente respetuoso con sus términos literales. En efecto, la contemplación del esfuerzo del desistente por impedir la consumación como conducta alternativa a su efectiva evitación reclama un espacio propio que, desde la comprensión que se sostiene, valore la incidencia que conforme a una comprensión objetiva y normativa de los hechos tiene el comportamiento de quien desiste. Obviamente la pregunta que surge entonces es la relativa a la acotación de los requisitos conforme a los cuales pueda apreciarse que un comportamiento que, aun orientado a evitar la producción del resultado no lo consigue es, sin embargo, valorativamente idéntico al que tiene éxito. De ello se tratará más adelante. De

---

(49) Por todos ROXIN, C., *op. cit.*, pp. 436 ss.

(50) Encuentra así el criterio con el que determinar el desistimiento su paralelismo con cuanto se exige para apreciar una tentativa punible, idónea o no, y que resume el Acuerdo de Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2012: «El artículo 16 del Código Penal no excluye la punición de la tentativa inidónea cuando los medios utilizados valorados objetivamente y *ex ante* son abstracta y racionalmente aptos para cometer el delito».

momento con carácter previo interesa proceder al estudio individualizado de cada uno de los adverbios contenidos en la fórmula legal, para asignarles un valor cuya lectura conjunta sirva de asidero legal a la comprensión propuesta.

A la hora de afrontar tal análisis, lo primero que debe observarse es que el listado de adverbios empleados en el precepto permite su reconducción a dos grandes grupos de casos en función de la índole de las exigencias que contienen, en clave objetiva o subjetiva. En efecto, el valor semántico de cada uno de ellos da pie a interpretar que mientras algunos sitúan su punto de mira en la contemplación objetiva de los hechos, otros lo hacen en los aspectos subjetivos o atinentes a la actitud del desistente que deben acompañar a aquella descripción objetiva de su conducta. En concreto, la referencia a los aspectos subjetivos de la actuación del autor quedaría plasmada en los adverbios firme y decididamente, mientras que la exigencia de la idoneidad objetiva de la conducta para evitar la producción del resultado se contendría en el adverbio «seriamente»(51). Firmeza y decisión son, efecto, cualidades que remiten al plano subjetivo o relativo a la intención, y que han de predicarse de la actitud de quien desiste. Firmeza, según la segunda acepción del *Diccionario* de la Real Academia Española, significa «Entereza, constancia, fuerza moral de quien no se deja dominar ni abatir», entendiéndose por decisión, por su parte, conforme a su primera acepción «Determinación, resolución que se toma o se da en una cosa dudosa» y, conforme a la segunda «firmeza de carácter».

Conforme a tales significados, la lectura conjunta de los términos firmeza y decisión, remiten a una actitud del autor asimilable a una suerte de dolo directo de primer grado respecto a la evitación del delito, de modo tal que quedan al margen del precepto los casos en que el agente admita, siquiera sea con dolo eventual, su producción asociada a la ineficacia de la conducta que pone en marcha.

La seriedad, por su parte, y según la quinta acepción del adjetivo serio conforme a la RAE, significa «grave, importante de consideración». Permite con ello el término subrayar la utilidad de la acción emprendida para la consecución del fin propuesto. Exige tal adverbio, en definitiva, la idoneidad de la contemplación de la conducta para

---

(51) Ya en este sentido SILVA SÁNCHEZ, J. M., *op. cit.*, p. 144, nota 371. Debe decirse, no obstante, que la seriedad del esfuerzo ha sido interpretada por un importante sector de la doctrina alemana en clave subjetiva. Véase por todos a VON SCHEURL, *Rücktritt von Versuch und Tatbeteiligung mehrerer*, *op. cit.*, pp. 117 ss, quien renuncia por completo a cualquier comprobación objetiva relativa a la idoneidad de la conducta, atendiendo por el contrario, exclusivamente, a la subjetividad del autor. Tal premisa la calificaba como inequívoca («Das ist unproblematisch»).

evitar que el riesgo inicialmente creado se proyecte en la continuidad delictiva y, en su caso, en el resultado. Conforme a la perspectiva que aquí se sostiene, criterio decisivo para ello no debe ser la atención a si la medida emprendida es o no la óptima, aspecto en el que en general se ha centrado la discusión doctrinal al comentar la cláusula del esfuerzo serio, sino a si contiene un potencial capaz de interrumpir la conexión normativa con el resultado(52), caso de que éste, pese a todo, se produzca. Obviamente, a partir de esta premisa, cuestión distinta es la relativa a la adopción de la perspectiva conforme a la cual se aprecie la referida idoneidad de la conducta para evitar la consumación del delito; en concreto, si debe atenderse a un punto de vista estrictamente objetivo o si, por el contrario, cobra relevancia la subjetividad de la elección del desistente, tomándose entonces en consideración sus creencias y dando relevancia en consecuencia, en su caso, a sus errores de apreciación.

Bien puede considerarse trasladable a este punto el criterio ensayado para otros ámbitos problemáticos en los que, pese a la distancia que media con el que ahora interesa, está igualmente en juego el valor que haya de darse a las creencias o apreciaciones del autor en un escenario que le impone actuar con rapidez; en este caso concreto por haber comenzado ya la fase ejecutiva. Me refiero al criterio de *lo razonable*(53), conforme al cual procede conceder relevancia a las creencias del autor en tanto que, tomando en consideración las circunstancias objetivamente concurrentes en la situación en que se halla y adoptando una perspectiva *ex ante* que tenga en cuenta la perspectiva de un observador imparcial, fuera «razonable» percibir la realidad como lo hizo el autor y actuar en consecuencia. Tal criterio se sitúa en condiciones de ofrecer una línea de solución satisfactoria a los casos que nos ocupan aunando las consideraciones objetivas con la perspectiva del desistente. Resultará así que el esfuerzo serio será aquel que, atendiendo a las circunstancias del caso y conforme a aquella perspectiva objetiva y *ex ante*, fuera razonable para el autor considerar como eficaz para la evitación del resultado, con independencia de que, a la postre, tal actuación lo fuese o no objetivamente. Por ello, caso de que pese a tales esfuerzos se acabe produciendo un resultado, el mismo no resultará atribuible en términos normativos al hecho inicial.

---

(52) En la doctrina alemana, por todos, PUPPE, I., «Die Halbherzige Rücktritt», en *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1984, Heft 11 p. 488.

(53) En el específico ámbito problemático de la legítima defensa y en relación con el valor que quepa conceder a las apreciaciones subjetivas de quien se defiende frente a una supuesta agresión ilegítima, véase MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte General*, 10.<sup>a</sup> ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 308 ss.

Así entendido, el criterio no debe verse ni como un enunciado que absorba a la fórmula del impedimento, ni vinculado a la teoría de la neutralización del aporte. Cifrada, en efecto, la seriedad en la idoneidad objetiva del comportamiento desistente para desviar la continuidad del riesgo generado por la conducta inicial, la efectiva puesta en práctica del comportamiento en cuestión no se traduce ni demanda traducirse en el impedimento efectivo del resultado(54) ni tampoco, al menos no necesariamente, en la neutralización de la aportación. Lo primero, porque como ya se ha dicho, es perfectamente posible que el mismo se produzca y, sin embargo, no sea ya imputable al autor en términos de atribución normativa, sino explicable por otro riesgo –generado por otro u otros de los intervinientes– o incluso debido a un fracaso de la acción con capacidad salvadora *ex ante*, fracaso no imputable al autor(55). Lo segundo, que no se trata de neutralizar el riesgo generado por la actuación inicial conjunta, resulta también una consecuencia lógica desde las premisas que se vienen sosteniendo, en tanto que en los casos de intervención plural que han evolucionado a la fase ejecutiva, no es posible hacer «aparecer y desaparecer» la aportación de cada uno de los participantes(56), sino de

---

(54) Lo que se ha exigido por parte de un destacado sector de la doctrina alemana al comentar la cláusula paralela prevista en este ordenamiento. Es el caso de RÖMER, H., para quien la exigencia de seriedad no sería sino un simple añadido al esfuerzo que requiere el impedimento del resultado, en *Fragen des 'Ernsthaften Bemühens' beim Rücktritt und tätiger Reue- Studienverlag Dr. N. Brockmeyer*, Bochum, 1987, p. 36. En la doctrina española es la postura adoptada por GILI PASCUAL, A., *op. cit.*, pp. 207 ss., quien, según ya se señaló marginalmente, reserva el valor de la cláusula en comentario prácticamente sólo para los casos de desistimiento no causal, esto es, aquellos en los que la evitación del resultado se debe a otra eventualidad ajena a la actuación del desistente así como para los supuestos de tentativa inidónea. La actitud meramente resultativa que adopta el autor le lleva a excluir en todo caso la producción del resultado, salvo que este tenga una identidad diferente al intentado, lo que resuelve con un criterio extremadamente restrictivo.

(55) Comentando la cláusula del serio esfuerzo por evitar la consumación del Código Penal portugués a efectos del artículo 25 (desistimiento en el caso de participación de varios agentes), ejemplificaba LACERDA DA COSTA PINTO, F., con el caso del cómplice de un homicidio que llama rápidamente a una ambulancia, que no llega a tiempo de salvar a la víctima por sufrir un accidente durante el trayecto, *A Relevância da Desistência em Situações de Participação*, Livraria Almedina, Coimbra, 1992, pp. 240 s.

(56) Una comprensión que, sin embargo, no es infrecuente encontrar por parte de los defensores de la neutralización del aporte, con independencia de los matices que introduzcan en la fórmula. Es de destacar en este sentido en la doctrina alemana a LENCKER, T., quien insiste en la idea de la neutralización de la aportación, si bien añadiendo la exigencia de que el partícipe sea con ello consciente de que de ese modo se impide la consumación: «si el partícipe cancela su contribución que se hizo efectiva en el intento siendo consciente de que con ello hace imposible la continuidad del

introducir un factor que en clave objetiva tenga potencialidad para desviar el sentido de la misma hasta la producción del resultado. Precisamente por ello, en los términos que habrá ocasión de referir, es perfectamente posible que el esfuerzo serio por evitar la consumación reclame una actuación adicional y distinta a aquella que se agota en la neutralización del aporte.

La aplicación del criterio en la práctica lleva a descartar, por ejemplo, cualquier efecto eximente de pena a la conducta del interviniente que mediante rezos o conjuros pretendiera impedir que el autor alcanzara a la víctima con el cuchillo que previamente le había dado, por mucho que su voluntad se encaminara firme y decididamente a evitar la consumación. Por el contrario, habría de apreciarse la seriedad del esfuerzo allí donde quien prestó el cuchillo al autor lo sujetara con violencia para impedir que lo sacara de su bolsillo, desconociendo que, contra el plan ideado inicialmente, ese autor se lo había entregado a otro interviniente, quien acaba matando con él a la víctima. En tanto que para el desistente resultase razonable pensar que quien portaba el arma era el interviniente que sujetaba a la víctima con violencia, habrá de apreciarse la seriedad de su esfuerzo por evitar la consumación aun cuando a la postre la medida haya resultado ineficaz para impedir el resultado(57).

Conforme a lo anterior, y como en parte ya se anunciaba, siempre que se entienda aplicada, no al dato de la producción o no del resultado, sino a la determinación de cuándo el comportamiento del desistente introduce una desviación esencial en la configuración de los hechos, se difumina la clásica discusión en torno a si la medida adoptada debe ser la óptima entre todas las posibles así como, en su caso, acerca de cuándo sea ese el supuesto. Decisivo no es este aspecto(58)

---

hecho por parte del autor, no sólo determina que aunque el hecho finalice sea cometido con independencia de su inicial aportación, sino que también se habrá esforzado en impedir su consumación (así, cuando retira el instrumento que previamente entregó al autor en el convencimiento de que de ese modo no podrá finalizarlo)», en «Probleme beim Rücktritt des Beteiligten», en *FS für Wilhelm Gallas zum 70 Geburtstag*, Berlin/New York, 1973, p. 297.

(57) Si bien sin reconducirlo a esta formulación, entiendo que la esencia de este criterio está presente en la propuesta de ROXIN, C., cuando, comentando el párrafo 24 I. 2 StGB, afirma: «La “seriedad” del esfuerzo exige... que el que desiste emplee aquel método que, desde su punto de vista, esté más cerca de ser el mejor, pero no necesariamente tiene que ser el objetivamente adecuado para la evitación del resultado, ni hay por qué comprobarse cuidadosamente su idoneidad», en *Derecho penal, Parte General*, tomo II, *op. cit.*, p. 709.

(58) Se renuncia a reproducir expositivamente el amplio debate doctrinal al respecto, tanto en la doctrina alemana como en la española. En relación con ésta nos remitimos a la obra de ALCÁ CER GUIRAO, R., *op. cit.*, pp. 47 ss, 60 ss., quien, respecto



sino que, teniendo o no aquella cualidad, tenga capacidad para interrumpir su imputación a la conducta inicial(59). Cuestión distinta será la repercusión que pueda tener el hecho de que el desistente no haya elegido la medida óptima en lo que se refiere a la apreciación de las exigencias subjetivas contenidas en la fórmula legal y que, como se recordará, se cifran en la exigencia de que el esfuerzo se califique como firme y decidido. Si quien desiste opta por elegir una medida entre las que estaban a su alcance que no parece la más adecuada para evitar la producción del resultado y ello es debido a una actitud de indiferencia ante su probable producción, habría de negarse la concesión del beneficio de la impunidad pero, insistamos, no por la insuficiencia de las medidas objetivas adoptadas, sino por no concurrir la exigencia subjetiva caracterizada líneas más arriba por su similitud con una suerte de dolo directo de primer grado.

Todavía, y antes de continuar con la exposición de la mano de distintos ejemplos del rendimiento del criterio en la práctica, conviene

---

a la comprobación de la evitación del resultado aplica el principio de máxima seguridad de la salvación. En el caso del agente que actúa en solitario requiere que realice la acción de salvación más segura; en el caso de que intervengan terceras personas el agente deberá ostentar el dominio de la salvación. En la amplia literatura alemana al respecto han sido clásicos dos grandes bloques de opinión. Por un lado, el representado por quienes consideran suficiente la adopción de cualquier medida apropiada para evitar el resultado (entre otros, BLEI, H., «Versuch und Rücktritt von Versuch nach neuem Recht», en *Juristische Arbeitsblätter*. 1975, pp. 233 ss; GORES, C. J., *Der Rücktritt des Tatbeteiligten*, Duncker Humboldt GmbH, Berlín, 1982, pp. 209 ss), y por otro, la representada por quienes exigen la adopción de la medida óptima de salvación (entre otros, HERZBERG, R. D., «Problemenfälle des Rücktritts durch Verhindern der Tatvollendung», en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1989, pp. 862, quien recurre como criterio complementario a la teoría del dominio del hecho, esto es, considera que impide el hecho aquel que con dominio del hecho lo evita, p. 866. Una excepción se produciría allí donde el medio de salvación adecuado pase por pedir ayuda a un tercero, básicamente a un médico, p. 867. Véase también JABOBS, G., quien en los casos en que el autor no adopta la medida óptima de salvación fundamenta una tentativa con dolo eventual en comisión por omisión, «El desistimiento como omisión del hecho», en *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1997, p. 332). Sobre el debate y los argumentos a favor y en contra de una y otra posición véase ROXIN, C., «Die Verhinderung der Vollendung als Rücktritt vom beendeten Versuch» *op. cit.*, pp. 329 ss., quien considera válida la teoría de la oportunidad en el caso del autor que emprende por sí la acción de desistimiento, pp. 335 ss. No obstante, no han faltado posturas que pudieran calificarse como intermedias entre las dos anteriores. Es el caso de RAU, I., quien recurre a una u otra dependiendo del bien jurídico puesto en peligro por la tentativa, *op. cit.*, p. 57.

(59) En relación con el desistimiento del autor individual, el recurso a los criterios de imputación como parámetros con los que desplazar la discusión en torno a la determinación de la medida óptima o no de salvación de cara a la evitación del resultado, se encuentra ya en la obra de RUDOLPHI, H. J., *op. cit.*, pp. 508 ss., pp. 511 ss.

hacer una precisión adicional que, pese a parecer en principio casi tautológica, resulta importante para acotar con exactitud el espectro de casos en los que proceda la aplicación del criterio. Se trata, en concreto, de subrayar que la suficiencia del esfuerzo serio, firme y decidido debe reservarse para aquel escenario en el que la actuación del interviniente que desiste tenga lugar en una secuencia en la que todavía sea posible, *ex ante*, desviar por completo la peligrosidad propia de la actuación –conjunta– inicial. Es lo que sucederá con claridad allí donde dicho riesgo se encuentre en una situación que pudiera llamarse estática respecto a la lesión del bien jurídico que se pretendió lesionar, esto es, cuando de su mano el decurso de los hechos no haya experimentado aún un cambio sustancial en términos resultativos. Imaginemos el caso del autor que ha entrado ya en fase ejecutiva y se muestra dispuesto a disparar a la víctima con el arma proporcionada por el partícipe, un estadio en el que se encuentra todavía en manos de quien la prestó la posibilidad de desviar el riesgo inicial generado, en tanto que todavía no se ha materializado en resultado alguno.

Distintas son las cosas allí donde la aportación y, con ella, el riesgo que supone se haya plasmado en un resultado intermedio fruto de la actuación conjunta de los intervinientes y que represente un avance en la progresión de la lesión del bien jurídico(60). Imaginemos el caso en el que efectivamente el autor ha llegado a disparar a la víctima con el arma que le proporcionó el cooperador necesario, siendo así que es ya cuando aquella yace en el suelo aún con vida cuando el partícipe intenta evitar la producción de la muerte. Cierto es que podría decirse que en tanto que lo que se ventila es la impunidad o no por un delito intentado de homicidio, la producción de un resultado intermedio no debería tener más significado que el de calificar las lesiones producidas, pero sin prejuzgar ni condicionar los criterios con los que determinar la eventual exoneración o no de la responsabilidad por el homicidio intentado. Sin embargo, tal entendimiento desconocería que desde el momento en que la peligrosidad contenida en la actuación conjunta del partícipe y el autor se plasma en un resultado que

---

(60) No se refiere, por tanto, la limitación a los casos en que se produce cualquier resultado, sino sólo a aquellos en que éste representa un estadio más en la progresión de la lesión del bien jurídico protegido por el tipo penal a cuya lesión se orienta la actuación conjunta. Así, por ejemplo, la limitación no operaría en el caso del cooperador que prestó un arma de fuego para que con ella el autor intimidase a los empleados de una sucursal bancaria durante la ejecución de un atraco. Al disparar al aire con tal fin causa una serie de cuantiosos daños en la sucursal. Nada tendría que ver ese resultado con la progresión de la lesión del bien jurídico ni, por tanto, su producción introduciría ningún estadio relevante que justificara limitar la dualidad de posibilidades de desistir contempladas en el artículo 16.2 CP.

representa un avance en la progresión de la lesión al bien jurídico, resulta ilusoria la posibilidad de que todavía aquél desvíe el riesgo propio contenido en el hecho inicial. En tal caso la aportación del partícipe pierde la singularidad que justifica la posibilidad de acogerse a un régimen especial. Desde ese momento(61), en efecto, referente del esfuerzo por impedir la consumación no es ya ni puede ser la desviación del riesgo contenido en la conducta originaria, sino impedir un resultado imputable a la fusión de las distintas contribuciones. Parece, por ello, de todo punto disparatado pretender sostener que cuando yace en el suelo la víctima tras ser disparada por el autor, al partícipe le sigue bastando la posibilidad de desplegar un esfuerzo serio, firme y decidido para evitar la consumación mientras que a aquél le es exigible impedirlo. Todos los intervinientes se han situado ya en la misma posición, y para todos ellos el beneficio de la impunidad por la tentativa de homicidio queda ya condicionado a la regla del impedimento de la consumación(62). La determinación, pues, de los presupuestos con los que se les conceda la impunidad remite al diseño de las condiciones bajo las cuales se considere que el sujeto en cuestión ha impedido el delito, debiendo por ello traerse a colación las exigencias a las

---

(61) Para evitar equívocos, debe insistirse en la idea de que la determinación de tal momento no coincide exactamente con la calificación del intento como acabado o inacabado. Si bien es cierto que en los casos de tentativa inacabada difícilmente es imaginable la producción de un resultado, en los de tentativa acabada son imaginables casos en los que no hay resultado intermedio alguno (por ejemplo, el autor colocó la bomba gracias al acceso al lugar que le facilitó el cooperador necesario).

(62) Decae así la objeción que a veces se ha dirigido contra este criterio, en el sentido de introducir un régimen inexplicablemente beneficioso para el partícipe en comparación con el que rige para el autor, a quien en todo caso se exige la evitación de la consumación. Así lo criticó de hecho algún autor luso comentando el artículo 25 del Código Penal portugués y que reza como sigue: «Si varios sujetos coparticipan en el hecho, no es punible la tentativa de aquel que voluntariamente impide la consumación o la verificación del resultado, ni la de aquél que se esfuerza seriamente por impedir una u otra, aunque los otros copartícipes prosigan la ejecución del delito o lo consumen». En concreto, denunciaba LACERDA DA COSTA PINTO, F., la incoherencia de tal régimen de la mano del ejemplo del cómplice de un homicidio que se esforzara por salvar a la víctima llamando a una ambulancia, siendo así que esta no llegase a tiempo para evitar el resultado debido a un accidente sufrido por aquella. No se entendería, decía el autor, que en tal caso el cómplice hubiera de quedar impune y no, sin embargo, el autor del mismo ejemplo, *op. cit.*, p. 137. Tal crítica decae en casos como el expuesto, en tanto que el riesgo introducido por el partícipe se ha acabado plasmando en un resultado, ya sea consumado (la víctima murió del disparo) o intentado (la víctima ha sido disparada y está herida), y con ello, su aportación se ha fusionado de modo irreversible ya con la del autor. Por ello, si en el segundo caso éste quiere conseguir el beneficio de la impunidad tendrá que acogerse al régimen general del desistimiento previsto para el autor, que pasa como ya se sabe por la evitación del resultado.

que se hacía referencia en el apartado relativo a la modalidad de impedir la consumación.

#### IV. A MODO DE CONCLUSIÓN. EL RENDIMIENTO DEL CRITERIO: ANÁLISIS DE LOS DISTINTOS GRUPOS DE CASOS

Con el fin de plasmar las conclusiones de la contribución, se trata en este apartado de determinar de la mano de un análisis de distintos grupos de casos cuándo el comportamiento emprendido por el interviniente que desiste tiene potencialidad desde una contemplación objetiva *ex ante* para introducir una desviación tal del suceso que, desde aquella perspectiva, permita racionalmente afirmar que la continuidad o no del propósito delictivo y, con ello, de la ejecución del delito, pasa a explicarse por una decisión autónoma del autor o del resto de intervinientes, pero no ya por la evolución y plasmación en el resultado del riesgo inicialmente creado. De ser así, caso de producirse éste, habría de entenderse desvinculado normativamente de él.

De acuerdo con cuanto se ha venido exponiendo, es lo que ocurrirá en dos escenarios distintos. El primero, cuando la retirada de su aportación, esto es, la neutralización del aporte de quien desiste, suponga ya, desde aquella perspectiva de racionalidad objetiva, un cambio esencial en la evolución del peligro inicialmente generado. El segundo, cuando el interviniente, sin retirar su aportación inicial, emprenda una actuación que introduce una desviación relevante en el decurso de los hechos.

Dentro del primer grupo de casos, esto es, aquellos en los que la conducta del desistente se cifra en la retirada de su aporte, pueden plantearse dos hipótesis distintas de muy desigual dificultad. La primera de ellas correspondería a los supuestos en que la actuación del agente suponga la introducción de un obstáculo impeditivo para la consumación del delito. En ellos, en realidad, la solución de la impunidad sería compartida no sólo por los defensores de la doctrina de la neutralización del aporte, sino también por quienes exigen el impedimento de la consumación como requisito condicionante del beneficio de la exención de pena. El paradigma de este primer grupo de casos se encuentra en el ámbito de la cooperación necesaria. Así sucedería, por ejemplo, allí donde el co-interviniente dejase de inmovilizar a la víctima antes del acto de penetración en la violación, lo que impide que el autor, incapacitado para ejercer violencia por sí mismo debido a su escasa fortaleza o a una enfermedad o incapacidad permanente o transitoria, pudiera continuar la ejecución. Otro tanto habría que decir en el

ejemplo en el que la única manera de acceder a una caja fuerte para robar fuese el empleo de una clave o llave, que quien en un momento previo facilitó retira durante la ejecución del delito. En tanto que en cualquiera de los ejemplos la retirada del aporte asegura la evitación del resultado, al menos en el intento que se está enjuiciando(63), la concesión del beneficio de la impunidad no plantearía mayores problemas ni desde la postura que se sostiene ni desde otras concepciones.

Mayor interés, por su dificultad, tiene el tratamiento de los casos en los que la retirada de la aportación no produce, de por sí, el efecto impeditivo del resultado. En ellos se trata de determinar cuándo éste sigue siendo reconducible al peligro generado en origen de forma conjunta por los intervinientes pese al intento impeditivo de quien ahora desiste. Desde luego que las dificultades no se plantean a la hora de negar tal posibilidad allí donde la retirada de la aportación resulte por completo indiferente desde el punto de vista de las posibilidades de éxito de la ejecución por parte del resto de los intervinientes. Imaginemos el caso del coautor de un atraco que junto con otros tres coautores ha entrado ya en la sucursal bancaria y que en el transcurso del atraco hace ver al resto que abandona la fase ejecutiva, un cambio de actitud que no introduce ningún factor que desvincule en términos de desviación del riesgo la relación entre su participación en la fase inicial del delito y su posterior evolución –ya sin su participación–. Aun interrumpida posteriormente la contribución, el éxito del inicio de la ejecución –que posteriormente y de la mano ya de la actuación del resto de los intervinientes evoluciona hacia el resultado– es explicable por las labores de intimidación o vigilancia realizada, sin que el partícipe introduzca en este tipo de ejemplos ningún factor neutralizador o de desviación del riesgo que generó más allá del hecho de no seguir prestando su colaboración. Ninguna razón existe en ellos para anular su responsabilidad por el delito intentado(64).

---

(63) Todo ello obviamente sin perjuicio de que en una secuencia posterior y desconectada de la acción inicial el delito se reintente. Así, si la persona impedida para ejercer violencia busca a otra distinta para ejecutar el hecho en otro momento, o si el autor del robo recurre a reorganizar el plan empleando un explosivo con el que volar la cerradura de la caja fuerte.

(64) Es más, la ausencia de la ruptura de la relación de imputación puede determinar, incluso, que subsista la imputación de responsabilidad, no ya por el delito intentado, sino por el consumado. Es lo que sucederá allí donde pueda fundamentarse que quien retira su aporte ha asumido una posición de garantía respecto al bien jurídico protegido, posición que puede encontrar su fundamento precisamente en la previa injerencia del autor, por haber contribuido a su puesta en peligro de un modo que no se ve anulado por la conducta posterior. Sirva de ejemplo el caso de quien traslada en el maletero de su vehículo a una persona que ha sido secuestrada y maniatada previamente por un tercero. El hecho de que en un momento dado decida sacarla del

Frente a estos casos, las dificultades que plantea la fenomenología de los que nos ocupan se concentran allí donde, aun siendo necesaria la contribución del partícipe que ahora desiste para la consumación del delito, es posible la continuidad del intento si el otro u otros intervinientes recurren a un método alternativo. Sirva como ejemplo el caso de quien prestó su arma al autor para matar a un tercero, que la retira justo cuando aquél se disponía a disparar, continuando pese a todo el autor con su propósito golpeando con un objeto contundente a la víctima hasta matarla, o el caso del cooperador que en el momento de la ejecución retira la llave de la vivienda que en su momento facilitó al autor para que entrase a robar, siendo así que el autor se introduce por una ventana en el inmueble, culminando su propósito delictivo.

El aspecto que tradicionalmente ha concentrado el debate doctrinal en casos como los expuestos se ha cifrado en la determinación de los criterios conforme a los cuales poder afirmar que el hecho proyectado y el realizado finalmente conservan, en su caso, una relación de identidad, lo que en general se excluye allí donde se produce un cambio relevante de objeto del delito, de los medios de ejecución o del ámbito espacio temporal (65). Frente a tal comprensión, la aplicación del criterio aquí defendido pone el centro de atención en una perspectiva distinta, atenta a la contemplación objetiva de la actuación desplegada por el desistente. En concreto, se viene afirmando que la concesión de efectos al desistimiento del partícipe que se esfuerza de modo serio, firme y decidido en impedir la consumación debe atender al potencial de su conducta para introducir una modificación relevante en el riesgo inicialmente generado, tomando para ello en cuenta una perspectiva *ex ante* que valore las circunstancias y conocimientos del autor así como los que pudiera tener un espectador objetivo en el momento de la actuación de aquél. La aplicación de tal criterio a los ejemplos que nos ocupan determina que no pueda considerarse eficaz el desistimiento emprendido por el partícipe allí donde a la vista de aquel observador imparcial resultara previsible o incluso comprobable, *de facto*, la continuidad del plan delictivo con la ayuda de otros medios accesibles para esos otros intervinientes en el escenario creado por la original actuación conjunta de todos ellos. Aquella contemplación objetiva de los hechos impide, en efecto, considerar eficaz el

---

maletero, dejándola en una carretera poco transitada, no cancela su posición de garantía por injerencia respecto al bien jurídico protegido, de modo tal que, si el resultado de muerte finalmente se produce, habría de responder por el mismo en comisión por omisión.

(65) En la doctrina alemana, por ejemplo, ESER, A/BOSCH, N., *op. cit.*, § 24.92.

desistimiento del interviniente(66), siempre que el hecho realizado tenga lugar aprovechando la misma ocasión delictiva planeada de modo conjunto por los distintos participantes(67). Así, por ejemplo, no podrá beneficiarse de la impunidad por la tentativa previa quien retira la llave que entregó para que el autor entrase en la vivienda, siendo así que de todos modos a aquél le resulta posible el acceso por una ventana abierta; o quien tras acechar a la víctima por el parque conjuntamente con el autor y elegir para el ataque el momento en el que se encuentra en un lugar solitario, retira el puñal que antes prestó, si bien el autor aprovechando el mismo escenario creado decide matar a la víctima a base de patadas. Aun cuando en cualquiera de los ejemplos el partícipe no responda por el delito consumado, el beneficio de la impunidad no puede alcanzar a su participación por la tentativa, en tanto que no desvía de modo relevante la puesta en peligro del bien jurídico generada por el plan inicial conjunto.

---

(66) Puede observarse que la solución de estos ejemplos coincide en buena medida con la sostenida por quienes ponen el foco de atención en aspectos atentos a la eficacia real de la conducta emprendida por el desistente para evitar la consumación, así como la que atiende a si, caso de que se produzca un resultado, este es idéntico al intentado. Es el caso de GILI PASCUAL, A, *op. cit.*, pp. 89 ss., quien exige para que el interviniente que desiste obtenga el beneficio de la impunidad que introduzca una «dificultad organizativa», que signifique la frustración propia del proyecto concreto y que represente un desistimiento definitivo también desde la perspectiva del autor. Si bien es cierto que el criterio aquí defendido coincide en sus resultados con el propuesto por este autor, la lógica del razonamiento es distinta. Así por ejemplo, al igual que hace el autor, se sostiene en el texto que no merece el beneficio de la impunidad el partícipe que cierra la puerta que había abierto el autor del robo con la llave falsa que le proporcionó, siendo así que el autor se introduce por un ventanuco visible para ambos, o el partícipe que prestó la pistola al autor se la arrebató cuando iba a disparar el gatillo, si bien en cierta conexión espacio temporal el autor asesina de todos modos a la víctima con un puñal, a golpes o por estrangulamiento. A tal solución llega el autor al considerar que en todos estos casos se mantiene la identidad del hecho, también perteneciente al partícipe, sin que haya introducido una dificultad organizacional relevante hasta la fase de la tentativa, de modo que para hacerse acreedor del beneficio del desistimiento deberá evitar la consumación. Sin embargo, desde la postura que aquí se sostiene, la ineficacia de este tipo de actuaciones se debe a que, desde una perspectiva *ex ante* y teniendo en cuenta los conocimientos de un espectador objetivo, el desistente no ha introducido una desviación relevante del riesgo contenido en su actuación inicial.

(67) Siempre y cuando el tipo delictivo cometido sea el planeado en su momento, lo que excluye de la imputación eventuales desviaciones atribuibles sólo a una decisión autónoma del autor. Resulta así, por ejemplo, que en el caso propuesto del acceso a la vivienda por una ventana abierta cuando el partícipe ha retirado la llave que prestó, si bien el robo le será imputable al partícipe que se limita a retirar la llave, no lo será la eventual violación que cometiera el ladrón aprovechando la presencia de una chica en la vivienda.

Por el contrario, habrá de valorarse como un desistimiento eficaz el caso en el que un espectador objetivo situado en el lugar del agente en el momento de la comisión del delito y contando con sus conocimientos, no pudiera prever tal actuación alternativa, o, al menos, no sin interrumpir la continuidad del delito. Pensando de nuevo en el caso de quien prestó un arma que después retira, si pese a todo de forma inesperada y sorpresiva el autor sacase otra pistola que llevaba y ejecutase con ella el asesinato, ni el resultado ni la tentativa resultaría ya imputable al partícipe, lo mismo que tampoco lo sería la entrada en la vivienda cuando el autor portase otra llave con la que abrir la cerradura, igualmente de forma imprevisible para el partícipe. En tal caso, la retirada de su aporte ha de valorarse como una desviación eficaz del riesgo que inicialmente creó de modo conjunto con el autor con independencia de que subsista o no el dato de la conexión causal con el resultado producido(68). Cuestión distinta es que se plantee en tal caso la eventual responsabilidad del partícipe por un delito en comisión por omisión y, caso de descartarse ésta, por una forma de complicidad psíquica –si es que la conducta en cuestión haya tenido efectiva influencia en quien actúa en orden a reforzar su propósito delictivo(69)– o, en su caso, por un delito del artículo 450 CP. Nunca por la contribución inicial activa.

Singular dificultad plantea la determinación de cuándo resulte apreciable una desviación relevante del riesgo inicial en el caso de la inducción. Desde luego que aquella posibilidad debe de entrada negarse allí donde la incitación hubiera consistido en una labor persuasoria orientada a incidir sobre la apreciación subjetiva de las ventajas de la comisión del delito(70), casos en los que el intento por

---

(68) No comparto por ello el impedimento que ve algún autor para conceder la impunidad al interviniente que desiste sin conseguir la evitación del resultado precisamente por el dato de que la tentativa comenzara contando con su aporte. Es el caso de GILI PASCUAL. A., *op. cit.*, pp. 32 ss.

(69) LÓPEZ PEREGRÍN, M. C., *La complicidad en el delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 314 s: «La complicidad psíquica debe, por tanto, ser causal para el resultado si no queremos extender la punibilidad más allá de lo necesario, es decir, más allá de los supuestos que merecen ser castigados por constituir contribuciones a la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos... y si la causalidad no puede ser probada suficientemente, la conducta...deberá ser impune como consecuencia del principio *in dubio pro reo*».

(70) A estos casos me refería ya en mi tesis doctoral *La inducción a cometer el delito*, Valencia 1995, p. 320, donde defendía el criterio de la neutralización del aporte. Sigo considerando válidos los supuestos de partida que entonces proponía: «incidencia en la valoración de las ventajas del plan frente a las inhibiciones del autor, o en la comunicación de los detalles de un plan frente a las inhibiciones del autor, o en la comunicación de los detalles de un plan que lo presentaban como una oportuni-



revertirlo (convenciendo ahora al autor de lo contrario) no podría considerarse como un esfuerzo serio, en el sentido de tener idoneidad o aptitud objetiva para evitar el resultado. Así obliga a considerarlo la imposibilidad de predecir desde una perspectiva *ex ante* que una actividad persuasoria tiene potencialidad para desviar el riesgo inicialmente generado.

Más dudosos pudieran plantearse los casos en los que la incitación se hubiera cifrado en el ofrecimiento de una ventaja o recompensa objetiva que durante la ejecución el incitador retira. Baste pensar en el caso del asesino a sueldo que se ha introducido en el domicilio de la víctima y mientras acecha sus pasos para dispararle, el inductor le hace saber que ya no está interesado en el crimen y que le retira la sugerente recompensa que inicialmente le ofreció. La cuestión, de nuevo, nada tiene que ver con la incidencia causal de la incitación en el resultado que finalmente se produzca, sino con criterios normativos de imputación<sup>(71)</sup>. Si bien es cierto que el retroceso de ese incentivo puede introducir un factor relevante con vistas a la desviación de la decisión del autor, no por ello procede decir que desde la perspectiva objetiva y atenta a los parámetros de racionalidad que aquí se manejan, tal alteración de las circunstancias pueda considerarse como un esfuerzo «serio» de cara a la evitación del resultado. En efecto, no es posible descartar ni resulta irracional prever que pese a la retirada del incentivo el autor continúe su plan, por el motivo que sea, incluida la venganza por no recibir la recompensa esperada y que se salda con la involucración del inductor en un crimen consumado<sup>(72)</sup>.

Las líneas anteriores se han ocupado del rendimiento del criterio propuesto en los casos en los que la conducta del desistente con eficacia para excluir la imputación se traduce, en esencia, en la retirada de su aportación inicial. No deben entenderse, sin embargo, como los únicos en los que procede identificar la seriedad del esfuerzo del desistente por impedir el delito. También es posible que el agente introduzca una desviación relevante en el decurso de los hechos

---

dad», p. 321. Estos ejemplos son tachados en potencia («puede resultar») como desafortunados por GILI PASCUAL., A. por entender que remiten a la fase preparatoria. Tal vez se explique su juicio por mezclar estos casos con el ejemplo que utilizo en alguna nota a pie de página referido a la específica fenomenología de los errores.

(71) Como, sin embargo, puede leerse en la doctrina alemana, KUDLICH, H./SCHUHR, J., quienes excluyen un espacio relevante de aplicación a la cláusula en comentario precisamente al exigir que la contribución del interviniente no sea «causal» para la producción del resultado, en *Strafgesetzbuch Kommentar*, 50 *Strafgesetzbuch Kommentar*, Satzger/Schluckerbier/Widmaier, 3. Auf., 2016, § 24.61.

(72) Sobre estas dificultades, si bien enfocando el problema desde el punto de vista de la neutralización del aporte, VON SCHEURL, G., *op. cit.*, pp. 1, 11 ss.

cuando no sea decisiva la retirada de su aporte, ya sea porque éste no tenga la envergadura suficiente como para determinar una valoración distinta del riesgo inicial, ya sea simplemente porque le resulte imposible la retirada(73). En estos casos la comprobación de la existencia de un esfuerzo serio a efectos de apreciar el desistimiento de la tentativa también será posible cuando quien desiste lleve a cabo una actuación positiva encaminada a la evitación del suceso. Cuál sea esta acción remite a la determinación de la que se considere la medida idónea de salvación conforme al criterio de lo razonable sostenido más arriba, y cuya concreción reclama la atención a las peculiaridades de cada caso concreto. Así, por ejemplo, en el último caso propuesto del inductor que intenta desmotivar a quien previamente convenció, la relevancia de su esfuerzo pasará por adoptar medidas directamente orientadas a la evitación del delito como pudiera ser, por ejemplo, retener con fuerza a la víctima. Por su parte, y por continuar con los ejemplos, el vigilante que quiera desistir de forma eficaz durante el atraco debería intentar impedir el acceso de los atracadores al local o, si ya están dentro, al lugar donde se encuentra el dinero que pretenden robar, o bien llamar a la policía. Cualquiera de estas medidas puede contemplarse como un esfuerzo serio de cara a la evitación del delito desde una perspectiva de racionalidad objetiva y, por tanto, es susceptible de valorarse como suficiente para apreciar el desistimiento de la tentativa conforme al artículo 16.3 CP. Todo ello, además, siempre que en lo que se refiere a las exigencias subjetivas de la fórmula legal se compruebe que la adopción de la medida concreta empleada por el agente representa un esfuerzo firme y decidido por evitar la consumación, esto es, que la elección de una concreta medida, y no otra, no obedece a una actitud de indiferencia respecto a la eventual producción de un resultado que se representa en términos de probabilidad.

---

(73) Ejemplo de lo primero sería el caso del cooperador encargado de las tareas de vigilancia mientras se produce el atraco, y que en un momento dado de la fase de ejecución intenta disuadir al resto de la continuidad delictiva haciéndoles saber que retira su aporte de vigilancia. También sin esa colaboración el hecho puede continuar con idénticas posibilidades de éxito y, por ello, difícilmente se podría decir que su cambio de actitud sea determinante en la contemplación del riesgo inicialmente puesto en marcha. Ejemplo de lo segundo sería el caso en el que el aporte no admite retroceso. Imaginemos el supuesto ya citado del inductor que convenció al autor sobre lo beneficioso que le resultaría cometer un atraco, siendo así que durante la ejecución pretende hacerle cambiar de opinión. Tampoco en este escenario sería posible identificar un cambio relevante de los hechos que impidiera reconducir, en su caso, el resultado al peligro inicial.

## V. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALCÁCER GUIRAO, R., *¿Está bien lo que bien acaba? La imputación de la evitación del resultado en el desistimiento*, Comares, Granada 2002.
- BLEI, H., «Versuch und Rücktritt von Versuch nach neuem Recht», en *Juristische Arbeitsblätter*. 1975.
- BLOY, R., «Zurechnungsstrukturen des Rücktritts von beendeten Versuch und Mitwirkung Dritter an der Verninderung der Tatvollendung», en *Juristische Schulung* 1987, Heft 7.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., «Autoría y participación», en *Diario La Ley*, 1996-2.
- DÍEZ RIPOLLES, J. L., «Una interpretación provisional del concepto de autor en el nuevo Código Penal», *Revista de Derecho penal y Criminología*, núm 1, 1998.
- *Derecho penal español. Parte general*, Valencia, 2020.
- ESER, A/BOSCH, N., *Strafgesetzbuch Kommentar*, 29 Auf, München 2014.
- FARRÉ TREPAT, E., «Algunos aspectos del desistimiento en la conspiración (Comentario a la STS de 21 de octubre de 1987)», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, 1992.
- GILI PASCUAL, A., *Desistimiento y concurso de personas en el delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- GÓMEZ RIVERO, M. C., «La eficacia del desistimiento del conspirador: el requisito de la anulación de su previa actuación (Comentario a la STS de 27 de febrero de 1991)», en *Actualidad Penal*, núm. 15, 1995.
- *Revueltas, multitudes y Derecho penal*, Valencia, 2019.
- GORES, C. J., *Der Rücktritt des Tatbeteiligten*, Duncker Humboldt Berlín, 1982.
- HERZBERG, R. D., «Problemenfälle des Rücktritts durch Verhindern der Tatvollendung», en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1989.
- JÄGER, *Der Rücktritt vom Versuch als zurechnbare Gefährdungsumkehr*, Beck, München, 1996.
- KUDLICH, H./SCHUHR, J *Strafgesetzbuch Kommentar*, 50 Strafgesetzbuch Kommentar, Satzger/Schluckerbier/Widmaier, 3 Auf., 2016.
- LACERDA DA COSTA PINTO, F., *A Relevância da Desistência em Situações de Participação*, Livraria Almedina Coimbra, 1992.
- LENCKER, T., «Probleme beim Rücktritt des Beteiligten», en *FS für Wilhelm-Gallas zum 70 Geburtstag*, Berlin/New York, 1973.
- LÓPEZ PEREGRÍN, M. C., *La complicidad en el delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *El desistimiento en Derecho penal*, Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1994.
- MUÑOZ CONDE, F.
- *El desistimiento voluntario de consumir el delito*, Bosch, Barcelona 1972.
- *Derecho penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 10.ª ed., 2019.
- NÚÑEZ PAZ, M. A., *El delito intentado*, Colex, Madrid, 2003.
- PUPPE, I., «Die Halbherzige Rücktritt», en *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, Heft 11, 1984.

- QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios al Código Penal español*, tomo I, 7.<sup>a</sup> ed., Aranzadi, Pamplona 2016.
- RAU, I., *Rücktritt nach §24 Abs. 1 S.1 StGB?*, Peter Lang, Frankfurt, 2002.
- RÖMER, H., *Fragen des «Ernshaften Bemühens» beim Rücktritt und tätiger Reue* - Studienverlag Dr. N. Brockmeyer, Bochum, 1987.
- ROXIN, C.,
- «Die Verhinderung der Vollendung als Rücktritt vom beendeten Versuch», *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999*, De Gruyter 1999.
  - «Der Rücktritt bei Beteiligung mehrerer», en *Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag*, München, 1988.
  - *Derecho penal. Parte General*, tomo II, *Especiales formas de aparición del delito*. Traducción y notas de Diego Manuel Luzón Peña, José Manuel Paredes Castañón, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Aranzadi, Pamplona, 2014.
- REQUEJO CONDE, C., «El intento serio de impedir la consumación del delito (análisis del artículo 16.3 del Código Penal)», en *Cuadernos de Política Criminal*, 83, 2004.
- RUDOLPHI, H. J., «Rücktritt vom beendeten Versuch durch erfolgreiches, wenngleich nicht optimales Rettungsbemühen», en *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1989, Heft 11.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, Bosch, Barcelona, 1997.
- VON SCHEURL, G., *Rücktritt von Versuch und Tatbeteiligung mehrerer*, Duncker & Humblot, Berlin, 1972.

# El enfoque del apoyo social en Criminología: condiciones de progreso

ALFONSO SERRANO MAÍLLO

Profesor Titular de Derecho Penal y Criminología  
Universidad Nacional de Educación a Distancia

*Con admiración, para el Profesor Cullen,  
en el año de su recepción del Premio Estocolmo.*

## RESUMEN

*En el presente artículo se revisa el modelo del apoyo social, introducido por Cullen en Criminología a mediados de los años noventa del siglo pasado. Se sostiene la amplitud de este modelo, que incluye una teoría causal del delito y hasta otras cuatro versiones. Estas cinco versiones no son compatibles entre sí. Se revisa la evaluación empírica de la teoría y se ofrece una conclusión mediante un recuento de votos. A continuación se exponen consideraciones teóricas y empíricas sobre la teoría causal del apoyo social que incluyen que el apoyo social es un concepto problemático, que pese a su nombre sólo favorece la conformidad bajo ciertas condiciones y que gran parte de los tests de la teoría son inespecíficos. Se concluye con la infrateorización de la teoría, que sigue una concepción insuficientemente material e informativa –aunque habitual– de explicación causal de la relación directa o indirecta con el delito o la conformidad; y con la necesidad relacionada de especificar las condiciones bajo las que la teoría resultaría refutada. Si la teoría del apoyo social fuera capaz de cubrir estas lagunas estaría en condiciones para contribuir al progreso de la Criminología.*

Palabras clave: *apoyo social, teoría criminológica, refutación, explicación causal.*

## ABSTRACT

*In this paper I review the social support model, which was introduced by Cullen around the middle of the 1990 decade. I argue that social support is an ample*

*model which includes a causal theory of crime or conformity, and four other versions at least. These five versions are not compatible with each other. I review the empirical evidence on social support theory and I offer a vote counting summary. A number of theoretical and empirical considerations on social support theory are analysed, including the lack of precision of the concept, the fact that social support only prevents crime under certain circumstances, in spite of its name, and that many tests of theory lack specificity. I argue that the theory is undertheorized because it relies on a conception of explanation in causal terms of the direct or indirect relationship of social support and crime or conformity which is incomplete from a substantive and informative point of view. I conclude with the related necessity of specifying the conditions under which the theory would be refuted. If social support theory is able to address these considerations, it could contribute to the progress of Criminology.*

Keywords: *social support, criminological theory, causal explanation.*

SUMARIO: I. Un enfoque amplio.–II. Las varias versiones del enfoque del apoyo social.–III. La teoría causal del apoyo social explicativa de la criminalidad y otros objetos.–IV. Estudios previos. 1. Nivel individual de análisis. 2. Nivel agregado de análisis. 3. Conclusión.–V. Valoración de la teoría del apoyo social.–VI. Conclusiones: condiciones de progreso del enfoque y de la Criminología.–VII. Bibliografía citada.

## I. UN ENFOQUE AMPLIO

Tomado de otros ámbitos, en particular del de la salud(1), el enfoque del apoyo social fue propuesto originariamente en Criminología a mediados de los años noventa del siglo pasado por uno de los más importantes e influyentes autores no ya de los últimos cincuenta años, sino de la historia de nuestra disciplina, el profesor Francis T. Cullen. Se trata de un *enfoque amplio*(2) que incluye lo que llamaré *teoría*

---

(1) El apoyo social ha sido empleado para explicar muchos objetos de estudio ajenos al delito y la desviación y a la Criminología en general, por ejemplo en el ámbito de la salud física y mental, hipotetizándose que el apoyo social favorece ambas, THORNTON, P. A., «Stress and health: Major findings and policy implications», *Journal of Health and Social Behavior*, 51, 1, 2010, pp. 41-42.

(2) Cullen sostiene que el apoyo social tiene consecuencias más allá del delito y la delincuencia, CULLEN, F. T., «Social support as organizing concept for Criminology», *Justice Quarterly*, 11, 1994, p. 551.

causal que puede aplicarse al delito y la desviación(3), la victimación(4), el desistimiento y terminación de carreras criminales(5), la reincidencia y el reingreso en prisión(6). De acuerdo con esta teoría, el apoyo social –expresado en sus habituales términos positivos– favorece la conformidad y la reentrada exitosa en la sociedad y reduce la victimación –de modo tanto directo como indirecto. Ahora bien, como acaba de decirse, el enfoque va más allá de esta teoría causal.

Delito, desviación y victimación son conceptos discutidos pero habituales en Criminología, como el de reincidencia, mientras que el de reingreso en prisión es autónomo e importante en sí mismo. Es habitual confundir el concepto de terminación de una carrera criminal con el de desistimiento(7). Digo concepto dado que por los nombres no discuto y los investigadores son libres de llamar a terminación y desistimiento como les plazca(8). Ambos se derivan del paradigma de las carreras criminales. La terminación o cesación –que tiene lugar

---

(3) CULLEN, F. T., J. P. WRIGHT y CHAMLIN, M. B., «Social support and social reform: A progressive crime control agenda», *Crime and Delinquency*, 45, 2, p. 193.

(4) CHAN, K. L., CHEN, M., CHEN, Q. y IP, P., «Can family structure and social support reduce the impact of child victimization on health-related quality of life?», *Child Abuse and Neglect*, 72, 2017, pp. 66-68.

(5) CHOUHY, C., CULLEN, F. T. y LEE, H., «A social support theory of desistance», *Journal of Developmental and Life-Course Criminology*, 6, 2020, p. 204. Aquí también se incluye la reentrada, DUWE, G. y CLARK, V., «The importance of social support for prisoner reentry», *Corrections Today*, mayo, 2012, pp. 46-51.

(6) VIEDMA ROJAS, A. y SERRANO MAÍLLO, A., «Apoyo social y reingreso en prisión: un contraste empírico de la relación directa en España», en prensa.

(7) Esta confusión en ZARA, G. y FARRINGTON, D. P., *Criminal recidivism. Explanation, prediction and prevention*, London y New York: Routledge, 2016, p. 25, quienes por lo demás no siempre son consistentes con sus definiciones, vid. 26-27, 30 y 49. Utilizaré de modo intercambiable los términos desistimiento, desistencia o decaída. MARUNA, S. y TOCH, H., «The impact of imprisonment on the desistance process», en *Prisoner reentry and crime in America* (J. Travis y C. Visser eds.), Cambridge [etc.]: Cambridge University Press, 2005, p. 143, utilizan el término *desescalada*: nada que objetar, solo que entonces se necesitará otro para carreras criminales que, ya estén en fase de desistimiento o no, tiendan hacia delitos menos graves con el tiempo, un patrón habitual.

(8) Soothill y sus colegas ofrecen un elenco de definiciones que incluye desistencia como «el final de una carrera criminal», aunque no terminación ni el concepto expresado en el texto como desistencia, SOOTHILL, K., FITZPATRICK, C. y FRANCIS, B., *Understanding criminal careers*, Cullompton: Willan, 2009, p. 5. Por supuesto, nada que objetar. Con este planteamiento, quien antes fumaba dos cajetillas diarias y ahora sólo fuma un cigarrillo al año no habrá desistido de su carrera como fumador y será tan *no-desistente* como quien ahora fuma tres cajetillas al día; mientras que quien una vez fumó un único cigarrillo en una fiesta sí habrá desistido. Esto es difícil de justificar teóricamente, ignora el concepto de cambio que (paradójicamente) reclama la tradición de la Criminología del curso de la vida y de las carre-

cuando se comete el último delito y no se vuelve a delinquir— es problemática porque, propiamente, sólo puede tener lugar con la muerte o una enfermedad o lesión grave, motivo por el cual a menudo se sustituye por *tiempo pasado sin delinquir*(9). El desistimiento(10) es *un proceso* —y no un evento— en el que con el paso del tiempo se van cometiendo menos delitos y conduce a la terminación(11). Esto quiere decir, sin duda, que un sujeto puede estar inmerso en un proceso de desistimiento y aun así seguir delinquirando —¡incluso con una frecuencia y seriedad relativamente elevadas! Por este motivo, es un error clasificar a todo el que reincide como *no-desistente*. Del mismo modo, aquellos delincuentes que no *terminan*(12) su carrera criminal de modo progresivo o procesual, sino *de golpe* —este es un patrón habitual(13)—, no entran en ningún proceso de desistimiento —proceso que, por lo tanto, puede ser menos general de lo que podría pensarse. Para complicar aún más las cosas, las concepciones ortodoxas de desistimiento en el marco de la llamada Criminología del curso de la vida —aunque, de nuevo, la terminología no es unánime— incluyen *cambios genuinos* en la vida de las personas. Por ejemplo, en la teoría del control social informal dependiente de la edad (*age-graded*) el desistimiento comienza porque un agente *entra en contacto* incluso

---

ras criminales (a) y priva a la Criminología de un objeto de estudio potencialmente importante (e interesante).

(a) Los mismos autores justifican el estudio de las carreras criminales, en el marco de la prevención y el control, con la búsqueda «de *reducir la frecuencia* [...] de los delitos cometidos por aquellos que ya son delincuentes conocidos», p. 9 (énfasis añadido). Esto es, por supuesto, la desistencia en el sentido expresado en el texto y no en el que ellos ofrecen; nuestro gran fumador que ahora sólo fuma en su cumpleaños sería un fracaso —y el fumador de la fiesta contaría como éxito. Es la teoría la que guía la investigación, no los datos disponibles de la teoría y sus conceptos. Reitero que el argumento no descansa en la terminología.

(9) KYVSGAARD, B., *The criminal career. The Danish Longitudinal Study*, Cambridge [etc.]: Cambridge University Press, 2003, p. 138.

(10) LAUB, J. H. y SAMPSON, R. J., *Shared beginnings, divergent lives: Delinquent boys to age 70*, Harvard, Mass. y London: Harvard University Press, 2003, pp. 17-22, 137, 147-149, 225, 228 y 278-279, aquí seguidos con matices ignorables.

(11) BAHR, S., HARRIS, L., FISHER, J. y ARMSTRONG, A., «Successful reentry: What differentiates successful and unsuccessful parolees», *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, 54, 5, 2010, p. 668. En realidad, esto no exige que el descenso sea *continuo*, vid. ZARA y FARRINGTON, *op. cit.*, p. 27 sobre el cambio discontinuo.

(12) O bien no delinquen durante el *periodo de tiempo* estipulado en la investigación.

(13) ZARA y FARRINGTON, *op. cit.*, p. 4; aunque no por ello el más habitual en el contexto de las carreras criminales, LAUB y SAMPSON, *op. cit.*, p. 137.



de modo casual con instituciones sociales –el matrimonio, el empleo o la entrada en el ejército–, lo cual genera un cambio en los controles sociales que ahora frenan o ralentizan una carrera criminal quizá en progresión ascendente. De nuevo, la existencia de cambios genuinos –esto es, que el matrimonio, etc. despliegan un rol causal y no son meros epifenómenos– está lejos de haber sido establecida en Criminología(14), con la consecuencia de que la desistencia no sólo podría ser relativamente excepcional, sino que incluso podría no existir en esta versión dinámica. De hecho, esta inexistencia por ausencia de cambios genuinos(15) es justamente lo que pronostica una teoría como la del autocontrol que cuenta con apoyo empírico en España(16). De todos modos y puesto que es difícil tener datos sobre desistimiento, no es un objeto de estudio habitual, desde luego entre nosotros –aunque sí es tentador verse envuelto en una discusión de reconocido prestigio en nuestra disciplina(17). Dos últimas aclaraciones son que el concepto de desistimiento, como otros del paradigma de las carreras criminales, tiene menos sentido en individuos que sólo delinquen una o pocas veces, sino que se refiere más bien a delinquentes de carrera de mayor o menor intensidad(18); y que el proceso de desistimiento es reversible –aunque esta posibilidad es relativamente improbable(19).

Puesto que el del apoyo social puede aplicarse a diversos fenómenos, se trata, sin duda, de un enfoque general.

---

(14) LYGSTAD, T. H. y SKARDHAMAR, T., *Understanding the marriage effect: Changes in criminal offending around the time of marriage*, FMSH-WP-2013-49, GeWoP-2, 2013, pp. 13-14; SKARDHAMAR, T., MONSBAKKEN, C. W. y LYGSTAD, T. H., «Crime and the transition to marriage. The role of the spouse's criminal involvement», *British Journal of Criminology*, 54, 2014, p. 420. Al tiempo que el cambio es una variable, esto es que el margen que concede puede ser mayor o menor, MOFFITT, T. E., «Adolescence-limited and life-course-persistent antisocial behavior: A developmental taxonomy», *Psychological Review*, 100, 4, 1993, pp. 684-686.

(15) GOTTFREDSON, M. R. y HIRSCHI, T., *A general theory of crime*, Stanford: Stanford University Press, 1990, p. 136.

(16) SERRANO MAÍLLO, A., *El problema de las contingencias en la teoría del autocontrol. Un test de la teoría general del delito*, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid: Dykinson, 2013, pp. 286-288; VILLAVIEJA BECK, M. A. y CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I., «La piratería doméstica y el autocontrol: Un estudio exploratorio entre universitarios», *Boletín Criminológico*, 166, 2016, p. 6.

(17) Más sencillo es el estudio del tiempo pasado antes del reingreso –algo que tampoco se confunde con la terminación–, pero no hemos tenido acceso a las fechas relevantes.

(18) LAUB y SAMPSON, *op. cit.*, p. 22.

(19) LAUB y SAMPSON, *op. cit.*, p. 22.

## II. LAS VARIAS VERSIONES DEL ENFOQUE DEL APOYO SOCIAL

Un problema a mi juicio fundamental del enfoque del apoyo social, algo ciertamente habitual en nuestra disciplina, es que no ha sido expuesto de modo sistemático. En efecto, se encuentra descrito a lo largo de artículos y capítulos de libro que se solapan y cuya relación entre sí a menudo no queda clara. Parafraseando la idea durkheimiana de Bernstein, es un intento de hacer Criminología *en profundidad* mediante Criminología *en extensión*(20). Si este es un problema en general, se agrava en este caso porque, como vamos a ver, varias de las versiones del apoyo social no son compatibles entre sí(21). Comencemos por exponer cinco distintas propuestas que abarca el enfoque, sin ánimo de exhaustividad.

En primer lugar, el enfoque incluye la ya mencionada teoría causal explicativa de la criminalidad, la desviación y otros fenómenos tanto a nivel micro como macro que hipotetiza efectos tanto directos como indirectos(22). Cullen y sus asociados escriben que «el apoyo social previene el delito»(23); «es una condición que protege contra el delito»(24). Esto incluye que el apoyo social es una causa de la conformidad. Se trata de una visión *general* del apoyo social que Cullen reconoce expresamente: «generalmente reduce la infracción de las leyes»(25). Nuestro argumento no descansa sólo en esta evidencia textual, sino en el hecho habitual de que hallazgos favorables a las hipótesis causales directas o indirectas del apoyo social sobre el delito se citan como pruebas favorables al enfoque del apoyo social(26). Empleamos aquí *indirecto* en su sentido estricto de efecto mediado

(20) BERNSTEIN, B., *Class, codes and control*, 3. *Towards a theory of educational transmission*, London: Routledge and Kegan Paul, 1975, pp. 67-73.

(21) Esto es válido al menos para la *explicación* del delito desde una óptica popperiana, lo que aquí nos ocupa.

(22) CULLEN, WRIGHT y CHAMLIN, *op. cit.*, p. 193; CULLEN, F. T. y WRIGHT, J. P., «Liberating the anomie-strain paradigm: Implications from social-support theory», en *The future of anomie theory* (N. Passas y R. Agnew eds.), Boston, Mass.: Northeastern University Press, 1997, p. 194; THOITS, P. A., «Mechanisms linking social ties and support to physical and mental health», *Journal of Health and Social Behavior*, 52, 2, 2011, p. 149.

(23) COLVIN, M., CULLEN, F. T. y VANDER VEN, T., «Coercion, social support, and crime: An emerging theoretical consensus», *Criminology*, 40, 1, 2002, p. 24.

(24) CULLEN, WRIGHT y CHAMLIN, *op. cit.*, p. 204.

(25) CULLEN, «Social support as organizing concept for Criminology», *op. cit.*, p. 551.

(26) CHOUHY, C., «Social support and crime», en *Handbook on crime and deviance* (M. D. Krohn et al. eds.), Cham: Springer, 2019, *passim*.

por otra variable, que es un efecto causal(27). Esta advertencia no es baladí porque a menudo la literatura también se refiere a efectos de interacción y otros con el término *indirecto*. Esta versión, en la que centraremos nuestros principales esfuerzos, puede considerarse parsimoniosa, al menos en comparación con las que siguen.

En segundo lugar, el apoyo social se hipotetiza como una *variable secundaria* o como una *contingencia* de otras teorías generales(28), que no por ello pierden su autonomía(29). Así, por ejemplo, se conjetura que el apoyo social durante la infancia influye en la vinculación de los individuos a sus familias y otras instituciones(30); que afecta al autocontrol(31); o que puede interaccionar con la vinculación y con el autocontrol(32). Tampoco representan una integración en sentido estricto con la teoría general de la frustración las propuestas de que la frustración interacciona con el apoyo social para moderar la ira u otras emociones negativas; y de que estas emociones interaccionan con el apoyo social para moderar la criminalidad –o bien que las asociaciones son de mediación(33). Quizá si la frustración no pudiera traducirse en criminalidad sin la ausencia del apoyo social estaríamos ante una teoría integrada. Por este motivo tiene razón Robbers cuando presenta el test de una interacción entre apoyo social y frustración en la causación del delito como un contraste de la teoría general de la frustración(34).

Cullen y Wright sostienen que «el paradigma de la anomia-frustración –la teoría general de la frustración y la teoría de la anomia institucional– podría ampliarse más allá si considerara el rol del «apoyo social» en la causación del delito»(35). Puesto que *ampliarse*

---

(27) BEAVER, K. M., BOUTWELL, B. B. y BARNES, J. C. C., «Social support or biosocial support? A genetically informative analysis of social support and its relation to self-control», *Criminal Justice and Behavior*, 41, 2014, p. 466. Estos autores sostienen que el apoyo social tiene un efecto causal sobre el autocontrol, si bien los datos no biológicos que utilizan proceden de autoinformes de adolescentes, 459. Desde un punto de vista teórico, esto puede interpretarse como que el apoyo social causa el delito de modo indirecto (a) o como que es una influencia más del autocontrol (b). Nos inclinamos por la primera opción en el caso de este estudio.

(28) SERRANO MAÍLLO, *El problema...*, *op. cit.*, pp. 400-402.

(29) CHOUHY, CULLEN y LEE, *op. cit.*, pp. 205-216; CULLEN y WRIGHT, *op. cit.*, pp. 195-199.

(30) COLVIN, CULLEN y VANDER VEN, *op. cit.*, p. 24.

(31) CULLEN, WRIGHT y CHAMLIN, *op. cit.*, p. 193. Como en: apoyo→Z→Y (b *supra* en nota 27).

(32) THOITS, «Mechanisms linking social ties...», *op. cit.*, p. 146.

(33) THOITS, «Stress and health...», *op. cit.*, p. 46.

(34) ROBBERS, M. L. P., «Revisiting the moderating effect of social support on strain: A gendered test», *Sociological Inquiry*, 74, 2004, pp. 546 y 562.

(35) CULLEN y WRIGHT, *op. cit.*, p. 188, de donde procede el texto citado, y 199-202.

*más allá* no es un concepto epistemológico, no queda clara la sugerencia de los autores, pero al menos incluye completar teorías preexistentes sin afectar a su autonomía(36). En otro lugar, Cullen y sus seguidores utilizan el famoso término mertoniano «teoría de alcance medio» y escriben que «La perspectiva del apoyo social [...] no pretende explicar todo el comportamiento criminal. Tampoco sostiene que otras teorías denominadas rivales sean incorrectas. Más modestamente, la perspectiva considera que el apoyo social está implicado en virtualmente todas las áreas de la vida social y a lo largo de todos los estadios del curso de la vida»(37). Vistas así las cosas, el apoyo social operaría como una variable secundaria o contingencia, cuya relevancia en un segundo plano no es ciertamente negada por las teorías generales(38).

Tercero. Se ha sostenido que parte del valor de la teoría del apoyo social descansa en la integración(39). Es una teoría integrada en sentido estricto la combinación entre las teorías del apoyo social –en su versión causal, parsimoniosa que da inicio al presente listado– y la de la coerción(40). Las apuestas fundamentales de esta propuesta integrada son la relación entre coerción y apoyo social; y su insistencia en que ambas pueden entregarse de modo consistente o errático(41). Cuando el apoyo social tiene un carácter consistente, los individuos experimentan bajos niveles de ira y desarrollan un alto autocontrol y sólidos vínculos sociales, lo cual les aleja del delito y la desviación y los problemas de salud mental, mostrando niveles elevados de comportamiento prosocial. También muestran una implicación criminal relativamente baja quienes sufren coerción consistente, aunque tien-

---

(36) En otro momento, Cullen y Wright parecen proponer una teoría integrada cuando afirman que la frustración sólo causará el delito cuando interaccione con *otras* variables como el apoyo social y escriben que «Hasta que no se afronte esta cuestión, los tests de la teoría de la frustración estarán mal especificados», CULLEN y WRIGHT, *op. cit.*, pp. 190-191, cita tomada de 191. Estos autores, pues, parecen salirse aquí de los límites específicos de la teoría general de la frustración; más cuando añaden que «una teoría completa de la frustración no es meramente una teoría de las fuentes de frustración sino de cómo las personas responden a las frustraciones», 193.

(37) CHOUHY, *op. cit.*, p. 216; CHOUHY, CULLEN y LEE, *op. cit.*, p. 205, de donde se toma el pasaje. En Criminología, la mayor parte de las teorías pueden considerarse de alcance medio.

(38) SERRANO MAÍLLO, *El problema...*, *op. cit.*, p. 401.

(39) CHOUHY, *op. cit.*, pp. 222-223.

(40) De otra opinión, sosteniendo que no se trata de una teoría integrada sino de una versión de la frustración, KURTZ, D. L. y ZAVALA, E., «The importance of social support and coercion to risk of impulsivity and juvenile offending», *Crime and Delinquency*, 63, 2016, p. 1843.

(41) COLVIN, CULLEN y VANDER VEN, *op. cit.*, pp. 26-27.

den hacia los problemas mentales y la depresión. La criminalidad aparece en los casos de apoyo social y/o coerción errática. Este modelo integrado, por último, hace depender la manifestación concreta de las propensiones anunciadas de si el individuo goza de acceso a *fuentes ilícitas de apoyo social*(42).

Finalmente, el apoyo social es un «concepto organizativo» con una influencia general en Criminología(43). De nuevo, el hecho de que *concepto organizativo* no sea un concepto epistemológico dificulta la comprensión de esta dimensión(44). Aquí parece superarse la segunda propuesta antes señalada al proponer que el apoyo social intervendría en una generalidad de variables o mecanismos conducentes a la criminalidad o la conformidad, al margen del marco teórico del que procedan, ya sea como antecedente, mediador o moderador.

Un quinto punto es que Wright y Cullen hayan mantenido en otro lugar que el apoyo social sería una dimensión o quizá incluso un mero indicador de otro constructo: la «eficacia parental». En ello se inspiran en la teoría de la eficacia colectiva y, aunque en propiedad la eficacia parental debería ser «la capacidad para la acción eficaz», escriben que «los padres difieren en hasta qué punto son capaces de afrontar de modo efectivo la tarea de limitar la delincuencia de sus hijos» y que «La eficacia colectiva se refiere, al nivel agregado, a la habilidad de una comunidad para proporcionar apoyo y ejercer control»(45). Pese a que esta propuesta parece inductiva y quizá circular –una meta común puede ser el apoyo social recíproco–; y pese a que la idea de *eficacia colectiva* es un mecanismo propio de una comunidad que, aunque lícito, pierde sentido cuando trata de adaptarse a un grupo muy pequeño de personas como una familia(46); su problema básico es que la eficacia colectiva es un constructo del con-

---

(42) COLVIN, CULLEN y VANDER VEN, *op. cit.*, pp. 27-33. No en vano, Cullen fue alumno de Cloward.

(43) CULLEN, «Social support as organizing concept for Criminology», *op. cit.*, p. 527; el mismo autor rechaza en otro lugar que la agencia humana pueda considerarse como un concepto organizativo, CULLEN, F. T., «Choosing our criminological future: Reservations about human agency as an organizing concept», *Journal of Developmental and Life-Course Criminology*, 3, p. 375, pero sin aclarar de qué se trata –ni definir *agencia*.

(44) El autor utiliza también el término *paradigma*, CULLEN, «Choosing our criminological future...», *op. cit.*, p. 375, pero no parece hacerlo en un sentido técnico.

(45) WRIGHT, J. P. y CULLEN, F. T., «Parental efficacy and delinquent behavior: Do control and support matter?», *Criminology*, 39, 2001, pp. 677-678 y 691.

(46) Sobre la idea de eficacia colectiva, vid. SERRANO MAÍLLO, A., *La persistencia de los enfoques subculturales y del conflicto normativo. Una revisión desde la perspectiva del control social en Criminología*, Madrid: Iustel, 2019, pp. 174-182.

trol social (informal) y encuentra su origen en la vinculación(47): una comunidad puede ser alta en eficacia colectiva sin apoyarse unos a otros y sin ni siquiera caerse bien(48).

Como hemos avanzado, la consideración fundamental es que estas cuatro, realmente cinco versiones no son compatibles entre sí. Por poner un ejemplo, tomando en serio el modelo integrado de Colvin y otros, o bien la etiología del delito se encuentra siempre influenciada por el apoyo social o bien la coerción puede ser una causa independiente. Por supuesto, cabe aducir la existencia de varios cursos causales distintos, pero esto nos conduce a un enfoque que no sólo cuenta con sus propias dificultades –como explicitar bajo qué condiciones se dan unas u otras vías–, sino que por definición es científicamente inferior a otro general(49).

### III. LA TEORÍA CAUSAL DEL APOYO SOCIAL EXPLICATIVA DE LA CRIMINALIDAD Y OTROS OBJETOS

Frente a la evocación de factores con una connotación *negativa* para explicar la criminalidad propia de la teoría criminológica mayoritaria, Cullen propone lo que sería uno con connotación *positiva*: el apoyo social. De este modo se ofrece una imagen optimista del ser humano y, por ende, del investigador; a la par que probablemente alejándose de la idea weberiana de *ciencia libre de valores*(50). La idea básica es estudiar no *cómo se desintegran* las estructuras que previenen el delito, sino *cómo se conservan*(51). La vieja teoría de que *el mal causa el mal*(52) se sustituye por la de que *el bien causa el*

(47) KORNHAUSER, R. R., *Social sources of delinquency. An appraisal of analytic models*, Chicago y London: University of Chicago Press, 1978, p. 62 por ejemplo.

(48) SAMPSON, R. J., *Great American city. Chicago and the enduring neighborhood effect*, Chicago y London: The University of Chicago Press, 2012, pp. 149-178.

(49) POPPER, K. R., *Objective knowledge. An evolutionary approach*, ed. revisada, Oxford y New York: Oxford University Press, 1979, pp. 12-14.

(50) CULLEN, F. T., WRIGHT, J. P., BROWN, S., MOON, M. M., BLANKENSHIP, M. B. y APPLGATE, B. K., «Public support for early intervention programs: Implications for a progressive policy agenda», *Crime and Delinquency*, 44, p. 187; CULLEN, WRIGHT y CHAMLIN, *op. cit.*, pp. 191, 197 y 203.

(51) CULLEN, «Social support as organizing concept for Criminology», *op. cit.*, pp. 527-528.

(52) COHEN, A. K., «Multiple factor approaches», en *The Sociology of crime and delinquency* (M. E. Wolfgang ed.), New York y London: John Wiley and sons, 1962, p. 79.

*bien*(53). No hay acuerdo sobre las fuentes del enfoque del apoyo social en Criminología –como repetiré, esto no es baladí. Por un lado, a menudo se menciona la tradición de la frustración(54); mientras que, por otro, se apunta a la Escuela de Chicago(55), de la cual Cullen y sus colegas escriben que hizo hincapié en «redes organizadas de relaciones humanas [que] pueden ayudar a las personas a satisfacer necesidades tanto expresivas como instrumentales»(56). Estos dos orígenes son difíciles de compatibilizar entre sí ya que, aunque ciertamente la teoría no fue en lo que más destacó, la Escuela de Chicago no es el origen de las teorías de la frustración, aunque sí de varias otras(57). La del apoyo social, además, no es una teoría del control social puesto que aquél también influye en el delito como moderador, con lo que se concede que éste requiere tanto de controles como de impulsos. Dicho con otras palabras y al revés que en el caso del control social, existen variables que motivan significativamente a delinquir por un lado(58) y la ausencia de apoyo social no implica criminalidad de modo necesario por otro(59). Para complicar más las cosas, Pratt y Godsey afirman que la teoría del apoyo social –o, como la denominan ellos, teoría del altruismo– se basa en las teorías del avergonzamiento reintegrador, del capital social, de la idea de Cullen del apoyo social como concepto organizativo en Criminología (*sic*), de la teoría de la anomia institucional y de la del altruismo social de Chamlin y Cochran (*sic*)(60).

---

(53) Esto es lo mismo bajo *otra descripción*, con la paradoja de que para la tradición de la frustración *el bien es la causa del mal*.

(54) CULLEN y WRIGHT, *op. cit.*, p. 193; KURTZ y ZAVALA, *op. cit.*, p. 1842.

(55) THAMES, K. M. y MCCALL, P. L., «A longitudinal examination of the effects of social support on homicide across European regions», *International Journal of Conflict and Violence*, 8, 2, 2014, p. 244.

(56) COLVIN, CULLEN y VANDER VEN, *op. cit.*, p. 24; vid. igualmente CULLEN, «Social support as organizing concept for Criminology», *op. cit.*, p. 531.

(57) KORNHAUSER, *op. cit.*, p. 245.

(58) BREZINA, T. y AZIMI, A. M., «Social support, loyalty to delinquent peers, and offending: An elaboration and test of the differential social support hypothesis», *Deviant Behavior*, 39, 2018, p. 655.

(59) Cullen concede una notable atención a la tradición del control con un tono crítico, CULLEN, «Social support as organizing concept for Criminology», *op. cit.*, p. 545, convirtiéndola en incompatibles con la suya; CULLEN, WRIGHT y CHAMLIN, *op. cit.*, p. 191; CULLEN, F. T., LEE, H. y BUTLER, L. C., «A theory of commitment and delinquency», *Advances in criminological theory*, 25 (J. C. Oleson y B. J. Costello eds.), 2019, pp. 216-229; WRIGHT y CULLEN, *op. cit.*, pp. 680-681 y 695-696.

(60) PRATT, T. C. y GODSEY, T. W., «Social support and homicide: A cross-national test of an emerging criminological theory», *Journal of Criminal Justice*, 30, 2002, p. 590; PRATT, T. C. y GODSEY, T. W., «Social support, inequality, and homicide: A cross-national test of an integrated theoretical model», *Criminology*, 41, 3, 2003, p. 613.

Cullen y sus colegas sostienen que apoyo social es la «provisión (o provisión percibida) de asistencia por parte de comunidades, redes sociales y personas próximas con quienes se tiene confianza para satisfacer las necesidades instrumentales o expresivas de los individuos»(61); «la provisión de recursos afectivos y/o instrumentales (o materiales) [...] el proceso de transmitir varias formas de capital –humano, cultural, social y material»(62). Siguen en su definición a Lin, para quien el apoyo social está compuesto por «las provisiones percibidas o reales, instrumentales y/o expresivas proporcionadas por la comunidad, redes sociales o parejas con quienes se tiene confianza»(63). Dong y Krohn escriben que «Proposiciones de apoyo social implican que redes organizadas de relaciones humanas ayudan a las personas a afrontar un conjunto de necesidades y deseos a lo largo del curso de la vida, el cual previene el comportamiento criminal»(64). Para Kort-Butler, el apoyo social se refiere a los «recursos sociales en los que uno se puede apoyar a la hora de enfrentarse a los problemas vitales y a las fuentes de estrés»(65). Con un matiz reductor, Robbers escribe que el «Apoyo social es [...] conocimiento que una persona tiene de que él o ella es valorado, querido y pertenece a una red de apoyo emocional mutuo»(66). Por su parte, Thoits ofrece la siguiente definición: «asistencia emocional, informativa o práctica de otros significativos, tales como miembros de la familia, amigos o compañeros de trabajo», aclarando que la asistencia puede ser efectivamente recibida de otros o «simplemente percibirse que está disponible para cuando se necesite»(67). Woo y sus colegas ofrecen una definición para el ámbito penitenciario que es básicamente «provisión de servicios»(68). A nivel agregado, Chamlin y Cochran matizan el

(61) COLVIN, CULLEN y VANDER VEN, *op. cit.*, p. 20.

(62) CULLEN, WRIGHT y CHAMLIN, *op. cit.*, p. 190.

(63) LIN, N., «Conceptualizing social support», en *Social support, life events, and depression* (N. Lin *et al.* eds.), Orlando: Academic Press, 1986, p. 18.

(64) DONG, B. y KROHN, M. D., «The protective effects of family support on the relationship between official intervention and general delinquency across the life course», *Journal of Developmental and Life-Course Criminology*, 3, 2017, p. 43.

(65) KORT-BUTLER, L. A., «Social support theory», en *The Encyclopedia of juvenile delinquency and Justice* (C. J. Schreck ed.), New York: Wiley-Blackwell, 2018, p. 819.

(66) ROBBERS, *op. cit.*, p. 547.

(67) THOITS, «Stress and health...», *op. cit.*, p. 46; THOITS, «Mechanisms linking social ties...», *op. cit.*, p. 146; aunque vid. también THOITS, P. A., «Stress, coping, and social support processes: Where are we? What next?», *Journal of Health and Social Behavior*, número extra, 1995, p. 64.

(68) WOO, Y., STOHR, M. K., HEMMENS, C., LUTZE, F., HAMILTON, Z. y YOON, O.-K., «An empirical test of the social support paradigm on male inmate



concepto de apoyo social al denominarlo «altruismo social» y entenderlo como «la disposición de comunidades a dedicar recursos escasos distintos del apoyo (*beneficence*) estatal a la ayuda y sostén de sus miembros»(69).

Siguiendo a la literatura, el apoyo social contaría con varias dimensiones y/o tipos(70).

a) Agregado o institucional e individual. En el primer caso, el apoyo social procede de organizaciones agregadas como el Estado o instituciones dependientes del mismo, entidades privadas, asociaciones, barrios, etc.; y, en el segundo, de individuos particulares, normalmente cercanos al agente. Acabamos de ver que algunos autores excluyen el apoyo estatal(71). Atendiendo a su origen, el apoyo social puede proceder de grupos primarios como la familia o los amigos; o secundarios, como la escuela en el caso de los jóvenes.

b) Formal e informal, dependiendo de si procede de entidades oficiales como las asistenciales, de oferta de empleo, etc. siguiendo procedimientos regulados; o de relaciones sociales.

c) La literatura también menciona los efectos directos o indirectos. En el estricto terreno de la criminalidad, el apoyo social puede reducir la probabilidad de cometer hechos delictivos actuando a modo de control; o bien diluyendo el impacto de causas del crimen, como la frustración o las definiciones favorables al delito.

d) Percibido; o bien recibido, cuando el apoyo ha llegado de modo efectivo. El apoyo social percibido incluye tanto el sentimiento de que se ha recibido por un lado como la creencia en que se podrá disponer del mismo cuando se necesite por otro. Esta diferenciación es a mi juicio importante.

e) El apoyo puede consistir en provisiones para el manejo de cuestiones prácticas, en información para la resolución de problemas

---

society», *International Journal of Comparative and Applied Criminal Justice*, 40, 2, 2016, p. 147.

(69) CHAMLIN, M. B. y COCHRAN, J. K., «Social altruism and crime», *Criminology*, 35, 2, 209-211, cita tomada de 209.

(70) CHOUHY, *op. cit.*, pp. 215-216; CHOUHY, CULLEN y LEE, *op. cit.*, pp. 205; CLONE, S. y DEHART, D., «Social support networks of incarcerated women: Types of support, sources of support, and implications for reentry», *Journal of Offender Rehabilitation*, 53, 2014, pp. 505-507; COLVIN, CULLEN y VANDER VEN, *op. cit.*, pp. 24-25; CULLEN, «Social support as organizing concept for Criminology», *op. cit.*, 530; KORT-BUTLER, *op. cit.*, pp. 820 y 823; THOITS, «Stress, coping, and social support processes...», *op. cit.*, p. 64; THOITS, «Stress and health...», *op. cit.*, p. 46; THOITS, «Mechanisms linking social ties...», *op. cit.*, pp. 146 y 150.

(71) CHAMLIN y COCHRAN, *op. cit.*, p. 209.

o en apoyo emocional, distinguiéndose entonces un apoyo instrumental, informativo y expresivo.

f) Algunas de las dimensiones o tipos recién mencionados parecen solaparse tanto dentro de cada categoría como entre algunas de ellas. Como se ha adelantado de pasada, a pesar de la denominación de la teoría, el apoyo social sólo tiene efectos preventivos del delito cuando se recibe *de modo consistente*. En este supuesto, verbigracia, se previene la frustración y la ira y se genera un control social fuerte e internalizado. Sin embargo, la «provisión errática de apoyo social permite a la persona bascular hacia exploraciones criminales, a menudo como parte de una búsqueda de fuentes alternativas de apoyo social»(72). En otras palabras, el apoyo social puede *prevenir o favorecer* la criminalidad según sea consistente o errático. Quizá pueda asumirse que también puede ser *neutro*, en cuyo caso quizá carecería de consecuencias.

Martí y Cid introducen una diferenciación semejante: apoyo social *suficiente o insuficiente*. Apuntan que si el primero favorecería la conformidad, el segundo haría lo propio con la desviación. Escriben que «el análisis cualitativo muestra que los lazos familiares pueden ser un factor de tensión, concretamente cuando su *apoyo instrumental* en la etapa postpenitenciaria no es suficiente para cubrir las necesidades básicas»(73).

g) El apoyo social puede diferenciarse según la licitud de sus fuentes. Su origen puede encontrarse en «fuentes respetuosas de las normas, cuya asistencia favorece la conformidad, o [bien] puede proceder de fuentes ilegítimas que promueven el comportamiento criminal»(74). Cullen cree que cuando se bloquean las fuentes legítimas de apoyo social éste se puede buscar en el campo de lo ilícito, en el cual además cabe que se adquieran habilidades y competencias para la criminalidad y se pase a formar parte de organizaciones delictivas. En otras palabras y pese a la terminología, el apoyo social puede de nuevo *prevenir o favorecer* la criminalidad.

h) Sin conformar quizá una dimensión en sentido estricto, algunos autores enfatizan el *aspecto cualitativo* del apoyo social, de modo que la efectividad de éste dependería de que alcanzara un mínimo

---

(72) COLVIN, CULLEN y VANDER VEN, *op. cit.*, pp. 24-25, de donde se toman las citas; CULLEN, WRIGHT y CHAMLIN, *op. cit.*, p. 193.

(73) MARTÍ, J. y CID, J., «Encarcelamiento, lazos familiares y reincidencia. Explorando los límites del familismo», *Revista Internacional de Sociología*, 73, 1, 2015, p. 11 (énfasis añadido).

(74) COLVIN, CULLEN y VANDER VEN, *op. cit.*, p. 25, donde se encuentran los entrecomillados; CULLEN, «Social support as organizing concept for Criminology», *op. cit.*, p. 544.

grado de calidad en las relaciones, de densidad en las redes sociales o de frecuencia en las interacciones(75).

Los defensores de la teoría insisten en que, a nivel individual, «Independientemente de que el apoyo social se reciba de programas sociales gubernamentales, de comunidades, de redes sociales, de familias, de relaciones interpersonales o de agentes del Sistema de Administración de Justicia, *reduce la participación en la criminalidad*»; el «apoyo social está relacionado negativamente con el comportamiento criminal», «el apoyo social afecta al delito a lo largo del curso de la vida. La falta de apoyo social contribuye al inicio y persistencia de la criminalidad», «estas vías que promueven o previenen la desistencia están unidas por un factor común: la presencia o ausencia de apoyo social»(76). Lo que se describe es un efecto general(77): puesto que el apoyo social «reduce la [...] participación en la criminalidad», «reduce el delito» y favorece el desistimiento(78). Como ya sabemos, el apoyo social puede influir directa o indirectamente (en sentido estricto) sobre el delito, pero también puede afectar a otras causas del mismo, desplegando un efecto protector(79), esto es lo que se puede llamar una vía causal *indirecta en un sentido extendido*. El apoyo social que se puede recibir por los individuos depende de las condiciones estructurales de cada sociedad, esto es una transición macro-a-micro. Concretamente, la posición que cada uno ocupa en dicha estructura social influye en la cantidad y calidad del apoyo social al que puede aspirar. Así, barrios, ciudades, regiones... se diferencian por el apoyo social que ofrecen a sus residentes tanto en tér-

(75) CHOUHY, CULLEN y LEE, *op. cit.*, p. 212; MIROWSKY, J. y ROSS, C. E., *Social causes of psychological distress*, 2.ª ed., New York: Aldine de Gruyter, 2003, p. 213; SKEEM, J. L., J. E. LOUDEN, D. POLASCHEK y J. CAMP, «Assessing relationship quality in mandated community treatment: Blending care with control», *Psychological Assessment*, 19, 2007, pp. 397, 399 y 406-407. Este aspecto acerca *peligrosamente* el apoyo social a los vínculos sociales desde un punto de vista conceptual.

(76) CHOUHY, CULLEN y LEE, *op. cit.*, p. 205; CULLEN, «Social support as organizing concept for Criminology», *op. cit.*, 527 (énfasis añadido).

(77) CULLEN, «Social support as organizing concept for Criminology», *op. cit.*, p. 551.

(78) CHOUHY, *op. cit.*, p. 220; CULLEN, «Social support as organizing concept for Criminology», *op. cit.*, p. 527. En realidad, no sólo muchas de las teorías que se analizan bajo esta denominación de desistimiento son igualmente teorías generales – como la del control social informal dependiente de la edad–, sino que todas las teorías generales individuales importantes contemporáneas abordan el desistimiento, aunque sólo sea para echar agua sobre su relevancia. Con esto no queremos decir que no pueda haber teorías expresamente centradas en el mismo, aunque sí que su bajo contenido empírico frente a sus compañeras las haría poco interesantes.

(79) CULLEN y WRIGHT, *op. cit.*, p. 194.

minos instrumentales, por ejemplo de tipo económico, como informativos y emocionales(80).

La teoría del apoyo social incluye, aparte de esta explicación de nivel micro –menos probable será que un individuo delinca según sea mayor el apoyo social que recibe; apoyo que está influenciado por factores macro–, otra de nivel macro en sentido estricto –esto es sobre tasas en vez de individuos(81). Este nivel, por lo tanto, va más allá de la propuesta de transiciones macro-a-micro. Como vamos a ver, existe un paralelismo entre los niveles individual y agregado o macro: las comunidades, sostiene Cullen, varían en su habilidad para incluir redes sociales que proporcionen recursos instrumentales y expresivos para afrontar las exigencias del día a día, de modo que cuanto más apoyo social exista en una comunidad, menor será la tasa de criminalidad que soporte(82). En efecto, la teoría apunta que según las sociedades y los barrios, ciudades y regiones intranacionales atiendan de modo más eficiente las necesidades de sus miembros, por ejemplo mediante ayudas sociales o voluntariado; y ofrezcan mayor sustento a sus miembros y los grupos a que pertenecen, menores serán las tasas de criminalidad de dichas unidades. De nuevo, estas medidas reducen las tasas de criminalidad de modo directo y sirven (indirectamente) de contrapeso a causas de la criminalidad a nivel agregado como la desigualdad o la anomia. Por todo ello Cullen afirman que «a lo largo de naciones y comunidades, las tasas de criminalidad varían de modo inverso al nivel de apoyo social»(83).

Desde el punto de vista del control y prevención del delito, la teoría del apoyo social propone programas de intervención temprana aplicados a niños en riesgo y sus familias; programas comunitarios para jóvenes en riesgo; y el tratamiento rehabilitador de delincuentes conocidos, incluidos los institucionalizados, que abarque el desarrollo de habilidades, el consejo y acompañamiento por parte de individuos prosociales y la conservación de los lazos con las comunidades de origen, en contraste con prácticas penitenciarias que llevan al aislamiento. El apoyo social contaría con la ventaja de ser manipulable(84). Igualmente, la teoría apunta a reformas sociales que atiendan

---

(80) KORT-BUTLER, *op. cit.*, pp. 820-821.

(81) CHOUHY, *op. cit.*, p. 228; CULLEN, «Social support as organizing concept for Criminology», *op. cit.*, pp. 531-537; KORT-BUTLER, *op. cit.*, p. 821.

(82) CULLEN, «Social support as organizing concept for Criminology», *op. cit.*, p. 534.

(83) CULLEN, *Ibidem*, pp. 534-535 y 537, donde se encuentra la cita del texto.

(84) HIGGINS, G. E. y BOYD, R. J., «Low self-control and deviance: Examining the moderation of social support from parents», *Deviant Behavior*, 29, 2008, p. 391; si bien esto no implica que sea una misión sencilla, DUWE, G., «Can circles of sup-

las necesidades y el bienestar de la población y que favorezcan el voluntariado y la ayuda a los demás como valores culturales(85). Una medida más concreta es la estimulación de la beneficencia mediante incentivos fiscales(86). Casi más que estudiar la prevención del delito, la teoría del apoyo social critica las penas privativas de libertad, al menos tal y como se utilizan en la actualidad. Las prisiones se caracterizarían por la falta de apoyo social consistente y por la coerción, lo cual se traduce en un círculo vicioso que debe combatirse. En su lugar, no importa repetir que se propone un enfoque rehabilitador, al tiempo que se advierte la gigantesca inversión financiera que supondría continuar con las políticas criminales basadas en el encarcelamiento(87).

#### IV. ESTUDIOS PREVIOS

##### 1. Nivel individual de análisis

Los tests de la teoría del apoyo social pueden clasificarse, como ella misma, según su nivel de análisis(88). Comenzaremos con los referidos al individual. En su tesis doctoral, Wright utilizó una (sub) muestra representativa de 1775 jóvenes participantes en la Encuesta Nacional de Familias y Hogares de Estados Unidos y reporta que el apoyo de los padres reduce la criminalidad tanto de modo directo

---

port and accountability (CoSA) significantly reduce sexual victimization? Results from a randomized controlled trial in Minnesota», *Journal of Experimental Criminology*, 14, 4, 2018, p. 478; DUWE, G. y CLARK, V., «Blessed be the social tie that binds: The effects of prison visitation on offender recidivism», *Criminal Justice Policy Review*, 24, 3, 2013, pp. 291-292.

(85) COLVIN, CULLEN y VANDER VEN, *op. cit.*, pp. 33-37; CULLEN, WRIGHT y CHAMLIN, *op. cit.*, pp. 198-203; KORT-BUTLER, *op. cit.*, p. 825.

(86) CHAMLIN y COCHRAN, *op. cit.*, p. 221-222; CHAMLIN, M. B., NOVAK, K. J., LOWENKAMP, C. T. y COCHRAN, J. K., «Social altruism, tax policy, and crime: A cautionary tale», *Criminal Justice Policy Review*, 10, 1999, pp. 430-431.

(87) COLVIN, CULLEN y VANDER VEN, *op. cit.*, p. 34; CULLEN, WRIGHT y CHAMLIN, *op. cit.*, pp. 197 y 201-202; CULLEN, F. T., C. L. JONSON y NAGIN, D., «Prisons do not reduce recidivism: The high cost of ignoring science», *The Prison Journal*, 91, 2011, pp. 48-65.

(88) Una consideración importante es *qué cuenta* como sustento para la teoría del apoyo social. En principio, tests de otras teorías como la de la eficacia colectiva, análisis de correlación con medidas económicas, asociaciones con factores socialmente deseables... podrían considerarse relativas al *apoyo social* (a), pero serían pruebas inespecíficas. En el texto trataré de ser más concreto.

(a) BROWN, J., «Social support and crime: A State-level analysis of social support policies», *The Journal of Sociology and Social Welfare*, 43, 2, 2016, p. 138.

como indirecto contrarrestando factores de riesgo y elevando los controles(89). En otro trabajo junto a Cullen, el mismo Wright comprobó que sus dos medidas de apoyo social parental se asociaban en sentido negativo y estadísticamente significativo con la delincuencia –aunque lo mismo puede decirse de sus medidas de vinculación con los padres. A tal fin emplearon datos de la ola de 1992 del Estudio Longitudinal Nacional de Jóvenes(90). También encontraron que la *eficacia parental*, un constructo de orden superior al que ya nos hemos referido y que incluye al apoyo social de los padres entre sus indicadores, predice la conformidad tanto en su muestra en conjunto como cuando ésta se desagrega por tramos de edad(91). Con datos de internos de una prisión surcoreana, Woo y sus socios contrastaron que según un interno se viera envuelto en más actividades, menor sería su nivel de infracciones, victimaciones y criminalidad prospectiva. Dejando de lado que ésta y otras de las hipótesis que contrastan son inespecíficas –un problema habitual en la evaluación de esta teoría, algo sobre lo que volveremos–, la evidencia que reportan es mixta ya que algunas de sus medidas de apoyo social están asociadas con algunas de las variables predictoras, e incluso en algún caso los resultados dependen de la herramienta estadística empleada(92). Con datos de 1289 participantes en la sexta ola del Estudio Longitudinal Nacional de Jóvenes, Robbers observó que el apoyo social tenía un efecto directo sobre la criminalidad controlando por tres variables de la tradición de la frustración y del aprendizaje social; y que el apoyo social moderaba el efecto de una de las variables de la frustración sobre el delito(93). Sin embargo, el efecto moderador para las otras dos fuentes de frustración no pudo establecerse(94). Martínez y Abrams resumieron 13 estudios cualitativos realizados en Estados Unidos entre 1998 y 2010 y concluyen que, en el caso del apoyo procedente de pares, éstos ofrecen tanto un sentimiento de pertenencia como oportunidades y tentaciones para el delito; y que en el de los familiares se generan tanto vínculos protectores como expectativas irreales y la reaparición de dinámicas negativas. Más allá de un apoyo social *bueno* y otro *malo* para el desistimiento que podrían cancelarse mutuamente, estos autores resaltan «las complejidades» que aparecen en las interacciones con pares y

---

(89) CULLEN y WRIGHT, *op. cit.*, pp. 194-195.

(90) WRIGHT y CULLEN, *op. cit.*, pp. 683-687.

(91) WRIGHT y CULLEN, *op. cit.*, pp. 689-690 y 693-695.

(92) WOO, STOHR, HEMMENS, LUTZE, HAMILTON y YOON, *op. cit.*, pp. 155-159, 150-152 para los métodos.

(93) ROBBERS, *op. cit.*, pp. 550-554 y 555-556.

(94) ROBBERS, *op. cit.*, p. 559.

con familiares: las primeras pueden ser muy estresantes; mientras que las segundas pueden comprometer el apoyo debido a expectativas demasiado elevadas(95). La información del trabajo de Kurtz y Zavala procede de bandas juveniles de once ciudades norteamericanas. Aunque sus intereses son algo más amplios, señalan que el apoyo social de los padres reduce la impulsividad por un lado y la criminalidad por otro en una muestra de 4317 sujetos(96). Con datos de autoinforme de 425 estudiantes universitarios estadounidenses, Higgins y Boyd comprobaron mediante modelos de ecuaciones estructurales que el apoyo social parental moderaba el impacto del autocontrol sobre la desviación(97). Dong y Krohn utilizaron datos del Estudio de Desarrollo Juvenil de Rochester y reportan que el apoyo social familiar se asociaba con niveles más bajos de criminalidad controlando por un elevado número de variables –aunque ni autocontrol ni pares delinquentes. Esto es válido tanto para el apoyo expresivo como instrumental para el caso de jóvenes y para el instrumental para el caso de adultos(98). El objeto fundamental de este estudio se refiere al etiquetamiento, pero la estrategia A\*B para el test de interacciones que emplean(99) no es válida fuera del modelo lineal(100). Brezina y Azimi encuentran en la Encuesta Nacional de Jóvenes que el apoyo que se recibe de amigos delinquentes incrementa tanto la lealtad a estos individuos desviados como la criminalidad, esto es que el apoyo social de origen ilícito favorece la criminalidad(101). En un test de la teoría integrada de la coerción y el apoyo social, Baron informa de que el apoyo social se relaciona con actividades criminales organizadas, y que esta relación está *completamente mediada* por la ira, el

(95) MARTINEZ, D. J. y ABRAMS, L. S., «Informal social support among returning young offenders: A metasynthesis of the literature», *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, 57, 2, 2013, pp. 174-175 para los detalles de la metasíntesis; 175-184, sobre todo 180 y 183, para los hallazgos, cita en 184.

(96) KURTZ y ZAVALA, *op. cit.*, pp. 1843-1848 para la información empírica y 1850-1853 para los resultados. La significación estadística en muestras tan grandes debe tomarse con cautela; por ejemplo, las cuatro razones de las ventajas de su Tabla 3 para medidas de apoyo social oscilan entre 0,9 y 0,99.

(97) HIGGINS y BOYD, *op. cit.*, pp. 395-399 sobre el método y 399-404 y 404-405 sobre todo.

(98) DONG y KROHN, *op. cit.*, pp. 52-53, 48-51 para los datos.

(99) DONG y KROHN, *op. cit.*, p. 53.

(100) SERRANO MAÍLLO, A., «Crime contemplation and self-control. A test of situational action theory's hypotheses about relative effects and interactions in crime causation», *European Journal of Criminology*, 15, 1, 2018, pp. 93-110.

(101) BREZINA y AZIMI, *op. cit.*, pp. 655-661. Esta es una hipótesis de la teoría del apoyo social.

autocontrol y el acceso a fuentes ilegítimas de apoyo social(102). Antonaccio y sus colegas, que también están interesados en la teoría integrada recién mencionada, emplearon dos muestras de hogares de dos ciudades de Bangladesh y Ucrania, de las que se habían extraído datos mediante entrevistas cara-a-cara con adultos. El sustento de la parte de la coerción de la tesis integrada no se repite para la del apoyo social(103): no observan que el apoyo social reduzca la criminalidad ni la ira a nivel individual en análisis de regresión con algunos controles. Concretamente, en sólo uno de seis esfuerzos en Bangladesh y en dos de seis en Ucrania había una conexión entre la criminalidad proyectada y el apoyo social y sólo en uno de seis esfuerzos en cada uno de los dos países el apoyo social rebajaba la ira. El bajo sustento se reitera, como era de esperar, en análisis de mediación(104) –éstos y sobre todo los adicionales sobre interacciones(105) son problemáticos desde un punto de vista analítico.

En España, la teoría del apoyo social ha sido introducida por Cid Moliné, quien interpreta sus hallazgos cualitativos junto a Martí desde esta óptica(106). Sólo existe, hasta donde sé, un contraste empírico, el de Viedma y yo mismo sobre la relación entre varias dimensiones de apoyo social previo y contemporáneo a la estancia en prisión y facilitado por individuos o instituciones por un lado y reingreso en prisión

(102) BARON, S. W., «Differential social support, differential coercion, and organized criminal activities», *Justice Quarterly*, 32, 2014, pp. 1089-1113.

(103) ANTONACCIO, O., TITTLE, C. R., BRAUER, J. R. y ISLAM, M. Z., «Supported and coerced? A cross-site investigation of the effects of social support and coercion on criminal probability», *Journal of Quantitative Criminology*, 31, 2015, pp. 73-74.

(104) ANTONACCIO, TITTLE, BRAUER y ISLAM, *op. cit.*, pp. 64 y 68; 57-62, con la información metodológica.

(105) Vid. TEIJÓN ALCALÁ, M. y SERRANO MAÍLLO, A., «Bloqueo de oportunidades y emociones negativas en la causación de infracciones deportivas. Un test de la teoría general de la frustración», *Cuadernos de Política criminal*, 127, 2019, p. 199.

(106) MARTÍ y CID, *op. cit.*, p. 9. Caben estudios cualitativos del apoyo social, CLONE y DEHART, *op. cit.*, pp. 507-508; THOITS, «Stress, coping, and social support processes...», *op. cit.*, p. 69, aunque normalmente no serán tests en sentido estricto.

Como ha sido explicado con detalle en otro lugar, la regresión logística exige un número mínimo de observaciones (SERRANO MAÍLLO, A., *Oportunidad y delito. Una metateoría sobre la motivación y la oportunidad como descripciones de los delitos como eventos*, Madrid: Dykinson, 2009, pp. 150-154, aclarando que éste es un problema independiente de otros como los relativos a la potencia estadística o al número de regresores que se pueden incluir en los modelos, 151). En el contexto de nuestro estudio, Bahr y sus colegas (BAHR, HARRIS, FISHER y ARMSTRONG, *op. cit.*, pp. 674 y 677-678) y otros autores ofrecen análisis de regresión de este tipo con muestras de 51 y 26, cifras que pueden ser insuficiente para conducir sin más análisis de este tipo.



por recaída en el delito o por incumplimiento de las condiciones impuestas para seguir en libertad en un período de alrededor de dos años y medio. Este estudio no pudo rechazar ninguna de las hipótesis nulas de ausencia de relación, si bien existe un probable problema de potencia estadística en nuestros análisis de regresión logística por un bajo número de eventos(107).

Aunque la literatura ha recurrido a medidas muy heterogéneas de apoyo social, una de las más habituales son las *visitas* durante la estancia en prisión(108). Sykes escribió en su día que «Es verdad que las visitas y la prerrogativa del correo postal en parte alivian el aislamiento del interno –si puede encontrar alguien que le visite o le escriba»(109); habida cuenta de que la «separación de la comunidad sigue siendo el hecho fundamental del encarcelamiento»(110). Bales y Mears, con datos de visitas a internos en Florida observaron que no sólo reducen la reincidencia, sino que cuando ésta tiene lugar la retrasan en el tiempo(111). El mismo Mears y sus colegas utilizaron datos oficiales sobre visitas en prisiones de ese mismo estado durante un período de 18 meses y condenas en los tres años siguientes a la excarcelación. Análisis mediante pareado por puntaje de propensión mostraron que las visitas reducían la reincidencia violenta, contra la propiedad y la relacionada con las drogas, si bien las reducciones eran modestas –y, en puridad, no todas alcanzaban la significación estadística(112). Los autores observaron igualmente que el efecto positivo dependía de *quién era el visitante*, siendo superiores en el caso de la esposa y los amigos e inferiores en el de otros familiares; así como del *número de visitas*: si una o dos apenas tenían efecto, éste también declinaba a partir de la cuarta visita más o menos, esto es que el efecto

(107) VIEDMA ROJAS y SERRANO MAÍLLO, *op. cit.*

(108) Pese a su relevancia, Cochran y Mears sostienen que la investigación empírica es relativamente pobre, COCHRAN, J. C. y MEARS, D. P., «Social isolation and inmate behavior: A conceptual framework for theorizing prison visitation and guiding and assessing research», *Journal of Criminal Justice*, 41, 4, 2013, p. 255; también MEARS, D. P., COCHRAN, J. C., SIENNICK, S. E. y BALES, W. D., «Prison visitation and recidivism», *Justice Quarterly*, 29, 6, 2012, p. 891.

(109) SYKES, G. M., *The society of captives. A study of a maximum security prison*, Princeton, NJ: Princeton University Press, 1958, p. 65.

(110) WESTERN, B., BRAGA, A. A., DAVIS, J. y SIROIS, C., «Stress and hardship after prison», *American Journal of Sociology*, 120, 5, 2015, p. 1516.

(111) BALES, W. D. y MEARS, D., «Inmate social ties and the transition to society: Does visitation reduce recidivism?», *Journal of Research in Crime and Delinquency*, 45, 3, 2008, pp. 310-318.

(112) MEARS, COCHRAN, SIENNICK y BALES, *op. cit.*, pp. 895-901 sobre los datos y 900-901 y 910 sobre los hallazgos más generales.

marginal disminuye(113). En su evaluación de las visitas en prisión en Minnesota entre 2003 y 2007, Duwe y Clark establecieron un efecto reductor de la reincidencia a lo largo de las varias medidas disponibles, resultando importantes tanto el número de visitas –cada una reducía el riesgo de recondena en un 0,1 por ciento– como de visitantes –cada visitante adicional rebajaba el riesgo de recondena en un 3 por ciento(114). El efecto dependía una vez más de quién era el visitante, con efectos criminógenos en el caso de exesposas(115). Inspirados en parte por la inconsistencia de los hallazgos, Mitchell y sus colegas realizaron un metaanálisis sobre el efecto de las visitas que se reciben en prisión y el éxito en la reentrada en la sociedad. Identificaron 16 investigaciones primarias y advierten que recibir visitas reduce la reincidencia en un 26 por ciento, un efecto que era especialmente marcado en el caso de hombres (53 por ciento de descenso), visitas conyugales y permisos temporales (36 por ciento) y periodos de seguimiento breves, inferiores a un año (53 por ciento). Los investigadores consideran que se trata de una reducción modesta(116). Woo y sus colegas encontraron una asociación entre visitas por un lado y criminalidad prospectiva y algunas formas de victimación, pero no de infracciones efectivas dentro de la prisión(117). Siennick y sus colegas también estudiaron el efecto de las visitas sobre las faltas dentro de prisiones de nuevo de Florida y concluyen que las infracciones descienden antes de las visitas, ascienden a continuación y poco a poco vuelven a los niveles iniciales con el tiempo, desapareciendo de este modo cualquier efecto significativo. Aunque éste era un patrón general, se acentuaba ligeramente en el caso de visitas de la esposa(118).

## 2. Nivel agregado de análisis

Pasemos al nivel agregado. Altheimer utilizó datos de 51 países para valorar la asociación entre apoyo social y homicidios. La medida de la variable dependiente, la media de la tasa de homicidios

(113) MEARS, COCHRAN, SIENNICK y BALES, *op. cit.*, pp. 896 y 908-910.

(114) DUWE y CLARK, *op. cit.*, pp. 282, 284 y 289, así como 277-281 sobre la metodología empleada.

(115) DUWE y CLARK, *op. cit.*, pp. 282, 284 y 290.

(116) MITCHELL, M. M., SPOONER, K., LIA, D. y ZHANG, Y., «The effect of prison visitation on reentry success: A meta-analysis», *Journal of Criminal Justice*, 47, 2016, pp. 74-81

(117) WOO, STOHR, HEMMENS, LUTZE, HAMILTON y YOON, *op. cit.*, p. 160.

(118) SIENNICK, S. E., MEARS, D. y BALES, W. D., «Here and gone: Anticipation and separation effects of prison visits on inmate infractions», *Journal of Research in Crime and Delinquency*, 50, 3, 2013, pp. 437-441.

entre 1996 y 1999 según la Organización Mundial de la Salud sometida a una transformación logarítmica(119), deja una cierta libertad al investigador(120). El autor recurrió a varios indicadores de apoyo social: gasto social, gasto en educación, gasto en salud, un índice de beneficios sociales y el Índice de Desarrollo Humano. En tres de estos cinco casos observó una asociación negativa entre apoyo social y su medida de homicidios(121). Asimismo, en cuatro de los casos se alcanzaron pruebas de una interacción entre el indicador de apoyo social empleado y heterogeneidad étnica en su efecto sobre el homicidio(122). Esto quiere decir que el efecto (criminógeno) de la heterogeneidad étnica sobre el homicidio a nivel nacional se ve moderado cuando aumenta el apoyo social. Esta investigación, por lo tanto, arroja (al menos) «apoyo parcial» para la teoría del apoyo social(123). Mediante un análisis de efectos fijos con datos oficiales de 50 estados norteamericanos, Brown escribe que «Los resultados del análisis al nivel estatal muestran algo de apoyo para esta teoría, pero también algunas excepciones»(124). Esta conclusión es sorprendente ya que la autora únicamente encuentra una asociación estadísticamente significativa en el sentido esperado por la teoría para delitos contra la propiedad y ninguna para delitos violentos(125) –puesto que para cada una de las dos variables endógenas se emplean nueve medidas de apoyo social y puesto que  $\alpha=0,05$ , el hallazgo puede atribuirse al azar. Pese a estas dudas sobre la teoría, veremos que este trabajo amerita consideraciones de validez. Chamlin y Cochran observaron que las contribuciones a cierta organización benéfica llamada United Way en casi 280 ciudades norteamericanas se relacionaban con tasas menores de delitos tanto contra las personas como contra la propiedad al nivel de las ciudades(126). Chamlin y sus colegas contrastaron la hipótesis de que las reducciones en impuestos para favorecer la benevolencia o altruismo social a nivel agregado se relacionaba con menores tasas de criminalidad –una propuesta de prevención deri-

---

(119) ALTHEIMER, I., «Social support, ethnic heterogeneity, and homicide: A cross-national approach», *Journal of Criminal Justice*, 36, 2008, pp. 106-107, con más información metodológica.

(120) Esto no descarta la legitimidad de estas medidas dado que se justifiquen correctamente, TEIJÓN ALCALÁ y SERRANO MAÍLLO, *op. cit.*, p. 198.

(121) ALTHEIMER, *op. cit.*, pp. 108-109.

(122) ALTHEIMER, *op. cit.*, p. 110.

(123) ALTHEIMER, *op. cit.*, p. 110.

(124) BROWN, *op. cit.*, pp. 141-144 para la metodología, 144-150 para los resultados, cita en 150.

(125) BROWN, *op. cit.*, pp. 148-149.

(126) CHAMLIN y COCHRAN, *op. cit.*, pp. 217-220, 209-213 sobre la metodología.

vada de la teoría del apoyo social de Cullen(127). En contra de lo esperado, comprobaron que en sus datos la razón entre el número de sujetos que realizaba aportaciones benéficas deducibles y el número total de formularios de impuestos con contribuciones deducibles por un lado y las tasas de delitos contra la propiedad y contra las personas de modo independiente por otro estaban asociados de modo positivo y marginalmente significativo desde un punto de vista estadístico. Los investigadores sostienen que estos hallazgos favorecen un modelo de *free-rider* en el que estas políticas son aprovechadas de modo egoísta y generan efectos criminógenos(128). Kim y Pridemore no encontraron apoyo empírico para la teoría al no observar asociación directa entre apoyo social en setenta y ocho áreas y homicidio en Rusia en una época en que este país se encontraba sujeto a cambios sociopolíticos profundos. El apoyo social tampoco desplegaba efectos interactivos en la relación entre cambio socioeconómico a peor y homicidios(129). En una serie de publicaciones que ameritan una aclaración, Pratt y Godsey encontraron que el apoyo social estimado con uno o dos indicadores derivados del porcentaje de Producto Interior Bruto empleado en gasto social se encontraba relacionado de modo negativo con la tasa de homicidios a nivel al menos  $\alpha=0,1$ . Los datos, procedentes de la Organización Mundial de la Salud y de Naciones Unidas, se referían a 46 países entre 1989-1995(130). Thames y McCall atendieron a la relación entre apoyo

(127) CHAMLIN, NOVAK, LOWENKAMP y COCHRAN, *op. cit.*, pp. 430-432.

(128) CHAMLIN, NOVAK, LOWENKAMP y COCHRAN, *op. cit.*, pp. 439-440, así como 433-436 sobre la metodología y 432-433 sobre la explicación del *free-rider*.

(129) KIM, S.-W. y PRIDEMORE, W. A., «Social support and homicide in transitional Russia», *Journal of Criminal Justice*, 33, 6, 2005, pp. 561-570.

(130) PRATT y GODSEY, «Social support and homicide...», *op. cit.*, pp. 592-593 sobre los datos y 594 sobre los resultados; PRATT y GODSEY, «Social support, inequality, and homicide...», *op. cit.*, pp. 617-623 y 626 para la misma información. Hemos señalado en el texto que estos dos trabajos ameritan una aclaración. Una hipótesis clave de los mismos es el rol moderador del apoyo social sobre el efecto que la desigualdad despliega sobre el delito. A tal fin y siguiendo una práctica estándar, los autores incorporan a sus modelos un término multiplicativo que en el caso de las dos publicaciones es significativo desde un punto de vista estadístico. Esto apunta a pruebas de tal efecto interactivo. El problema es que en PRATT y GODSEY, «Social support and homicide...», *op. cit.*, p. 595 el signo del término multiplicativo es positivo y negativo en PRATT y GODSEY, «Social support, inequality, and homicide...», *op. cit.*, p. 626. En el segundo caso el hallazgo favorece a la teoría del apoyo social, pero en el primero la contradice: el apoyo social exacerba los efectos de la desigualdad, esto es los hace más criminógenos. ¿Qué ha cambiado entre una y otra publicación para una alteración tan radical? En el primer caso Pratt y Godsey emplean dos indicadores de apoyo social: porcentaje del PIB empleado en sanidad y en educación pública. Los autores escriben que «Investigaciones previas han demostrado la importancia de cada

social y tasas de homicidio en regiones europeas para una serie de años –162 regiones para 2000, 200 para 2005 y 243 para 2009. Prácticamente como en el caso de Alzheimer, la tasa de homicidios está ajustada a la edad, promediada a lo largo de tres años y transformada, lo cual puede despertar alguna duda(131). Sus hallazgos ofrecen pruebas mixtas sobre la teoría: por una parte, tal y como ésta predice, observan una robusta asociación negativa entre apoyo social y homicidio a lo largo de las regiones tanto para las orientales como para las occidentales y a lo largo del tiempo para las occidentales –aunque no para las orientales–; pero, por otro, no hay indicios de que el apoyo social modere el efecto del Producto Interior Bruto(132) –aunque el contraste de interacciones mediante términos A\*B en modelos complejos puede verse comprometida. La misma McCall ahora con Brauer informa de que cambios a corto plazo en el gasto social se encuentran relacionados con reducciones a corto plazo del homicidio en 29 países europeos occidentales y del Este para los años 1994 a 2010(133).

### 3. Conclusión

Un *recuento de votos*(134) arroja un balance favorable al enfoque del apoyo social: de 25 tests revisados, 15 son pruebas a favor (60 por ciento), 5 mixtas (20 por ciento) y 5 nulas (20 por ciento). Estos estudios pueden desagregarse. Entre los 11 que, sin contar los referidos a visitas, se ubican en un nivel de análisis individual el balance es más equilibrado: 6 la favorecen (54,55 por ciento), 3 no son concluyentes (27,27 por ciento) y 2 son contrarios al modelo (18,18 por ciento). Los 6 estudios sobre visitas a nivel individual son contundentes: todos menos uno favorecen las hipótesis del apoyo social (83,33 por ciento),

---

*una (each) de estas variables para promocionar y elevar el desarrollo social», «Social support and homicide...», op. cit., p. 592 (énfasis añadido). Sin embargo, en el segundo caso el gasto en educación desaparece y el apoyo social sólo se estima con un indicador, añadiendo los autores que el mismo «viene con un grado de error de estimación», «Social support, inequality, and homicide...», op. cit., p. 621.*

(131) THAMES y MCCALL, *op. cit.*, pp. 249-251 y 255.

(132) THAMES y MCCALL, *op. cit.*, p. 258.

(133) MCCALL, P. L. y BRAUER, J. R., «Social welfare support and homicide: Longitudinal analyses of European countries from 1994 to 2010», *Social Science Research*, 48, 2014, pp. 100-103.

(134) CAMPBELL, M., MCKENZIE, J. E., SOWDEN, A., KATIKIREDDI, S. V., BRENNAN, S. E., ELLIS, S., HARTMANN-BOYCE, J., RYAN, R., SHEPPERD, S., THOMAS, J., WELCH, V. y THOMSON, H., «Synthesis without meta-analysis (SWiM) in systematic reviews: Reporting guideline», *BMJ*, 368, l6890, 2020, pp. 1-5.

aunque también son los menos específicos. Finalmente, a nivel agregado –donde existen más dudas sobre la operacionalización de la variable independiente y los controles oportunos– el panorama es equilibrado: 4 a favor (50 por ciento), 1 mixto (12,5 por ciento) y 3 nulos (37,5 por ciento). Ni que decir tiene que la revisión de la literatura no ha sido exhaustiva. Por ejemplo, muchos estudios sobre visitas y sobre variables agregadas que no mencionan expresamente el enfoque del apoyo social quizá podrían incluirse en esta revisión.

## V. VALORACIÓN DE LA TEORÍA DEL APOYO SOCIAL

En primer lugar y como se dijo, pese a la terminología, el apoyo social previene el delito *únicamente* cuando es recibido de modo consistente (y acaso suficiente), procede de fuentes legítimas y, quizá, cuando alcanza una cierta calidad –vid. *supra* letras f-h. En otro caso, los efectos pueden incluso ser criminógenos: las relaciones pueden ir más allá de la ausencia de apoyo para volverse «negativas»(135); «pueden ser tensas, conflictivas o excesivamente demandantes»(136). Como apunta Thoits, pues, el apoyo social también tiene un *lado oscuro*. Además, la misma autora añade con razón que, debido al término empleado, «la atención del investigador se enfoca lejos de los «lados oscuros» de las relaciones sociales»(137). Así, en un test en sentido estricto de la teoría del apoyo social, Brezina y Azimi insisten en este «lado oscuro» del apoyo social(138); mientras que Duwe y Clark observaron que las visitas a prisión de exesposas tienen efectos criminógenos(139); y Maruna y Toch coinciden en que aquellas pueden ser «cualquier cosa menos agradables»(140). Este lado oscuro del apoyo social (lícito) fue descrito en nuestra disciplina hace mucho tiempo por Clemmer para el ámbito penitenciario. Aunque *escribir* cartas es un «entretenimiento esencialmente placentero en comparación con muchos otros aspectos de la vida carcelaria», «Algunas cartas [...] son absolutamente derrotistas en los temas que tratan»; al

(135) SKEEM, LOUDEN, POLASCHEK y CAMP, *op. cit.*, p. 401.

(136) THOITS, «Mechanisms linking social ties...», *op. cit.*, p. 148.

(137) THOITS, «Mechanisms linking social ties...», *op. cit.*, pp. 147-148, con las citas y 150; vid. igualmente SKEEM, LOUDEN, POLASCHEK y CAMP, *op. cit.*, p. 407. Esto mismo puede decirse, por ejemplo, sobre la tradición del control social: *los vínculos* no son una *panacea sin efectos negativos*.

(138) BREZINA y AZIMI, *op. cit.*, p. 648.

(139) DUWE y CLARK, *op. cit.*, pp. 282, 284 y 290.

(140) MARUNA y TOCH, *op. cit.*, p. 167.

tiempo que *recibir las* es (incluso) menos gozoso: «Habitualmente las cartas de casa o de amigos incluyen pensamientos que producen soledad, vergüenza, revancha, sentimientos de rechazo, sentimientos de incomprensión y pena y arrepentimiento en otras formas. Es rara la carta que se recibe por un interno que contiene humor, abstracciones que no van a lo personal o ánimo sutil». Casi más negativa es la imagen que Clemmer ofrece de las visitas, «esencialmente tragedias para los participantes». No sólo para los visitados –Clemmer pone el ejemplo de que, si se trata de una esposa o novia joven, se pueden acentuar los celos o las dudas sobre la fidelidad–: también para los visitantes puede ser un shock por todo lo que rodea el encuentro, que puede requerir muchas visitas para ser superado(141).

Continuando con las visitas en prisión, como también hemos adelantado, Cochran y Mears han sostenido que encierran diversas dimensiones –duración, patrones longitudinales, tipo de visitante, experiencias durante la visita y características íntimas– y que la influencia sobre el comportamiento en realidad depende de *qué dimensión* se toma en consideración(142), ya que puede ser negativa como cuando generan estrés(143). Así, Meyers y sus asociados encontraron en datos del Proyecto de Visitas a la Prisión, de Arizona, mediante análisis de clases latentes dos grupos de visitantes: los que apoyaban (*supportive*) y los que no (*unsupportive*). Aunque el primero era mayoritario (67,1 por ciento), el tamaño del segundo no era despreciable e incluía a un tercio de la muestra (32,9 por ciento). Los encuentros con visitantes que no apoyan se caracterizaban por «mayor frustración, preferencia por menos visitas del individuo, baja provisión de guía o consejo y más discusión»(144). Los autores concluyen que «el mero hecho de ser visitado no debe entenderse como que tendrá una influencia positiva sobre uno»; las visitas son una «paradoja del desarrollo» que puede tanto favorecer la vinculación con personas

(141) CLEMMER, D., *The prison community*, Boston, Mass.: The Christopher Publishing House, 1940, pp. 224-227.

(142) COCHRAN y MEARS, *op. cit.*, pp. 256-258; también COCHRAN, J. C., «Breaches in the wall: Imprisonment, social support, and recidivism», *Journal of Research in Crime and Delinquency*, 51, 2014, pp. 200-225.

(143) COCHRAN y MEARS, *op. cit.*, p. 255; HICKERT, A., PALMEN, H., DIRKZWAGER, A. y NIEUWBEERTA, P., «Receiving social support after short-term confinement: How support pre- and during-confinement contribute», *Journal of Research in Crime and Delinquency*, 56, 4, 2019, p. 572, si bien añadiendo que incluso las visitas estresantes tienen efectos positivos.

(144) MEYERS, T. J., WRIGHT, K. A., YOUNG, J. T. N. y TASCA, M., «Social support from outside the walls: Examining the role of relationship dynamics among inmates and visitors», *Journal of Criminal Justice*, 52, 2017, p. 62, así como 59-60 acerca de los datos empleados.

amadas como «disparar respuestas emocionales adversas de los internos y los visitantes como resultado de separación, estresores previos o conflicto en la relación»(145). Ello abre la puerta a que el efecto beneficioso del apoyo social pueda depender de ulteriores dimensiones aparte de f-h, resultando incluso más contingente. Ya sabemos que las visitas pueden ser desagradables para los visitantes también(146). En segundo lugar, el modelo asume una asociación entre las visitas *durante* el internamiento y el apoyo social *cuando se salga* de prisión, lo cual sí es plausible para formas personales e individuales y de momento únicamente ha recibido un apoyo empírico parcial(147). Finalmente y más importante a nuestros intereses, es que se trata de una medida inespecífica desde un punto de vista teórico: es evidente que una asociación entre visitas y conformidad encaja con otras teorías, por ejemplo con las de la tradición del control social(148). Así, Mears y sus colegas apuntan que «las visitas pueden sostener o reforzar el *vínculo social* de un interno y, por extensión, aislar o constreñirle frente a una tendencia a delinquir»(149). Es más, Bales y el propio Mears escriben que «Quizás la justificación teórica más obvia para esperar que la visita a internos reduzca la reincidencia deriva de la teoría del *vínculo social* de Hirschi, la cual sostiene que vínculos fuertes a la familia, a los amigos y a la comunidad actúan para constreñir la tendencia a cometer delitos»(150). En efecto, la inespecificidad caracteriza algunos de los tests de la teoría causal del apoyo social.

En efecto, una cuestión habitualmente debatida es la relación entre *apoyo social* y *vinculación social* a nivel individual. Su importancia descansa en que ambas variables evocan teorías criminológicas alternativas y, de hecho, Cullen ha dedicado bastante tiempo a la crítica de

---

(145) MEYERS, WRIGHT, YOUNG y TASCIA, *op. cit.*, pp. 57 y 64; eso sí, las visitas de sujetos que apoyaban aumentaban las expectativas de apoyo instrumental al que podrían acudir los internos una vez liberados.

(146) CLEMMER, *op. cit.*, p. 225; MEYERS, WRIGHT, YOUNG y TASCIA, *op. cit.*, p. 58.

(147) HICKERT, PALMEN, DIRKZWAGER y NIEUWBEERTA, *op. cit.*, pp. 583-584 y 589.

(148) Así, MITCHELL, SPOONER, LIA y ZHANG, *op. cit.*, p. 74.

(149) MEARS, COCHRAN, SIENNICK y BALES, *op. cit.*, p. 892 (énfasis añadido), así como 894.

(150) BALES y MEARS, *op. cit.*, p. 300. A pesar de ello, MARTÍ y CID, en España no mencionan ésta de los vínculos sociales en su enumeración de teorías para el marco teórico de su trabajo, que además titulan «Explicaciones sobre la relación entre *familia* y reincidencia», *op. cit.*, p. 2 (énfasis añadido).

Naturalmente, las visitas pueden verse como una operacionalización o al menos como un proxy *directo* del vínculo.



la tradición del control social(151), llegando a afirmar que asume un individuo hedonista(152) –en las antípodas por lo tanto de su modelo. Ya sabemos que la operacionalización del apoyo social ha sido muy heterogénea(153) –lo cual en realidad no es un problema por sí mismo– e incluso discutida(154), pero muchos de los indicadores empleados son medidas válidas de vinculación social. Así, Hirschi explica que un individuo no respeta las normas cuando no le importan las expectativas que las personas tienen puestas en él o ella porque carece de *apego* hacia ellas, por ejemplo los padres(155). Puesto que Hirschi sólo pudo incluir algunos ítems en el cuestionario del que extrae los datos de *Causes of delinquency*, aquél no puede tomarse como ejemplar. El apego a los padres exige medir el sostén de éstos en relación con los hijos, la comunicación entre unos y otros y el grado de afecto(156). Por ejemplo, en tests de la teoría del apoyo social, Beaver y sus colegas emplean, entre otras, preguntas a sus sujetos sobre si les importan a sus padres, sobre si éstos les comprenden, sobre si desean abandonar el hogar, si se lo pasan bien con ellos y si les prestan atención(157); mientras que Kurtz y Zavala(158) miden el «apoyo social expresivo o emocional», empleando por cierto el término «apego (*attachment*)», con preguntas sobre si pueden hablar con sus padres, si sus padres confían en ellos, si les comprenden, si pueden pedirles consejo, si les aprecian y sobre si conocen a sus amigos. Todas ellas captan válidamente los elementos señalados del apego a los padres(159).

Apoyo y vinculación son constructos distintos(160) –es imaginable que unos padres acomodados dispuestos a todo por ayudar a su

(151) CULLEN, «Social support as organizing concept for Criminology», *op. cit.*, p. 545; CULLEN, WRIGHT y CHAMLIN, *op. cit.*, p. 191; WRIGHT y CULLEN, *op. cit.*, pp. 680-681 y 695-696.

(152) CULLEN, WRIGHT y CHAMLIN, *op. cit.*, p. 190.

(153) THAMES y MCCALL, *op. cit.*, p. 253.

(154) PRATT y GODSEY, «Social support, inequality, and homicide...», *op. cit.*, p. 620.

(155) HIRSCHI, T., *Causes of delinquency*, Berkeley [etc.]: University of California Press, 1969, pp. 85, 94, 97, 99, 113-115, 117, 120, 122-123, 127, 133-134, 141, 145, 148-149, 151-152, 154, 159, 168, 200, 224 y 229.

(156) HIRSCHI, *op. cit.*, pp. 90-93.

(157) BEAVER, BOUTWELL y BARNES, *op. cit.*, p. 460.

(158) KURTZ y ZAVALA, *op. cit.*, pp. 1846-1847.

(159) KEMPF, K. L., «The empirical status of Hirschi's control theory», *Advances in criminological theory*, 4 (F. Adler y W. Laufer eds.), 1993, p. 154; KEMPF-LEONARD, K. L., «The status of Hirschi's control theory after 50 years», *Advances in criminological theory*, 25 (J. C. Oleson y B. J. Costello eds.), 2019, p. 179.

(160) WRIGHT y CULLEN, *op. cit.*, p. 695.

prole no logren generar vínculos con ella–, pero son difíciles de separar empíricamente puesto que en la naturaleza deben correlacionar de modo muy elevado. Incluso *medidas puras* de apoyo social, ortogonales respecto a la vinculación, no podrán evitar un cierto solapamiento porque quienes proporcionan ayuda también ejercen un control sobre aquellos a quienes ayudan(161). El problema de la multicolinealidad no es ciertamente desconocido en ciencias sociales y ya Blalock apuntó que existen relaciones recíprocas tan complejas entre variables que sólo es posible separarlas mediante el recurso a la teoría(162). Así es como debe interpretarse la (inquietante) idea de Cullen y Wright de «eficacia parental»: no existiría un tal concepto *integrador* de apoyo social de los padres y de vinculación parental –quizá sí de modo autónomo de estos dos conceptos–, sino que no es posible aislar empíricamente los componentes específicos de cada uno de ellos –menos con un procedimiento limitado y problemático como el análisis factorial exploratorio(163). Lo mismo es aplicable al estudio de Beaver y otros, que encuentran altas correlaciones significativas desde un punto de vista estadístico entre apoyo social y autocontrol(164). Esta es una interpretación teórica, informada alternativa a que las medidas están asociadas porque son indicadores de una variable latente única. Una vez separados, el apoyo social puede verse como una de las vías o mecanismos a través de los cuales la vinculación social reduce la criminalidad(165) –una propuesta consistente con la tradición del control social.

Una divergencia entre ambas teorías es que en la de los vínculos sociales es decisivo el apego a personas –e instituciones– *independientemente de que sean convencionales o no*(166) o *de que los amigos incluso sean ellos mismos delincuentes o no*(167). Hirschi cree que normalmente no existirá apego en estos supuestos: *no habrá una gran amistad entre ellos*, ni su relación será cálida... en definitiva, que

(161) JACOBS, B. A., *Dealing crack. The social world of streetcorner selling*, Boston, Mass.: Northeastern University Press, 1999, p. 39; SKEEM, LOUDEN, POLASCHEK y CAMP, *op. cit.*, p. 398.

(162) BLALOCK, H. M., *Theory construction. From verbal to mathematical formulations*, Englewood Cliffs, NJ: Prentice-Hall, 1969, p. 3.

(163) WRIGHT y CULLEN, *op. cit.*, pp. 682 y 691-692.

(164) BEAVER, BOUTWELL y BARNES, *op. cit.*, pp. 463-464.

(165) THOITS, «Mechanisms linking social ties...», *op. cit.*, p. 149.

(166) HIRSCHI, *op. cit.*, pp. 97 y 229.

(167) HIRSCHI, *op. cit.*, pp. 145 y 151. Una diferencia esencial entre ambas teorías es que no cualquier tipo de apoyo social genera conformidad, lo que sí ocurre en el caso de la vinculación social.

no habrá apego entre delincuentes(168). Si lo hubiese, tenderían a no delinquir. Aparte de encontrarnos ante un potencial test decisivo, cabe preguntarse por qué unos delincuentes que realmente proporcionan apoyo social consistente y de calidad a otro no deberían conducirlo a la conformidad(169).

La teoría causal del apoyo social hipotetiza una conexión entre niveles de análisis –macro y micro, tasas y tendencias individuales–, pero la misma no es evidente. La hipótesis de que sociedades que ofrecen menos apoyo social tienden a tener tasas de criminalidad más elevadas no implica que quienes delincan sean precisamente los que gocen de menos apoyo social. En un escenario de bajo apoyo social, puede existir un incentivo para que agresores con apoyo social relativamente elevado victimicen a individuos cuya falta relativa de apoyo social dificulte la persecución del crimen. Por ejemplo, González Sánchez subraya que grupos vulnerables deben aceptar empleos bajo cualesquiera condiciones de precariedad, lo cual les expone a experiencias de victimación que pueden ser imputables a individuos con apoyo social que se aprovechan de que la renuncia de los primeros a aceptar colocaciones precarias y de riesgo les expondría a la expulsión del país(170). Esto reitera la posibilidad general de que el apoyo social pueda resultar criminógeno: los «recursos sociales [...] a la hora de enfrentarse a los problemas vitales y a las fuentes de estrés»(171) podrían contribuir a ocultar el crimen y a protegerse frente al Sistema de Administración de Justicia. Otros desarrollos abundan en los efectos potencialmente criminógenos del apoyo social. En uno de los ejemplos que recoge Serrano Gómez en su estudio sobre la corrupción en la Universidad española, distintos gobiernos o grupos han promocionado de manera arbitraria a sus correligionarios a través de individuos con alto apoyo social(172). Mirowsky y Ross sugieren una vía criminógena indirecta: el apoyo social puede aumentar la dependencia frente a la autonomía individual, dificultando afrontar de modo adecuado potenciales dificultades vitales(173).

---

(168) HIRSCHI, *op. cit.*, pp. 145, 148, 151, 153, 157-159, 161 y 212.

(169) Vid. un mecanismo del aprendizaje social que explicaría la desviación en estos casos en GIORDANO, P., *Legacies of crime. A follow-up of the children of highly delinquent girls and boys*, Cambridge [etc.]: Cambridge University Press, 2010, pp. 127-129 sobre todo.

(170) GONZÁLEZ SÁNCHEZ, I., *Neoliberalismo y castigo*, Manresa: Bellaterra, 2021, pp. 160-167, 163 sobre todo.

(171) KORT-BUTLER, *op. cit.*, p. 819.

(172) SERRANO GÓMEZ, A., *Corrupción en la Universidad. La Ley y sus efectos negativos en la selección del profesorado*, Madrid: Dykinson, 2015, pp. 68-69.

(173) MIROWSKY y ROSS, *op. cit.*, pp. 214-216.

La definición de *apoyo social* es insuficientemente específica, muy amplia y heterogénea(174). Su inespecificidad se aprecia en su solapamiento con otros conceptos derivados de teorías como las del control social, el avergonzamiento reintegrador o la anomia institucional(175). De ahí que su propia autonomía conceptual sea puesta en entredicho –a mi juicio de modo injustificado– cuando se la consideran sencillamente una fuente de afrontamiento (*coping resource*) junto a otras como la sensación de control o la autoestima(176); o una dimensión de otro constructo de orden superior(177). La reclamación de orígenes opuestos como la frustración o la eficacia colectiva; y las dificultades para separarlo de constructos de teorías abiertamente contrincantes(178) son una consecuencia de esta falta de especificidad. Es un concepto muy amplio puesto que, atendiendo a las diversas definiciones y operacionalizaciones, el apoyo social a nivel individual puede proceder de conocidos o no, de personas con las que se tiene confianza o no, de otros significativos o no...; puede provenir de relaciones con otros individuos que ayudan con mejor o peor gana o consistir en recursos de los que uno dispone o puede movilizar; puede ser real o imaginario, como los novios ficticios que describe Liebow(179), e incluso basarse en creencias y expectativas falsas... Finalmente, el apoyo social es heterogéneo: desde sentirse apreciado y apoyado anímicamente pero sin sustento material alguno y recibir información valiosa pero que no se utiliza a una asunción de deudas u oferta de empleo acompañada de recriminaciones. Es difícil esperar que el efecto frente al delito de elementos tan distintos sea el mismo. Algunas de las dimensiones propuestas se solapan entre sí –el apoyo de un funcionario a quien se conoce desde hace tiempo y que se preocupa por alguien con necesidades tiene aspectos tanto formales como informales; y quien resuelve un problema financiero está dando apoyo

---

(174) Una revisión del concepto y su operacionalización en GOTTLIEB, B. H. y BERGEN, A. E., «Social support concepts and measures», *Journal of Psychosomatic Research*, 69, 2010, pp. 511-518.

(175) DUWE, *op. cit.*, p. 464; DUWE y CLARK, *op. cit.*, p. 274; PRAT y GODSEY, «Social support and homicide...», *op. cit.*, p. 613.

(176) THOITS, «Stress, coping, and social support processes...», *op. cit.*, pp. 59-60.

(177) SKEEM, LOUDEN, POLASCHEK y CAMP, *op. cit.*, pp. 403-404.

(178) Con pasajes que dejan claro el abismo que los teóricos del apoyo social observan con la tesis del control social, CULLEN, WRIGHT y CHAMLIN, *op. cit.*, pp. 190-191; CULLEN, LEE y BUTLER, *op. cit.*, pp. 216-217.

(179) La idea es que el *apoyo social imaginario* puede tener efectos significativos, aunque precarios –y quizá un lado oscuro menos marcado–, LIEBOW, E., *Tell them who I am. The lives of homeless women*, New York [etc.]: Penguin, 1993, pp. 151, 155-156, 178-188 y 196-198.

tanto instrumental como emocional al mostrar confianza y procurar sostén-; otras distinciones son imaginables –como su carácter absoluto o relativo(180)-; y otras se encuentran infrateorizadas – no es evidente que el apoyo social *meramente* recibido(181) deba tener efectos preventivos ya que no es lo mismo ciertamente una o incluso varias ayudas puntuales, por importantes que sean, que la *expectativa* (asegurada) *de que se va a recibir ayuda en el futuro cuando se necesite*(182), existiendo pruebas plausibles de un efecto diferencial: Thoits resume la evidencia con que «el apoyo recibido tiene efectos nulos o débiles sobre la salud mental y física y, cuando son débiles, contradictorios», apuntando motivos metodológicos y sustantivos(183). Para complicar más las cosas, una vez acordada una heterogeneidad que dificulta cualquier acuerdo sobre su dimensionalidad, con una pluralidad de propuestas; la misma Thoits proclama una alta correlación entre dimensiones y «que a menudo forman un único factor subyacente»(184).

Una de dos consideraciones finales es el orden temporal(185): el apoyo social (lícito) quizá en la adolescencia y sin duda en la edad adulta dependerá de los delitos que se cometan y de variables asociadas a la criminalidad. Por ejemplo, las visitas de familiares a internos en prisiones dependerán del nivel de agresividad del interno, de su esfuerzo por abandonar su carrera criminal, de su participación en programas de rehabilitación, etc. A mayor abundamiento, si el impacto del apoyo social sobre la conformidad es prácticamente ubicuo –por

---

(180) YOUNG, J., *The vertigo of late modernity*, London [etc.]: Sage, 2007, pp. 36-38, 41-45 y 48-49.

(181) CULLEN, «Social support as organizing concept for Criminology», *op. cit.*, p. 530.

(182) Esta dimensión vuelve a aproximarse peligrosamente a la teoría de los vínculos sociales: la vinculación permite esperar en ayuda futura.

(183) THOITS, «Stress, coping, and social support processes...», *op. cit.*, pp. 64 y 70; THOITS, «Mechanisms linking social ties...», *op. cit.*, p. 150.

(184) THOITS, «Stress, coping, and social support processes...», *op. cit.*, p. 64.

(185) MCCALL y BRAUER, *op. cit.*, p. 91, postulando por diseños longitudinales.

Como vimos, muchos tests de la teoría del apoyo social se han concentrado en su parte macro o agregada. Un primer problema aquí es la dificultad para operacionalizar este constructo de apoyo social, BROWN, *op. cit.*, pp. 145-146; PRATT y GODSEY, «Social support and homicide...», *op. cit.*, pp. 620-621. Es discutible, en otras palabras, que las medidas utilizadas en muchos de los tests sean válidas. Por ejemplo, Brown recurre al número de trabajadores sociales y psicólogos per cápita como proxy de apoyo expresivo a nivel agregado, 143. Como consecuencia, no siempre es evidente qué teoría se está contrastando. En segundo lugar, en análisis agregados no es evidente qué variables deben controlarse mediante regresión, lo cual lleva a consideraciones de sesgo de variables omitidas que, si bien es omnipresente en Criminología, aquí puede verse agravado.

ejemplo, puede influir tanto directamente en causas del delito en  $t_1$  como en el efecto de éstas sobre aquél en  $t_2$ , así como quizá en otras variables intermedias—, estas distintas medidas de apoyo social se encontrarán asociadas, planteando problemas analíticos significativos. También debe mencionarse la (omnipresente) espuriedad: el apoyo social de un individuo normalmente dependerá de la vinculación o del autocontrol(186).

## VI. CONCLUSIONES: CONDICIONES DE PROGRESO DEL ENFOQUE Y DE LA CRIMINOLOGÍA

El modelo del apoyo social se encuentra a mi juicio infrateorizado. No he encontrado una explicación sustantiva del favorecimiento de la conformidad o de la moderación de la influencia de las definiciones o del autocontrol sobre la criminalidad. Gran parte de los problemas mencionados *supra* se resolverían con una explicación de *por qué* y *cómo* el apoyo social favorece la conformidad(187) ya que de este

(186) Vid. BEAVER, BOUTWELL y BARNES, *op. cit.*, p. 464, con evidencias de la alta correlación entre apoyo social y autocontrol.

(187) SERRANO MAÍLLO, A., *Firmeza frente al delito y comunidad en la modernidad reflexiva. La tesis extendida de los sentimientos de inseguridad como teoría del control social*, Madrid: Dykinson, 2016, pp. 245-248. Las explicaciones pueden entenderse como explicaciones causales basadas en mecanismos (1) —algo que es ambiguo. En primer lugar,  $X \rightarrow Y$  están unidas por un mecanismo —un mecanismo-A siguiendo a Ylikoski (2)— en el sentido de que *X explica Y porque es su causa*. Verbigracia, Unnever y Cullen sostienen en otro lugar que la identidad grupal ( $X_1$ ) es una causa de la firmeza frente al delito (Y) (3). Los mecanismos-A evocan una *caja negra*. La hipótesis  $X_1 \rightarrow Y$  menciona dos variables cuya relación causal implica una caja negra: *¿cómo  $X_1$  causa Y?* A mi juicio, sin embargo, la idea de explicación mediante mecanismos-A o en términos causal-realistas es insuficiente en ciencias humanas y sociales y en Criminología en concreto —esto es, que la causación tampoco agota la explicación. Siguiendo a Ylikoski (4), en el texto se reclaman mecanismos-B que respondan narrativamente a la pregunta anterior: *¿cómo el apoyo social causa la conformidad?*

(a) HEDSTRÖM, P. y SWEDBERG, R., «Social mechanisms: An introductory essay», en *Social mechanisms. An analytical approach to social theory* (P. Hedström y R. Swedberg eds.), Cambridge [etc.]: Cambridge University Press, 1998, p. 7.

(b) YLIKOSKI, P., «Social mechanisms and explanatory relevance», en *Analytical Sociology and social mechanisms* (P. Demeulenaere ed.), Cambridge [etc.]: Cambridge University Press, 2011, p. 160.

(c) UNNEVER, J. D. y CULLEN, F. T., «Empathetic identification and punitiveness. A middle-range theory of individual differences», *Theoretical Criminology*, 13, 3, 2009, pp. 286-299.

(d) YLIKOSKI, P., «Social mechanisms and explanatory relevance», *op. cit.*, pp. 155-157.

modo el intérprete encontraría una guía. Sin la misma a menudo no quedarán claras qué observaciones contradicen al modelo, comprometiéndolo su refutabilidad. Preguntas cuya respuesta no es evidente incluyen las relativas al efecto bien mediador o bien moderador –o quizá de ambos a la vez– del apoyo social sobre causas del delito como la asociación diferencial con pares delincuentes o el autocontrol(188); o a la influencia que sobre la criminalidad tendrá un apoyo social *ilícito y errático* –que debe ser un caso más frecuente que el del apoyo social ilícito y consistente(189). No importa repetir que no quedan claras, pues, las hipótesis de la teoría del apoyo social, dificultando saber qué observaciones favorecen a la teoría y, por lo tanto, en qué casos sería refutada.

Cullen resalta la capacidad del apoyo social para el progreso de la Criminología. Con ello se refiere a que el enfoque es rico a la hora de proponer hipótesis a modo de *input* en el sistema. Ciertamente, siguiendo a Popper(190), la ciencia debe ser muy generosa a la hora de tomar en consideración o *dar entrada* a una teoría o a una hipótesis para su test, esto es a los *inputs*; pero la clave no se encuentra en los filtros iniciales, sino en la capacidad para identificar y excluir postulados y modelos que resulten rechazados, o sea en *dar salida*, los *outputs*. Puede decirse que el enfoque del apoyo social es original e imaginativo y, por lo tanto, hace un buen trabajo en el lado de los *inputs*, esto es produciendo candidatos susceptibles de investigación; pero, a la vez, lo esencial es la capacidad para eliminar los falsos, en vez de acumular más y más postulados, hipótesis y teorías. Dicho en otras palabras, las condiciones de progreso del enfoque del apoyo social están indisolublemente asociadas a las condiciones de su contribución al progreso de la disciplina: la especificación de las condiciones en que una teoría quedaría refutada.

---

(188) ANTONACCIO, TITTLE, BRAUER y ISLAM, *op. cit.*, pp. 68 y 73-74; contrastan hipótesis de mediación y moderación de modo independiente, cuando deberían ser conjuntos según la lógica que proponen.

(189) Por un lado, la combinación debería ser aditiva pues ambas características son criminógenas; pero, por otro, la falta de consistencia debería comprometer el acceso a capacidades y oportunidades criminales organizadas.

(190) POPPER, *op. cit.*, pp. 81, 164-165 y 258-264.

## VII. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALTHEIMER, I., «Social support, ethnic heterogeneity, and homicide: A cross-national approach», *Journal of Criminal Justice*, 36, 2008.
- ANTONACCIO, O., TITTLE, C. R., BRAUER, J. R. y ISLAM, M. Z., «Supported and coerced? A cross-site investigation of the effects of social support and coercion on criminal probability», *Journal of Quantitative Criminology*, 31, 2015.
- BAHR, S., HARRIS, L., FISHER, J. y ARMSTRONG, A., «Successful reentry: What differentiates successful and unsuccessful parolees», *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, 54, 5, 2010.
- BALES, W. D. y MEARS, D., «Inmate social ties and the transition to society: Does visitation reduce recidivism?», *Journal of Research in Crime and Delinquency*, 45, 3, 2008.
- BARON, S. W., «Differential social support, differential coercion, and organized criminal activities», *Justice Quarterly*, 32, 2014.
- BEAVER, K. M., BOUTWELL, B. B. y BARNES, J. C. C., «Social support or biosocial support? A genetically informative analysis of social support and its relation to self-control», *Criminal Justice and Behavior*, 41, 2014.
- BERNSTEIN, B., *Class, codes and control*, 3. *Towards a theory of educational transmission*, London, Routledge and Kegan Paul, 1975.
- BLALOCK, H. M., *Theory construction. From verbal to mathematical formulations*, Englewood Cliffs, NJ, Prentice-Hall, 1969.
- BREZINA, T. y AZIMI, A. M., «Social support, loyalty to delinquent peers, and offending: An elaboration and test of the differential social support hypothesis», *Deviant Behavior*, 39, 2018.
- BROWN, J., «Social support and crime: A State-level analysis of social support policies», *The Journal of Sociology and Social Welfare*, 43, 2, 2016.
- CAMPBELL, M., MCKENZIE, J. E., SOWDEN, A., KATIKIREDDI, S. V., BRENNAN, S. E., ELLIS, S., HARTMANN-BOYCE, J., RYAN, R., SHEPPERD, S., THOMAS, J., WELCH, V. y THOMSON, H., «Synthesis without meta-analysis (SWiM) in systematic reviews: Reporting guideline», *BMJ*, 368, 16890, 2020.
- CHAMLIN, M. B. y COCHRAN, J. K., «Social altruism and crime», *Criminology*, 35, 2, 1997.
- CHAMLIN, M. B., NOVAK, K. J., LOWENKAMP, C. T. y COCHRAN, J. K., «Social altruism, tax policy, and crime: A cautionary tale», *Criminal Justice Policy Review*, 10, 1999.
- CHAN, K. L., CHEN, M., CHEN, Q. y IP, P., «Can family structure and social support reduce the impact of child victimization on health-related quality of life?», *Child Abuse and Neglect*, 72, 2017.
- CHOUHY, C., «Social support and crime», en *Handbook on crime and deviance* (M. D. Krohn et al. eds.), Cham, Springer, 2019.
- CHOUHY, C., CULLEN, F. T. y LEE, H., «A social support theory of desistance», *Journal of Developmental and Life-Course Criminology*, 6, 2020.



- CLEMMER, D., *The prison community*, Boston, Mass., The Christopher Publishing House, 1940.
- CLONE, S. y DEHART, D., «Social support networks of incarcerated women: Types of support, sources of support, and implications for reentry», *Journal of Offender Rehabilitation*, 53, 2014.
- COCHRAN, J. C., «Breaches in the wall: Imprisonment, social support, and recidivism», *Journal of Research in Crime and Delinquency*, 51, 2014.
- COCHRAN, J. C. y MEARS, D. P., «Social isolation and inmate behavior: A conceptual framework for theorizing prison visitation and guiding and assessing research», *Journal of Criminal Justice*, 41, 4, 2013.
- COHEN, A. K., «Multiple factor approaches», en *The Sociology of crime and delinquency* (M. E. Wolfgang ed.), New York y London, John Wiley and sons, 1962.
- COLVIN, M., CULLEN, F. T. y VANDER VEN, T., «Coercion, social support, and crime: An emerging theoretical consensus», *Criminology*, 40, 1, 2002.
- CULLEN, F. T., «Social support as organizing concept for Criminology», *Justice Quarterly*, 11, 1994.
- «Choosing our criminological future: Reservations about human agency as an organizing concept», *Journal of Developmental and Life-Course Criminology*, 3, 2017.
- CULLEN, F. T. y WRIGHT, J. P., «Liberating the anomie-strain paradigm: Implications from social-support theory», en *The future of anomie theory* (N. Passas y R. Agnew eds.), Boston, Mass., Northeastern University Press, 1997.
- CULLEN, F. T., JONSON, C. L. y NAGIN, D., «Prisons do not reduce recidivism: The high cost of ignoring science», *The Prison Journal*, 91, 2011.
- CULLEN, F. T., LEE, H. y BUTLER, L. C., «A theory of commitment and delinquency», *Advances in criminological theory*, 25 (J. C. Oleson y B. J. Costello eds.), 2019.
- CULLEN, F. T., WRIGHT, J. P. y CHAMLIN, M. B., «Social support and social reform: A progressive crime control agenda», *Crime and Delinquency*, 45, 2, 1999.
- CULLEN, F. T., WRIGHT, J. P., BROWN, S., MOON, M. M., BLANKENSHIP, M. B. y APPLGATE, B. K., «Public support for early intervention programs: Implications for a progressive policy agenda», *Crime and Delinquency*, 44, 1998.
- DONG, B. y KROHN, M. D., «The protective effects of family support on the relationship between official intervention and general delinquency across the life course», *Journal of Developmental and Life-Course Criminology*, 3, 2017.
- DUWE, G., «Can circles of support and accountability (CoSA) significantly reduce sexual victimization? Results from a randomized controlled trial in Minnesota», *Journal of Experimental Criminology*, 14, 4, 2018.
- DUWE, G. y CLARK, V., «The importance of social support for prisoner reentry», *Corrections Today*, mayo, 2012.

- DUWE, G. y CLARK, V., «Blessed be the social tie that binds: The effects of prison visitation on offender recidivism», *Criminal Justice Policy Review*, 24, 3, 2013.
- GIORDANO, P., *Legacies of crime. A follow-up of the children of highly delinquent girls and boys*, Cambridge [etc.], Cambridge University Press, 2010.
- GONZÁLEZ SÁNCHEZ, I., *Neoliberalismo y castigo*, Manresa, Bellaterra, 2021.
- GOTTFREDSON, M. R. y HIRSCHI, T., *A general theory of crime*, Stanford, Stanford University Press, 1990.
- GOTTLIEB, B. H. y BERGEN, A. E., «Social support concepts and measures», *Journal of Psychosomatic Research*, 69, 2010.
- HEDSTRÖM, P. y SWEDBERG, R., «Social mechanisms: An introductory essay», en *Social mechanisms. An analytical approach to social theory* (P. Hedström y R. Swedberg eds.), Cambridge [etc.], Cambridge University Press, 1998.
- HICKERT, A., PALMEN, H., DIRKZWAGER, A. y NIEUWBEERTA, P., «Receiving social support after short-term confinement: How support pre- and during-confinement contribute», *Journal of Research in Crime and Delinquency*, 56, 4, 2019.
- HIGGINS, G. E. y BOYD, R. J., «Low self-control and deviance: Examining the moderation of social support from parents», *Deviant Behavior*, 29, 2008.
- HIRSCHI, T., *Causes of delinquency*, Berkeley [etc.], University of California Press, 1969.
- JACOBS, B. A., *Dealing crack. The social world of streetcorner selling*, Boston, Mass., Northeastern University Press, 1999.
- KEMPF, K. L., «The empirical status of Hirschi's control theory», *Advances in criminological theory*, 4 (F. Adler y W. Laufer eds.), 1993.
- KEMPF-LEONARD, K. L., «The status of Hirschi's control theory after 50 years», *Advances in criminological theory*, 25 (J. C. Oleson y B. J. Costello eds.), 2019.
- KIM, S.-W. y PRIDEMORE, W. A., «Social support and homicide in transitional Russia», *Journal of Criminal Justice*, 33, 6, 2005.
- KORNHAUSER, R. R., *Social sources of delinquency. An appraisal of analytic models*, Chicago y London, University of Chicago Press, 1978.
- KORT-BUTLER, L. A., «Social support theory», en *The Encyclopedia of juvenile delinquency and Justice* (C. J. Schreck ed.), New York, Wiley-Blackwell, 2018.
- KURTZ, D. L. y ZAVALA, E., «The importance of social support and coercion to risk of impulsivity and juvenile offending», *Crime and Delinquency*, 63, 2016.
- KYVSGAARD, B., *The criminal career. The Danish Longitudinal Study*, Cambridge [etc.], Cambridge University Press, 2003.
- LAUB, J. H. y SAMPSON, R. J., *Shared beginnings, divergent lives: Delinquent boys to age 70*, Harvard, Mass. y London, Harvard University Press, 2003.
- LIEBOW, E., *Tell them who I am. The lives of homeless women*, New York [etc.], Penguin, 1993.

- LIN, N., «Conceptualizing social support», en *Social support, life events, and depression* (N. Lin et al. eds.), Orlando, Academic Press, 1986.
- LYNGSTAD, T. H. y SKARDHAMAR, T., *Understanding the marriage effect: Changes in criminal offending around the time of marriage*, FMSH-WP-2013-49, GeWoP-2, 2013.
- MARTÍ, J. y CID, J., «Encarcelamiento, lazos familiares y reincidencia. Explorando los límites del familismo», *Revista Internacional de Sociología*, 73, 1, 2015.
- MARTINEZ, D. J. y ABRAMS, L. S., «Informal social support among returning young offenders: A metasynthesis of the literature», *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, 57, 2, 2013.
- MARUNA, S. y TOCH, H., «The impact of imprisonment on the desistance process», en *Prisoner reentry and crime in America* (J. Travis y C. Visser eds.), Cambridge [etc.]: Cambridge University Press, 2005.
- MCCALL, P. L. y BRAUER, J. R., «Social welfare support and homicide: Longitudinal analyses of European countries from 1994 to 2010», *Social Science Research*, 48, 2014.
- MEARS, D. P., COCHRAN, J. C., SIENNICK, S. E. y BALES, W. D., «Prison visitation and recidivism», *Justice Quarterly*, 29, 6, 2012.
- MEYERS, T. J., WRIGHT, K. A., YOUNG, J. T. N. y TASCIA, M., «Social support from outside the walls: Examining the role of relationship dynamics among inmates and visitors», *Journal of Criminal Justice*, 52, 2017.
- MIROWSKY, J. y ROSS, C. E., *Social causes of psychological distress*, 2.<sup>a</sup> ed., New York, Aldine de Gruyter, 2003.
- MITCHELL, M. M., SPOONER, K., LIA, D. y ZHANG, Y., «The effect of prison visitation on reentry success: A meta-analysis», *Journal of Criminal Justice*, 47, 2016.
- MOFFITT, T. E., «Adolescence-limited and life-course-persistent antisocial behavior: A developmental taxonomy», *Psychological Review*, 100, 4, 1993.
- POPPER, K. R., *Objective knowledge. An evolutionary approach*, ed. revisada, Oxford y New York, Oxford University Press, 1979.
- PRATT, T. C. y GODSEY, T. W., «Social support and homicide: A cross-national test of an emerging criminological theory», *Journal of Criminal Justice*, 30, 2002.
- «Social support, inequality, and homicide: A cross-national test of an integrated theoretical model», *Criminology*, 41, 3, 2003.
- ROBBERS, M. L. P., «Revisiting the moderating effect of social support on strain: A gendered test», *Sociological Inquiry*, 74, 2004.
- SAMPSON, R. J., *Great American city. Chicago and the enduring neighborhood effect*, Chicago y London, The University of Chicago Press, 2012.
- SERRANO GÓMEZ, A., *Corrupción en la Universidad. La Ley y sus efectos negativos en la selección del profesorado*, Madrid: Dykinson, 2015.
- SERRANO MAÍLLO, A., *Oportunidad y delito. Una metateoría sobre la motivación y la oportunidad como descripciones de los delitos como eventos*, Madrid, Dykinson, 2009.

- *El problema de las contingencias en la teoría del autocontrol. Un test de la teoría general del delito*, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, Dykinson, 2013.
- *Firmeza frente al delito y comunidad en la modernidad reflexiva. La tesis extendida de los sentimientos de inseguridad como teoría del control social*, Madrid, Dykinson, 2016.
- «Crime contemplation and self-control. A test of situational action theory's hypotheses about relative effects and interactions in crime causation», *European Journal of Criminology*, 15, 1, 2018.
- *La persistencia de los enfoques subculturales y del conflicto normativo. Una revisión desde la perspectiva del control social en Criminología*, Madrid, Iustel, 2019.
- SIENNICK, S. E., MEARS, D. y BALES, W. D., «Here and gone: Anticipation and separation effects of prison visits on inmate infractions», *Journal of Research in Crime and Delinquency*, 50, 3, 2013.
- SKARDHAMAR, T., MONSBAKKEN, C. W. y LYNGSTAD, T. H., «Crime and the transition to marriage. The role of the spouse's criminal involvement», *British Journal of Criminology*, 54, 2014.
- SKEEM, J. L., LOUDEN, J. E., POLASCHEK, D. y CAMP, J., «Assessing relationship quality in mandated community treatment: Blending care with control», *Psychological Assessment*, 19, 2007.
- SOOTHILL, K., FITZPATRICK, C. y FRANCIS, B., *Understanding criminal careers*, Cullompton, Willan, 2009.
- SYKES, G. M., *The society of captives. A study of a maximum security prison*, Princeton, NJ, Princeton University Press, 1958.
- TEIJÓN ALCALÁ, M. y SERRANO MAÍLLO, A., «Bloqueo de oportunidades y emociones negativas en la causación de infracciones deportivas. Un test de la teoría general de la frustración», *Cuadernos de Política criminal*, 127, 2019.
- THAMES, K. M. y MCCALL, P. L., «A longitudinal examination of the effects of social support on homicide across European regions», *International Journal of Conflict and Violence*, 8, 2, 2014.
- THOITS, P. A., «Stress, coping, and social support processes: Where are we? What next?», *Journal of Health and Social Behavior*, núm. extra, 1995.
- «Stress and health: Major findings and policy implications», *Journal of Health and Social Behavior*, 51, 1, 2010.
- «Mechanisms linking social ties and support to physical and mental health», *Journal of Health and Social Behavior*, 52, 2, 2011.
- UNNEVER, J. D. y CULLEN, F. T., «Empathetic identification and punitiveness. A middle-range theory of individual differences», *Theoretical Criminology*, 13, 3, 2009.
- VIEDMA ROJAS, A. y SERRANO MAÍLLO, A., «Apoyo social y reingreso en prisión: un contraste empírico de la relación directa en España», en prensa.
- VILLAVIEJA BECK, M. A. y CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I., «La piratería doméstica y el autocontrol: Un estudio exploratorio entre universitarios», *Boletín Criminológico*, 166, 2016.

- WESTERN, B., BRAGA, A. A., DAVIS, J. y SIROIS, C., «Stress and hardship after prison», *American Journal of Sociology*, 120, 5, 2015.
- WOO, Y., STOHR, M. K., HEMMENS, C., LUTZE, F., HAMILTON, Z. y YOON, O.-K. ,«An empirical test of the social support paradigm on male inmate society», *International Journal of Comparative and Applied Criminal Justice*, 40, 2, 2016.
- WRIGHT, J. P. y CULLEN, F. T., «Parental efficacy and delinquent behavior: Do control and support matter?», *Criminology*, 39, 2001.
- YLIKOSKI, P., «Social mechanisms and explanatory relevance», en *Analytical Sociology and social mechanisms* (P. Demeulenaere ed.), Cambridge [etc.], Cambridge University Press, 2011.
- YOUNG, J., *The vertigo of late modernity*, London [etc.], Sage, 2007.
- ZARA, G. y FARRINGTON, D. P. *Criminal recidivism. Explanation, prediction and prevention*, London y New York, Routledge, 2016.

# El consentimiento de la víctima. Hacia una teoría normativa de la acción del que consiente

ELENA ÍÑIGO CORROZA

Profesora titular de Derecho penal  
Universidad de Navarra

## RESUMEN

*Este trabajo tiene por objeto el análisis de un elemento normativo de algunos tipos penales como es el consentimiento de la víctima. En la primera parte se abordan temas ineludibles al tratar el consentimiento del titular del bien jurídico, como son, qué se entiende por consentimiento, y la relevancia que puede tener. Ésta dependerá de si los bienes jurídicos son o no disponibles por su titular, de manera que si existe consentimiento pueda no existir responsabilidad penal del sujeto que lo afecta. En la segunda parte se plantea una teoría de la acción del sujeto que consiente, tomando como referencia la teoría de la acción del sujeto infractor. La teoría jurídica del delito se convierte en un modelo de desarrollo para esbozar una teoría normativa de la acción del que consiente.*

*Palabras clave: consentimiento, teoría de la acción, bien jurídico, disponibilidad, dolo, culpabilidad.*

## ABSTRACT

*This paper aims to analyze one peculiar normative element of a particular type of criminal offences, «the consent of the victim». Thus, in the first part, we are going to address some unavoidable issues when dealing with the consent given by the one whose legally protected interest could be harmed by the offender. Such as what should be understood by consent, and the relevance that it should have and show. Knowingly that such extremes will depend on whether, or not, those legally*

*protected interests were disposable (hence, if there is a valid consent, there couldn't be any criminal liability).*

*In the second part of this paper, we are going to propose a normative theory of the action of the person who consents, taking as a reference the theory of the action of the offender. Therefore, by demonstrating that the Legal Theory of Crime model (in accordance with the German dogmatics) turns out to become a developmental model to outline a normative theory of the consenting action (applicable to all the criminal offenses whose actus reus require the lack of a valid consent given by the victim).*

Keywords: *consent, theory of action, legal right, availability, fraud, responsibility, liability.*

SUMARIO: I. Introducción.–II. La libertad del sujeto en la disposición de sus bienes jurídicos como punto de partida. 1. El consentimiento como manifestación de la libertad y autonomía del titular del bien jurídico. Concepto y contenido del consentimiento. 2. El fundamento del consentimiento: la libertad de disposición sobre los bienes jurídicos individuales. 3. La eficacia del consentimiento. La relevancia del contexto en la libertad de disposición de los bienes jurídicos. –III. La prueba del consentimiento. Criterios normativos para su valoración. 1. Hacia una teoría de la acción del sujeto que consiente. a) El titular del bien jurídico como sujeto agente. b) Los vicios sobre el conocimiento y sobre la voluntad. 2. La prueba del consentimiento. 3. Un último apunte: la relevancia del consentimiento del sujeto titular del bien jurídico en el sujeto activo del delito.–IV. Algunas reflexiones finales.

## I. INTRODUCCIÓN

A raíz de ciertos cambios legislativos y de algunos supuestos que han tenido gran relevancia social(1), el tema del consentimiento de la víctima ha pasado a primera línea de interés, de análisis y de reflexión

---

(1) Dos leyes recientes han puesto, nuevamente, el debate sobre esta cuestión en primera línea. No es que este elemento no tuviera relevancia previamente, teniendo en cuenta que el consentimiento está constantemente presente en hechos con relevancia penal, sino que, como ocurre habitualmente, la actualidad mueve las cartas poniendo en primer lugar en el debate jurídico-social, una u otra. Me estoy refiriendo en concreto, al cambio legislativo llevado a cabo por la LO 3/2021, de 24 de marzo, despenalizadora de la eutanasia, y a la regulación sobre los delitos sexuales. En el Proyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual, el concepto de consentimiento está siendo uno de los elementos de la regulación que más debate está suscitando.

en el debate científico y jurisprudencial penal. En este trabajo se pretenden establecer parámetros normativos o reglas que permitan valorar si ha existido consentimiento en el ámbito de situaciones fácticas que tienen relevancia penal. Eso delimita sustancialmente el contenido del trabajo, que no es un estudio sobre la libertad de obrar y su trascendencia para el Derecho penal, sino que trata de analizar la esencia y alcance del instituto penal del consentimiento, elemento que debe ser probado en el proceso y que será fundamental para determinar si existe o no responsabilidad penal(2).

Sin embargo, no es posible abordar esta tarea sin tomar postura en algunas cuestiones de gran trascendencia, aunque sin perder de vista la finalidad de este trabajo, que no es otra que aportar reglas de imputación que permitan determinar, en el marco de un proceso, cuándo existe o no consentimiento en sentido jurídico-penal. En la primera parte de este trabajo (II) pretendo tratar qué se entiende por consentimiento del titular del bien jurídico(3); en qué casos es relevante el consentimiento; y, cuándo éste es eficaz. En la segunda parte (III), confeccionaré una aproximación a las reglas de imputación necesarias para poder probar, en el caso concreto, la existencia o no de consentimiento.

## II. LA LIBERTAD DEL SUJETO EN LA DISPOSICIÓN DE SUS BIENES JURÍDICOS COMO PUNTO DE PARTIDA

Los ciudadanos ejercen su libertad constantemente en su vida cotidiana, aunque esto suponga, *ex post*, afectaciones o quebrantos a algunos de sus intereses. Llevan a cabo actuaciones físicas que pueden dañar su salud levemente o de manera grave (cargando peso que afecte a sus vértebras, o llevando a cabo una mala salud postural que genere lesiones importantes en sus articulaciones, o fumando o bebiendo o comiendo más de lo debido...). Pueden llevar a cabo actuaciones que afecten gravemente a su patrimonio, a su honor, a su intimidad (gas-

---

(2) Utilizo aquí responsabilidad penal en sentido general. No es el momento de valorar si el consentimiento actúa como causa de atipicidad o causa de justificación.

(3) Me parece que es más correcto hablar del titular del bien jurídico que de víctima, puesto que no puede hablarse de víctima, sujeto pasivo u ofendido cuando ha existido consentimiento para permitir la afectación del bien jurídico del que es titular. En esta línea ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, B., *El consentimiento en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 29, que indica que no puede hablarse de víctima a quien da su consentimiento porque no puede señalarse como tal: «quien tolera voluntariamente una injerencia en un bien jurídico que le pertenece, por mucho que esta injerencia pueda ser considerada objetivamente dañosa».



tando dinero de una manera compulsiva, aireando, por ejemplo, en RRSS cuestiones que afectan a su esfera más íntima...). Todo esto entendemos queda englobado en un ejercicio libre de su voluntad. Es común afirmar que uno puede hacer aquello que quiera, siempre que no cause un daño (una afectación) a terceros (*neminem laedere*). Sin embargo, esto no es así. La convivencia en sociedad lleva consigo la limitación, por definición, de los ámbitos de libertad de los sujetos. De su libertad de disponer de su patrimonio, de su libertad ambulatoria, de su libertad de acción u omisión en muchos ámbitos. Es una obviedad señalar que el Derecho, como elemento organizador de un sector de la vida social, establece al sujeto restricciones a su libertad de obrar, a la absoluta autonomía de su voluntad. Desde este, poco original, punto de partida me voy a centrar en los casos donde la libertad de voluntad del sujeto interactúa con la de otro u otros y donde un tercero afecta a un derecho del sujeto titular. Y más en concreto aún, me voy a centrar en estas situaciones cuando la afectación es a un bien jurídico con protección penal.

El Derecho penal sanciona la lesión de bienes jurídicos merecedores de protección penal. Al sancionar las lesiones de bienes jurídicos, el Derecho penal los está protegiendo (en su función de prevención general negativa) y está afirmando su importancia para el mantenimiento del orden social (en su función de prevención general positiva). La cuestión que se plantea es si esa protección de los bienes jurídicos es frente a todos (*erga omnes*), o solo frente a los que no son titulares del bien jurídico, excluyendo la posibilidad de sanción cuando el que lesiona o afecta al bien jurídico es el propio titular en el uso de su libertad, o un tercero que tiene el consentimiento del titular.

Esta cuestión, el consentimiento manifestado por el titular del bien jurídico, plantea grupos de problemas de difícil solución, por su relación con algunas de las cuestiones nucleares del Derecho penal. Una de ellas, la libertad, puesto que el consentimiento supone la manifestación exterior de la libertad del sujeto. La autonomía y la libertad son el punto de partida de la imputación penal. Otra cuestión que suscita el análisis del consentimiento es la de la disponibilidad de los bienes jurídicos; si los bienes jurídicos individuales son o no disponibles, y si lo son todos o solo algunos. Esto llevará a determinar si el titular del bien jurídico puede disponer libre y totalmente de su intimidad domiciliaria, de su honor o dignidad, de su libertad ambulatoria o su libertad sexual, de su libertad de acción, o incluso de su vida, integridad física y psíquica o integridad moral.

A las cuestiones anteriores, tan complejas, no puede darse una respuesta unívoca sin establecer matices. Tenemos que hacer uso del

«depende»; (1) depende de qué se entienda por consentimiento; (2) depende del bien jurídico de que se trate, y (3) depende de las circunstancias del caso consideradas en su concreto contexto histórico social.

### 1. El consentimiento como manifestación de la libertad y autonomía del titular del bien jurídico. Concepto y contenido del consentimiento

El concepto de consentimiento está ligado al concepto de libertad y, por consiguiente, al de autonomía. El consentimiento supone la manifestación libre y externa de la voluntad del sujeto. No es un estado mental, sino la externalización de un estado mental que se evidencia a terceros. Ahora bien, qué supone el consentimiento y cuándo existe o no, es una cuestión compleja que ha sido profusamente tratada por la doctrina penal, no solamente española, sino también y especialmente alemana y anglo-americana. La discusión establece matices sobre si el consentimiento es acuerdo(4), es asentimiento, conformidad, o libertad de disposición o ejercicio de autonomía(5)... Cuando tratamos la cuestión del consentimiento en este ámbito del Derecho penal, la reflexión que subyace es la relevancia que tiene la voluntad del individuo sobre sus bienes jurídicos. Se plantea si el consentimiento implica un acuerdo con el tercero que pretende intervenir en ese bien jurídico, poniendo relevancia en el interés que tiene el titular en esa injerencia, o incluso el deseo, porque se da la conjunción de dos voluntades que convergen; o si también hay consentimiento cuando el titular del bien jurídico se resigna y permite, soporta

---

(4) Uso aquí esos términos en sentido amplio, aunque la doctrina ha diferenciado entre acuerdo y consentimiento dotando a esta distinción de diferentes consecuencias dogmáticas. La diferenciación entre *Einverständnis* y *Einwilligung*, puesta de manifiesto por GEERDS, F. «*Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht*», GA 1954, pp. 262 ss., lleva a distinguir supuestos donde el consentimiento lleva a la atipicidad de la conducta (*Einverständnis*), de aquellos en los que supone la antijuridicidad de ésta (*Einwilligung*). Mantiene esta idea diferenciadora en España, entre otros, CASAS BARQUERO, E., *El consentimiento en el Derecho penal*, Universidad de Córdoba, Córdoba, 1987, p. 33. Sobre esta cuestión véase LUZÓN PEÑA, D. M., «Causas de atipicidad y causas de justificación», en Luzón Peña, D. M./ Mir Puig, S., (coords.), *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal*, Aranzadi, Pamplona, 1995, pp. 21 ss.

(5) Sobre la diferencia entre autonomía y libertad véase el análisis que sobre estos conceptos hace PEREIRA GARMENDIA, M., *Buscando un consenso sobre el consentimiento en los delitos sexuales. Un enfoque desde la evolución de la legislación británica y un aviso a navegantes (o a legisladores ociosos)*, Reus/BdF, Madrid, 2021, pp. 146-158.

o tolera en definitiva, que un tercero afecte al bien jurídico del que es titular(6).

Estas comprensiones de la idea de consentimiento tienen como denominador común la idea de voluntad, o mejor, de autonomía de la voluntad; muy clara, en los supuestos en que quiere la intervención del tercero, o menos evidente, cuando ésta solo se soporta o acepta. Entender el consentimiento del titular del bien jurídico ante la afectación de éste por un tercero, como la voluntad para que el otro actúe, nos vuelve a llevar a la idea de la libertad en Derecho penal. No es el momento de abordar un análisis sobre esta idea, ni es este el sitio propicio para tan ardua tarea. Aquí me centraré en dar una definición de consentimiento que aúne todos los supuestos en que la voluntad del titular del bien jurídico consienta en la afectación de éste por un tercero, de manera que no exista delito, bien porque se entiende que el hecho no es típico, bien porque se excluya la antijuridicidad de la conducta. Luego analizaré cuándo tiene relevancia el consentimiento para, finalmente, determinar cómo ha de probarse si ha existido o no.

Tomando estas consideraciones como punto de partida, entiendo *el consentimiento como la manifestación externa de la aceptación(7) o habilitación por parte del titular del bien jurídico a un tercero para intervenir sobre el bien jurídico del que es titular*. Este consentimiento exige que el sujeto conozca los elementos esenciales de la situación y

---

(6) Sobre la diferencia entre acuerdo y consentimiento, véase RÍOS ARENALDI, J., «El consentimiento en materia penal», *Política Criminal*, núm. 1, 2006, p. 15. Entiende este autor que el acuerdo tiene naturaleza más fáctica, y que el consentimiento es de carácter jurídico. En el acuerdo, sigue Ríos, habría relación con la voluntad interna de quien asiente y el consentimiento debe ser reconocible en el mundo exterior. Los ubica en diferentes estadios de la teoría jurídica del delito, el acuerdo en el tipo penal y el consentimiento en la antijuridicidad. No queda claro en su argumentación por qué esta diferencia. Se esfuerza en determinar la diferencia entre uno y otro concepto para, a continuación, en la página 18 decir: «que el consentimiento (también entendido como acuerdo)» (paréntesis en el original). Por su parte, CHANG KCOMT, R., *El consentimiento en el Derecho penal. Análisis dogmático*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 196-206, ve la diferencia entre consentimiento como acuerdo, asentimiento o conformidad, cuando es causa de atipicidad y consentimiento en sentido estricto como causa de exclusión de la antijuridicidad. En cambio, uno de los pioneros en la teoría liberal del bien jurídico como es Kientzy, (citado en la obra anterior en pp. 49 ss.), entiende que no tiene sentido diferenciar entre consentimiento y acuerdo ya que ambos conceptos hablan de la aquiescencia del titular con la intervención en sus bienes jurídicos.

(7) El concepto aceptación incluye los supuestos donde el consentimiento se basa en el deseo, total voluntad que podría corresponderse con los supuestos de acuerdo; pero también aquellos en los que el sujeto no desea, pero aprueba la intervención del tercero, conformándose o resignándose.

tenga capacidad para prestarlo. El consentimiento, como elemento normativo que es, deberá valorarse jurídicamente(8).

## 2. El fundamento del consentimiento: la libertad de disposición sobre los bienes jurídicos individuales

Ya he advertido en la introducción que el análisis del consentimiento en Derecho penal conduce al análisis de cuestiones trascendentes para el Derecho penal. La disponibilidad de los bienes jurídicos es uno de ellos y, como he dicho antes, un estudio detallado y profundo sobre esta cuestión sobrepasa los límites de este trabajo. Sin embargo es necesaria una aproximación, siquiera básica, para poder tener un punto de partida. Si hablamos de consentimiento, de aceptación por parte del titular del bien jurídico de que éste se vea afectado (no necesariamente en sentido negativo, sino afectado en cuanto intervenido), habrá que resolver si el titular del bien jurídico puede disponer de él y si esta disposición tiene límites.

Sin entrar a consideraciones de fondo, entiendo que la idea de bien jurídico(9) está ligada a las realidades y valores que se consideran indispensables para hacer posible la vida social. En este contexto el Código penal recoge intereses bien distintos; algunos que afectan a la realidad más básica del ser humano (su vida, salud, integridad), otros a la proyección de la persona como tal (su libertad, sexual, de acción, de movimientos e intimidad). Sin embargo, el Derecho penal recoge también otros intereses que pueden clasificarse como funcionales, por entender que se hallan al servicio de los que están vinculados al núcleo duro del ser humano (como los que protegen el honor, el patrimonio, la institución familiar, la inviolabilidad del domicilio...). Y por último estarían los intereses relacionados con la protección de las condiciones de vida en sociedad, algunos muy ligados a las personas (la salud pública, el medio ambiente, la seguridad vial, el orden socioeconómico...) y otros más al mantenimiento del propio sistema social

---

(8) Sobre los límites del normativismo y su diferencia con el constructivismo y empirismo, véase SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P., «Lo normativo y lo fáctico», en García Caveró. P./Chinguel Rivera, A., *Derecho penal y persona. Libro Homenaje al Prof. Dr. H. C. Mult. Jesús María Silva Sánchez*, Ideas Solución Editorial, Lima, 2019, pp. 25-35.

(9) Considero que no son bienes jurídicos todas las realidades que se protegen en el Código penal, y aplazando esta cuestión para otro trabajo de investigación, por razones de claridad utilizaré de manera omnicomprensiva el término bien jurídico para todos los intereses penalmente protegidos.

(orden público, Constitución, Administración pública, Administración de Justicia...)(10).

Para el objeto de este trabajo, donde se analiza el elemento del consentimiento del titular en los tipos penales, son relevantes los bienes jurídicos de manera inmediata o mediata más vinculados a la persona, los llamados tradicionalmente bienes jurídicos individuales, reduciéndose el ámbito de nuestro análisis. Estos serían la vida, integridad física y moral, patrimonio, intimidad, honor, libertad ambulatoria, libertad sexual y libertad de acción(11).

Algunos autores sostienen que los bienes jurídicos individuales son disponibles cuando sean necesarios para la autorrealización personal(12). Esto responde a una concepción liberal del bien jurídico vinculada a los principios constitucionales. Para esta teoría la protección del bien jurídico no puede estar desligada de su titular y su auto-

---

(10) Es evidente la heterogeneidad de estos intereses, por eso me parece que no aporta claridad el que se intente englobar conceptos tan distintos bajo una misma denominación. Al decir que todos son bienes jurídicos, estamos obligados a catalogarlos según elementos comunes para poder analizarlos con sus particularidades, y al mismo tiempo al ubicarlos en el mismo concepto estaríamos dando el mismo valor a supuestos muy distintos.

(11) No voy a entrar aquí, por exceder del cometido de este trabajo, en la discusión sobre si los bienes jurídicos colectivos o supraindividuales pueden ser o no disponibles. La doctrina mayoritaria entiende que no, que los bienes jurídicos colectivos son indisponibles y por ello, el consentimiento carece de relevancia. En este sentido CEREZO MIR, J., *Derecho penal: Parte general*, BdF, Montevideo/Buenos Aires, 2008, p. 647. Sobre esto SEGURA GARCÍA, M. J., *El consentimiento del titular del bien jurídico en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 125. Se entiende que los bienes jurídicos individuales se refieren a conflictos interpersonales entre sujetos individualizados, siendo el titular del bien jurídico personal afectado individualizable, pudiéndose cuestionar y, en su caso probar, si existió o no consentimiento. En los delitos que tutelan bienes jurídicos colectivos, no hay un sujeto pasivo individualizable al que atribuir o no el consentimiento. Sí que plantea más debate en la doctrina penal la relevancia penal que puedan tener las autorizaciones o permisos administrativos, que no son propiamente consentimiento pero que podrían presentar alguna analogía en cuanto a su relevancia penal con éste. Sobre esta cuestión, DE LA MATA BARRANCO, M./DE LA MATA BARRANCO, I., en «La figura de la autorización en la lesión de bienes jurídico-penales de carácter supraindividual», *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, Tomo I, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, p. 487.

(12) Así sostiene CHANG KCOMT, R., *op. cit.*, pp. 187-194, que el bien jurídico no solo protege el sustrato material, sino también la posibilidad de su disposición y, por tanto, no existe lesión o puesta en peligro cuando el individuo consiente sobre dicho peligro o lesión, amparado en el ejercicio de su libre autodeterminación personal y la búsqueda de su autorrealización, conforme a una ética propia. Va más allá y propone *de lege ferenda* considerar como disponibles todos los bienes jurídicos individuales, en tanto todos tienen como fundamento la dignidad y, por tanto, la autonomía de la voluntad que presupone.

nomía, pues los bienes jurídicos no constituyen valores en sí mismos que merezcan protección penal. Así, cuando el titular consiente que alguien penetre en su esfera de dominio que supone el núcleo del bien jurídico, no habrá lesión de tal bien(13).

En el otro lado de la discusión, estaría aquella concepción ético-política, paternalista, que entiende que el Estado, o un sujeto autorizado por el Estado, tiene derecho a usar la coerción contra la voluntad de un individuo adulto, con el fin de tutelar sus intereses y evitar que él mismo cause un daño a estos(14). Una concepción menos extrema es la del llamado antipaternalismo moderado, una clase de situación intermedia, que defiende que el Estado no tiene Derecho a usar la coerción contra un individuo adulto con el fin, exclusivo o principal de evitar que se cause un daño a sí mismo, salvo, y esto es lo relevante, que cause un daño a terceros(15).

Sin embargo, las posiciones radicalmente liberales y radicalmente paternalistas, no son compatibles ni con lo que el legislador sostiene(16), ni con la propia estructura social. El hecho de que el legisla-

---

(13) Representantes de esta teoría liberal o unitaria del bien jurídico son ZIPF, H., *Einwilligung und Risikoübernahme im Strafrecht*, Luchterhand, Neuwied/Berlín, 1970, pp. 31 y ss; MAURACH R./ZIPF H., *Derecho penal. Parte general*, t.1, Astrea, Buenos Aires, 1994, p. 289; KIENZY, D., *Der Mangel am Straftatbestand infolge Einwilligung des Rechtsgutsträgers. Auf Grund einer kritischen Betrachtung der Differenzierung in Einwilligung und Einverständnis*, J. C. B. Mohr, Tubinga, 1970, pp. 49 ss. Aunque al que se identifica con la construcción que considera como causa de atipicidad el consentimiento del titular del bien jurídico es ROXIN, K., «Über die Einwilligung im Strafrecht», en *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, t. III, en *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Universidad de Coimbra, Coimbra, 1984, p. 37 y en *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t. I, 4.<sup>a</sup> ed, C. H. Beck, Múnich, 2006, § 13, nn.mm. 11-31. Entre otros muchos en Alemania, KAUFMANN, A., «Fundamento del deber jurídico y delimitación de la tipicidad», *ADPCP*, t. 37, 1, 1984, pp. 5-22. En España, se sitúan en esta línea BACIGALUPO ZAPATER, E., *Principios de Derecho penal español*, 4.<sup>a</sup> ed., Akal, Madrid, 1998, pp. 199 y ss; EL MISMO, «El consentimiento en los delitos contra la vida y la integridad física», en *Jornadas de estudio sobre la nueva reforma del Código penal, Poder judicial*, núm. 12, 1990, pp. 147-162; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *El consentimiento en el Derecho penal*, Dykinson, Madrid, 1999, pp. 8 ss. Aunque se muestra crítica con la teoría liberal del bien jurídico, llega sin embargo a resultados parecidos en cuanto a la libertad de disposición del sujeto titular del bien jurídico, ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, B., *op. cit.*, pp. 144-146.

(14) Así define MANIACI, G., el paternalismo jurídico, en *Contra el paternalismo jurídico*, Marcial Pons, Madrid, 2020, p. 24.

(15) Esta es la posición de FEINBERG, J., *The moral Limits of de Criminal Law. Harm to Self*, Oxford University Press, New York, 1986, pp. 10 ss., y, con otros matices, de MANIACI, G., *op.cit.*, pp. 25 ss.

(16) Así lo afirma ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, B., *op. cit.*, p. 136, que señala que la decisión del legislador ha sido tipificar las conductas lesivas de determinados valores objetivos, independientemente de la voluntad del sujeto.

dor tipifique comportamientos que afectan a distintas realidades confiere una dimensión jurídica a estas situaciones(17). Y la dimensión jurídica tiene efectos no solo en el individuo, sino también en la sociedad. El Derecho penal tiene como fin último hacer posible la convivencia social y proteger intereses relacionados con esa convivencia social de las conductas gravemente antisociales, esto es, perturbadoras de ese orden. Por eso, el ordenamiento jurídico al establecer qué conductas son antisociales, no tiene en cuenta solo la dimensión individual del interés (bien jurídico), sino también su dimensión social(18).

La consideración del individuo como ser social, supone que su propia existencia influye en la sociedad(19). La mayoría de las actuaciones del individuo tienen efecto social. Entender, desde una posición radicalmente liberal, que hay intereses que solo y exclusivamente pertenecen al sujeto, es no reconocer la dimensión social del individuo que no es una característica meramente declarativa, sino que es constitutiva del ser humano. Si el ser humano es un ser social, todo aquello que le afecta y que se percibe en el mundo exterior (no los pensamientos), tiene efecto en la sociedad(20). Cuestión distinta es la relevancia jurídica de esto. En algunos casos la dimensión social del bien jurídico es mayor que en otros. Los bienes jurídicos de carácter individual parece que tienen más dimensión individual que social, aunque esto no siempre es así. La realidad (jurídica) nos muestra que algunos bienes jurídicos individuales son valorados teniendo en cuenta su dimensión social y, por tanto, la estimación social que se hace de ellos.

Podría verse en lo anterior una defensa del intervencionismo jurídico, sin embargo, no es así. El Derecho, y en concreto el Derecho penal, como instrumento para hacer posible la convivencia social, debe limitar algunos derechos de los sujetos, teniendo en cuenta, su

---

(17) Como bien señala LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «Bien jurídico y legitimidad de la intervención penal», en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 22, núm. 2, p. 259: «la íntima conexión existente entre norma penal y bien jurídico-penal fuerza a que el hallazgo de éste pase por la interpretación de los términos con que la norma se enuncia».

(18) En este sentido ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, B., *op. cit.*, p. 145, sostiene que el Derecho penal, regido por el principio rector de intervención mínima, debe entrar a considerar las agresiones más graves, y esta gravedad ha de entenderse, no únicamente referida al bien jurídico, en sí, sino a su lesividad social.

(19) Sobre la idea de socialidad como principio fundamentador y rector del Derecho penal, expresado bajo el enunciado de *seguridad en la vida social*, véase SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P., *Fundamentos de Política criminal. Un retorno a los principios*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 96-101 y 131-150.

(20) Entiende PAWLIK, M., *Das Unrecht des Bürgers*, Mohr Siebeck, Tubinga, 2012, pp. 47-49, que el delito sería también un acto contra la generalidad y que una lesión, por ejemplo, de una vida individual lesionaría a toda la sociedad.

carácter de *ultima ratio* y la limitación de intervención mínima(21). La idea de que lo que no es lesivo para terceros debe quedar al margen del Derecho y ubicado únicamente en el círculo de autonomía de libertad del sujeto, no responde al funcionamiento real de las relaciones humanas y sociales. Cuando una realidad se conceptúa como bien jurídico, esto quiere decir que tiene valor para la comunidad jurídica, por tanto, que sobrepasa el ámbito meramente individual del sujeto titular(22).

El concepto de bien jurídico responde a la idea de protección de un objeto material, o de un interés, y la dimensión que tiene para la sociedad. Entiendo que algunos problemas que se plantean con el consentimiento vienen de confundir el objeto material de protección con el bien jurídico. Al hablar de bien jurídico no podemos olvidar, porque es la esencia, el elemento constitutivo del bien jurídico, su dimensión jurídica y también social. Cuando la lesión afecta al objeto material, pero no a su dimensión jurídica, no hay fundamento para la intervención penal. Así, por ejemplo, en el caso de las lesiones. Cuando se ponen como ejemplo las intervenciones médicas observando la praxis y buscando, aunque no se consigan, resultados beneficiosos para la salud (como una intervención quirúrgica donde hay que extirpar un órgano, o la quimioterapia y sus efectos...). Aunque se daña el cuerpo no se daña al bien jurídico integridad física, por tanto, no hay lesión en sentido jurídico, aunque lo haya desde el punto de vista del uso cotidiano del lenguaje. Por eso hay actuaciones que afectan al objeto de protección que no tienen relevancia jurídica(23).

No puede hablarse en general de la disponibilidad o no de los bienes jurídicos (individuales) por su titular, sino del grado de disponibilidad de esos bienes jurídicos. La dimensión social y jurídica de algunos intereses, permite la restricción o limitación del derecho a disponer del sujeto titular de sus propios bienes jurídicos. Que esto sea así, *de facto*, no quiere decir que deba ser así. En este sentido entiendo que la intervención del Derecho penal en la protección de

---

(21) En este sentido señala LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *op. cit.*, p. 5, «que en el problema del consentimiento en el fondo late una cuestión emparentada con la determinación de los límites del *ius puniendi*».

(22) Así lo señala ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, B., *op. cit.*, p. 136, al remarcar la diferencia entre interés del titular y bien jurídico.

(23) Esto podría alegarse a los ejemplos que cita Roxin, y a los que responde, ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, B., *op. cit.*, pp. 140 ss. El podólogo, el peluquero o el cirujano plástico afectan al objeto material de protección, al cuerpo, a la integridad corporal, pero no en sentido jurídico penal. La interpretación teleológica de los tipos penales, desecha *ex ante*, que estas conductas sean las que se recogen en el código penal. No tienen, añado yo, dimensión jurídico-penal.



bienes jurídicos individuales independientemente de la voluntad del titular, debe ser la excepción(24). Lo contrario puede llevar a una visión paternalista del Derecho penal donde actúe efectivamente como configurador de la moral social(25).

### 3. La eficacia del consentimiento. La relevancia del contexto en la libertad de disposición de los bienes jurídicos

Según lo anterior se puede hacer una diferenciación entre qué es *de lege lata* y qué pudiera o debiera ser *de lege ferenda*. En un contexto social y democrático de Derecho entiendo que los bienes jurídicos individuales (inmediata o mediatamente vinculados a la persona) deben ser disponibles por su titular y solo excepcionalmente el Estado puede regularlos(26). Como en todo conflicto de principios del Derecho penal(27) el principio de seguridad, entendido como protección de la vida social y el de respecto a la dignidad del sujeto, están en tensión, y ello exige por parte del legislador una toma de posición en favor de uno u otro, que no quiere decir que uno de ellos desaparezca en favor del otro(28). Esto depende del contexto social y jurídico del momento. El legislador puede estimar que para conseguir un determi-

---

(24) Dice LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *op. cit.*, p. 5, que «cuando más *civilizada* se vuelva la sociedad, tanto más se predica el principio de intervención mínima del Derecho penal» (cursiva en el original).

(25) SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, 3.<sup>a</sup> ed. ampliada, BdF, Madrid, 2011, pp. 64-68.

(26) En un sentido parecido ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, B., *op. cit.*, p. 144, cuando sostiene que un Estado democrático de Derecho en el que la libertad y lo individual tienen un valor tan acentuado, el consentimiento del titular del bien jurídico actúa como causa de atipicidad. La conducta no tendría relevancia alguna para el Derecho penal.

(27) En el sentido que utiliza los principios SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P., *op. cit.*, pp. 96 ss.

(28) Fundamenta la decisión de la disponibilidad de los bienes jurídicos sobre el principio de ofensividad, ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, B., *op. cit.*, p. 145. Si el Derecho penal no puede inmiscuirse en conductas de ciudadanos que no afecten a terceros, con más razón debe abstenerse de entrar a calificar injerencias consentidas. Estoy de acuerdo con la posición de esta autora, salvo porque me parece que su propuesta es *de lege ferenda*. De hecho ella lo manifiesta en varios lugares de su obra y lo recoge como conclusión (p. 368). Una concepción de los bienes jurídicos individuales como disponibles por el sujeto titular (bien desde una teoría liberal del bien jurídico, o bien desde otra teoría como la que sostiene) no explica que este no es el camino por el que ha optado el legislador que ha decidido tipificar conductas lesivas de determinados valores objetivos, considerados merecedores de tutela penal, al margen de la voluntad del sujeto.

nado modelo de política criminal uno de los principios debe ceder preponderancia al otro. Esto ocurre con la disponibilidad de determinados bienes jurídicos. Para mantener determinado modelo de comportamiento que se ve necesario para proteger el orden social, se pueden llevar a cabo restricciones en el ejercicio de la libertad (de disposición) de algunos sujetos (los titulares de los bienes jurídicos). Estas restricciones por motivos ético-sociales configuran un modelo de política criminal en determinados ámbitos, que determina un modelo de sociedad.

Obviamente esto tiene grandes peligros cuando estas decisiones son extremas(29). Entiendo que las decisiones legislativas basadas en la idea de generar un contexto social determinado son claramente lesivas de la libertad de los sujetos. Por otro lado, las decisiones basadas únicamente en la libertad absoluta de los sujetos, puede llevar a otro contexto social donde se pierda la dimensión social de las conductas y su contenido cultural.

En cualquier caso, el Derecho penal es la *ultima ratio* y habrá que valorar la intervención sobre todo cuando se trata de bienes jurídicos de carácter individual. Aquí cobra aún más relevancia la idea de que el Derecho penal intervenga de manera excepcional cuando se trata de conductas que afectan a bienes jurídicos individuales. Podría decirse que la regla general es que en el caso de los bienes jurídicos individuales, el consentimiento, como manifestación de la voluntad del titular, permite la intervención sobre estos. De manera excepcional, y como manifestación de la dimensión social de algunos (integridad física, integridad moral, etc.) hay restricciones ético-sociales. Estas restricciones sociales suponen un refuerzo a determinados modelos de comportamiento que se ven como necesarios para mantener el orden social (un determinado orden social, que responde a la concepción de seguridad del momento). Podría replicarse que esta concepción obedece a una visión social de los bienes jurídicos, pero la perspectiva absolutamente individualista no es posible *de facto* en un contexto social(30).

---

(29) Sobre los peligros de un paternalismo estatal, MANIACI, G., *op. cit.*, pp. 71-105.

(30) Refleja esta idea la expresión utilizada por MANIACI, G., *op. cit.*, p. 105, «el Derecho a ser dejados en paz y a no ser dejados solos». Esto responde a la idea, aquí sostenida, de que en toda sociedad hay cierta interferencia en la libertad de los sujetos, la cuestión es si esto debe ser algo excepcional, bien fundamentado, o es un modo de actuar ordinario para el Estado. Señala MANIACI (p. 107) que la diferencia con posiciones intervencionistas es que esta interferencia en la libertad prevista por posiciones más liberales es muy limitada. SILVA SÁNCHEZ, J-M., mantiene un intervencionismo moderado, en «Suicidio alemán y «duelo americano»», *InDret* (3), 2018, Editorial, p. 1, sostiene refiriéndose a la punición del suicidio y ante la postura de quienes sostienen que el

Lo individual tiene límites y, obviamente, lo supraindividual (lo social) también.

Estas restricciones ético-sociales generan reglas de comportamiento, y esas reglas son las que marcan la diferencia entre las conductas que están dentro del Derecho penal y las que están fuera. Por tanto, la clave del consentimiento, como capacidad de disponibilidad del bien jurídico por su titular, no está únicamente en la autonomía del individuo, sino en el *binomio autonomía del sujeto y reglas del contexto establecidas por la valoración social*. Para afirmar que existe una habilitación, por parte del titular del bien jurídico, para que un tercero intervenga sobre este bien jurídico tiene que poder afirmarse la existencia de este binomio: autonomía y contexto, que indica la manifestación valorativa nuclear de este instituto del consentimiento.

Ese binomio, que limita el consentimiento, deberá ser tenido en cuenta para dar pautas generales sobre cuándo existe o no. La relevancia y validez del consentimiento dependerá, por supuesto, de la capacidad del sujeto para hacerlo (autonomía, como *conditio sine quae non*), así como del bien jurídico de que se trate y de su valoración social.

Algunos ejemplos pueden ilustrar esta afirmación. No pretendo ser exhaustiva, ni analizar cada uno de estos ejemplos con detalle, solo evidenciar mi planteamiento. Así, el consentimiento en las lesiones es una muestra de la complejidad de la autonomía individual en la disponibilidad de los bienes jurídicos. Determinar cuándo el sujeto puede o no consentir una intervención agresiva en su cuerpo es un tema no exento de polémica. En este sentido hay básicamente dos posturas: por un lado, los que consideran que en este bien jurídico, eminentemente individual, la voluntad del sujeto es fundamental y es, por tanto, absolutamente disponible; y quienes consideran que algunos bienes jurídicos, en concreto, la integridad física, tienen restricciones ético-sociales<sup>(31)</sup>.

Podemos ver y analizar qué ocurre con la relevancia del consentimiento en intervenciones médicas lesivas de la integridad, como la cirugía transexual, la esterilización, o las lesiones aceptadas en prácticas sadomasoquistas. Algo distinto es el caso de la esterilización de incapaces con el consentimiento del tutor, o los supuestos de cirugía

---

Derecho penal debe inhibirse de estos problemas: «(Q)ue el débil necesita la protección del Estado: y sí, a veces necesitamos que se nos ayude frente a nosotros mismos».

(31) Así CEREZO MIR, J., señala para este bien jurídico, que «las lesiones corporales consentidas solo se sancionarán cuando a pesar del consentimiento, se estimen ético-socialmente reprobables», en *op. cit.*, pp. 664-665.

transexual en el caso de menores. ¿Son estos casos semejantes a los de ablación genital con el consentimiento del tutor?(32)

En todos estos casos, lo primero que debería quedar claro es si el sujeto conoce la situación a la que está prestando su consentimiento y no tiene ninguna limitación física o psíquica que le obligue a actuar de esa forma. Sin embargo, a pesar de que ello se constata, en muchos de los supuestos anteriores no podríamos confirmar la relevancia del consentimiento. El propio artículo 155 CP establece la eficacia atenuatoria, en algunos supuestos, del consentimiento en las lesiones, donde el consentimiento no tendría eficacia absoluta frente a la intervención de un tercero sobre el bien jurídico. En otros, no tendría ninguna eficacia, al ser el titular del bien jurídico menor de edad o incapaz y entender que no pueden prestar de manera válida y eficaz su consentimiento. En estos casos, el consentimiento no estaría vinculado a la declaración del titular del bien jurídico, sino de su representante legal. Pero, además, no siempre. En el caso de la ablación, aunque el tutor del menor consienta, su consentimiento no es válido, y no lo es, porque el contexto es valorado negativamente por una sociedad concreta en un momento concreto. No se admite en España (aunque sí lo esté en un modelo social y cultural distinto, como es el de la cultura musulmana). En todos estos casos se percibe que la eficacia del consentimiento no depende únicamente de la voluntad del titular, sino de otros condicionantes de carácter ético-social.

Sin embargo, a pesar de que el consentimiento en las lesiones o no tiene eficacia, o tiene solo eficacia atenuatoria, el artículo 156 CP establece la eficacia absoluta del consentimiento en casos de cirugía transexual, esterilización y trasplante de órganos. Estos tres supuestos son un claro ejemplo de la valoración social de estas conductas relacionadas con el mismo bien jurídico.

No se permite la venta de órganos, pero sí la donación. Que haya transacción económica, o que sea un acto altruista no afecta a la conducta objetiva, ni a la habilitación que hace el titular del bien jurídico, pero sí a su valoración social. No me estoy refiriendo a aquellos supuestos donde el sujeto en una situación semejante al estado de necesidad, ante una situación económica extrema, por ejemplo, acceda a vender alguno de sus órganos, en cuyo caso no existe capacidad para

---

(32) Podríamos pensar en otros casos en los que la doctrina pone en duda la relevancia del consentimiento del titular del bien jurídico, como ocurre en las situaciones de heteropuesta en peligro consentida, donde doctrina y jurisprudencia dicen que no tiene relevancia el consentimiento (infecciones por VIH, por ejemplo). O los supuestos de autopuesta en peligro (no llevar cinturón, casco...).

consentir en sentido estricto. Me refiero a los supuestos donde el sujeto busca un lucro económico y en una valoración coste/beneficio accede a vender, por ejemplo, un riñón. Éste podría ser un buen ejemplo del significado de contexto, restricción ético social.

En todos los casos expuestos el bien jurídico protegido es el mismo, y en todos, partimos de que el sujeto titular del bien jurídico tiene capacidad para consentir (conoce y puede actuar de otra forma), sin embargo, en cada uno la relevancia del consentimiento es distinta. La razón, a mi entender, es que la valoración ético-social de las conductas que afectan al bien jurídico es distinta en cada caso.

El StGB (§ 228 StGB) no sanciona las lesiones con el consentimiento del lesionado si están de acuerdo con las buenas costumbres. Estas «buenas costumbres» responde a la idea que sostengo y recoge, en un fórmula algo arcaica, es verdad, las restricciones ético-sociales, aquello que en cada momento se considera como admisible y aquello que no.

Un caso claro lo ilustra la regulación sobre eutanasia. La relevancia del consentimiento es fundamental para que la conducta no sea típica, mas no sin atender al contexto. Puesto que, ¿cuál resulta ser el núcleo de la cuestión?, ¿que el sujeto quiera morir o que exista contexto eutanásico? La respuesta parece clara: solo cuando se den los dos elementos de manera concurrente, no en el tiempo, sino en el sujeto. Es entonces cuando valoramos la eficacia de tal consentimiento, como jurídico-penalmente válido(33). Sin embargo, otros supuestos de voluntad (incluso expresa) del sujeto sobre su decisión de morir merecen una valoración distinta. Es lo ocurrido en el caso del caníbal de Rotemburgo(34).

---

(33) JAKOBS, G., en su trabajo sobre eutanasia y suicidio, *Suicidio, eutanasia y derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 70, señala que «la ilicitud de la eutanasia, que aquí se preconiza, no depende del capricho individual del solicitante, sino de la razonabilidad objetiva –por supuesto, susceptible de cambio– de su petición; razonabilidad que es controlada por el Derecho». Esta razonabilidad objetiva no tiene que ver con la autonomía del sujeto, sino de cómo se interpreta esta decisión. Será un «capricho individual», por parafrasear a Jakobs, o no, dependiendo de cómo se interprete. Si se entiende, en mi planteamiento, en un contexto intersubjetivo, que la petición es razonable, será lícita la conducta, si no se ve como tal, no. Por tanto, no depende solo de la decisión del autor, sino de cómo se interpreta y valora tal decisión.

(34) Armin Meiwes se comió a Bernd Jürgen Brandes, a quien había conocido por internet. Según el profesor Arthur Kreuzer del instituto de criminología de la Universidad de Gessen, el caso pudo marcar un hito en la historia judicial. «Es un asesinato convenido por víctima y asesino. No creo que pueda considerarse como el peor caso de asesinato premeditado» matizó el profesor. El abogado de Meiwes argumentó que Armin dejó libres a cuatro personas que se habían ofrecido voluntarias para el sacrificio, por las dudas que mostraban y que su víctima dio el pleno consentimiento

En los delitos que afectan a la integridad moral, el debate también existe. Casos como el del lanzamiento de enanos, o el del mendigo que se deja tatuar con un texto infamante, o el de una persona que, a cambio de dinero, se deja someter a tratos denigrantes<sup>(35)</sup>. En estos casos, la discusión no discurre sobre si hubo o no consentimiento, sino si ese consentimiento se entiende o no como relevante. Y esta relevancia radica en si le damos o no validez, no en si creemos que sea una manifestación libre o no lo sea.

Un estudio aparte, por su especial relevancia, merece el consentimiento en los delitos sexuales<sup>(36)</sup>. Cuando se trata de menores, la relevancia del consentimiento se establece socialmente, no se hace un estudio psicológico o psiquiátrico del sujeto implicado. Hay determinadas conductas que no se entienden permitidas socialmente, en cambio otras sí.

Algo parecido ocurre con el patrimonio. Tenemos claro que si existe consentimiento del titular de éste para que otro disponga de él, la conducta no tiene relevancia penal. En estos casos lo protegido penalmente no es la propiedad, sino el derecho a la propiedad y como tal derecho quien puede usarlo es su detentador jurídicamente habilitado. La disponibilidad del derecho a la propiedad es bastante amplia, pero no completa. El Derecho a veces, priva a su propietario de algunas posibilidades de disposición de la cosa. Podríamos decir que el propietario no es siempre y en todo momento libre para disponer de su cosa libremente, está sujeto a los usos del Derecho, como ocurre, como ejemplo, en el supuesto de daño a cosa propia regulado en el artículo 289 del CP.

De los supuestos expuestos a modo de ejemplo, podríamos determinar que el consentimiento convierte algunas de estas conductas en

---

antes de que Armin lo matase. El primer juicio llevado a cabo en enero de 2004, el tribunal de Kassel condena a Meiwes por homicidio a ocho años y medio de prisión. La sentencia es recurrida y en el año 2006 el Tribunal Federal Supremo (BGH), condenó a Meiwes a cadena perpetua por cometer un asesinato agravado (§ 211.2 StGB, que contempla obrar para satisfacer el instinto sexual o por motivos bajos, entre otros supuestos). Ambas sentencias no tuvieron en cuenta el presunto consentimiento de la víctima. [https://elpais.com/internacional/2004/01/30/actualidad/1075417202\\_850215.html](https://elpais.com/internacional/2004/01/30/actualidad/1075417202_850215.html)

(35) Como el caso de los hinchas de fútbol que denigraron a unas personas [https://www.abc.es/espana/madrid/abci-juicio-miercoles-tres-hinchas-humillar-indigentes-pedian-limosna-plaza-mayor-202009111227\\_noticia.html](https://www.abc.es/espana/madrid/abci-juicio-miercoles-tres-hinchas-humillar-indigentes-pedian-limosna-plaza-mayor-202009111227_noticia.html). En este caso no nos preguntamos si esas personas aceptaron o no esa humillación. No la admitimos socialmente, aunque aceptaran verbalmente el trato.

(36) No puedo entrar a estudiar con detalle este elemento en este contexto, por la complejidad del tema, pero tampoco puedo dejar de hacer referencia a él. Un trabajo detallado y profundo sobre esta cuestión en PEREIRA GARMENDIA, M., *op. cit., passim*.

conductas atípicas, bien porque son socialmente admitidas (despliegan por tanto un riesgo que no tiene relevancia penal, por no ser cualitativamente idóneas; riesgo permitido) o bien porque al haber aquiescencia del titular del bien jurídico ni siquiera son objeto material del Derecho penal (aquellas que solo tienen sentido jurídico si hay oposición del titular del bien jurídico, como ocurre con la intimidad domiciliaria o el patrimonio).

Por tanto, entiendo, y estos ejemplos evidencian esta tesis, que el bien jurídico tiene una dimensión social, no solo individual. Es cierto que algunos bienes jurídicos tienen una dimensión social de gran relevancia, y otros, en cambio, no tanto. En estos últimos la autonomía del individuo tiene un campo de acción mucho más amplio que en los supuestos donde la dimensión social del bien jurídico es más evidente. Que predomine la dimensión social o la individual no depende desde luego del individuo. El legislador establece límites, basados en restricciones ético-sociales a la autonomía de la voluntad del titular del bien jurídico. La autonomía de la voluntad del titular del bien jurídico es así condición necesaria para que exista consentimiento, pero no suficiente.

### III. LA PRUEBA DEL CONSENTIMIENTO. CRITERIOS NORMATIVOS PARA SU VALORACIÓN

El legislador penal, utilizando distinta técnica jurídica, prevé el consentimiento del titular del bien jurídico (o afectado por la conducta) como elemento del tipo. A veces, de manera expresa, como elemento normativo del tipo, y de manera positiva, como ocurre en el caso de eutanasia (que exige «petición seria, expresa e inequívoca»), o en las lesiones del artículo 155 (cuando se exige consentimiento válido, libre, espontáneo y expreso), o en el delito de aborto del artículo 145 (el que produzca el aborto de una mujer «con su consentimiento»). O en los delitos patrimoniales, como en el de sustracción de cosa propia del artículo 236 (el que actuando «con el consentimiento de este», el titular).

Otras veces, de manera expresa, pero negativa, «sin su consentimiento» o «contra la voluntad», como en el caso del aborto del artículo 144 («el que produzca el aborto de una mujer sin su consentimiento»), o en el artículo 156 bis, para las donaciones de órganos (sancionando cuando la extracción de órganos se haya realizado «sin el consentimiento libre, informado y expreso del donante»), o la reproducción asistida del artículo 161 («quien practicare reproducción asistida en una mujer, sin su consentimiento), o la trata de

seres humanos del 177 bis, o el uso de terminal de telecomunicación del artículo 256 («sin consentimiento de su titular»). Muy relevante es la exigencia de falta de consentimiento en los delitos sexuales, como el 181 (sin que medie consentimiento), o el supuesto del 183 quáter. O en los delitos de descubrimiento o revelación de secretos del artículo 197, en los que se exige, para afectar a la intimidad de otro, que sea sin su consentimiento; o en el de allanamiento de morada del artículo 202, o el del artículo 203 de allanamiento contra la voluntad de su titular en el domicilio de una persona jurídica, o la sustracción de menores del artículo 225 bis. También exige consentimiento el legislador por la usurpación del artículo 245 (sin autorización o contra la voluntad del titular del inmueble). O en delitos contra la propiedad industrial del artículo 273 (sin consentimiento del titular de una patente) y el 274 (sin el consentimiento del titular de una propiedad industrial registrado) o el artículo 286 (sin consentimiento del prestador de servicios). O el delito del ejercicio profesional del abogado, del artículo 467 cuando éste, sin el consentimiento de su defendido o representado decide defender o representar a otro en el mismo asunto con intereses contrarios, o la inviolabilidad domiciliaria por funcionario público del artículo 534 y el 557 ter.

En otros delitos, aunque no se habla de consentimiento de manera expresa, es consustancial a la valoración del riesgo típico que no puede haber consentimiento, como puede ocurrir en la agresión sexual, o en algunos delitos patrimoniales como el robo violento o intimidatorio. Y en otros delitos, la actuación de la víctima, o del sujeto pasivo, tiene una relevancia fundamental en la creación del riesgo típicamente relevante. En los llamados delitos de relación<sup>(37)</sup> existe una víctima participante. Como la estafa, donde la actuación de la víctima que lleva a cabo el desplazamiento patrimonial es fundamental para que se produzca el delito.

---

(37) HASSEMER, W., *Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtdogmatik*, Duncker&Humblot, Berlín, 1981, pp. 54 y 55, trata de los *Beziehungsdelikten*. Los delitos de relación son aquellos en los que la víctima participa de alguna medida, mientras que los delitos de intervención serían aquellos en los que el tipo delictivo no presupone que la víctima participe, sino que el autor «interviene en» o «accede a» los bienes jurídicos protegidos sin mediación de su titular. Así lo explica con detalle y abundantes referencias bibliográficas, CANCIO MELIÁ, M., *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, 2.ª ed, J. M. Bosch, Barcelona, 2001, p. 239.



En todos estos supuestos el consentimiento, o la falta de consentimiento, es un elemento del tipo penal (expreso o tácito) (38) que habrá que probar, con la singularidad de que es un elemento de carácter psíquico. Saber si el sujeto titular del bien jurídico consiente o no en la afectación a éste, exige ser constatado. A tratar de encontrar criterios que ayuden en esta tarea, voy a dedicar las siguientes páginas.

## 1. Hacia una teoría de la acción del sujeto que consiente

### a) EL TITULAR DEL BIEN JURÍDICO COMO SUJETO AGENTE.

En la primera parte de este trabajo he intentado concretar qué entiendo por consentimiento del titular del bien jurídico y cuándo éste tiene relevancia en términos generales. Una vez determinado que en algunas ocasiones el consentimiento del titular permite la intervención sobre su bien jurídico, tendremos que resolver si el consentimiento se ha producido.

El consentimiento, entendido como manifestación de la voluntad del sujeto sobre la disposición de un bien jurídico del que es titular (aceptando o habilitando a un tercero a intervenir), es un elemento de carácter interno, no se puede medir, pero se debe interpretar y valorar. Este es mi punto de partida, el consentimiento del titular del bien jurídico, cuando tiene relevancia para el Derecho penal porque determina la tipicidad o atipicidad de una conducta, debe ser entendido como un elemento normativo (expreso o tácito) del tipo penal. Estoy de acuerdo con Sánchez-Ostiz en que la libertad (y el consentimiento es manifestación de libertad) cuando debe ser probada en un proceso penal, debe ser acreditada y esto no puede hacerse con elementos empíricos, de carácter científico, sino que exige valoración(39). El

---

(38) Sobre si en estos supuestos en los que la descripción típica recoge el consentimiento son casos de atipicidad o antijuridicidad, véase ampliamente LUZÓN PEÑA, D. M., *op. cit.*, pp. 21 y ss; SEGURA GARCÍA, M. J., *op. cit.*, pp. 17-22 y 54 ss. Entiendo, sin entrar de manera detallada sobre esta cuestión, que en la mayoría de los supuestos de los que aquí estoy tratando, el consentimiento del sujeto pasivo actúa como causa de atipicidad de la conducta, al entender que el consentimiento convierte el riesgo de afectación al bien jurídico de que se trate, en socialmente adecuado, o sin relevancia (cualitativa o cuantitativa) penal. Sobre esto, haciendo referencia al consentimiento en concreto en los delitos sexuales, PEREIRA GARMENDIA, M., *op. cit.*, pp. 159-189. Este autor da parámetros para determinar el umbral que separa el riesgo típicamente relevante del socialmente adecuado.

(39) Así lo pone de relieve SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P., en *op.cit.*, p. 4. Señala este autor que «la libertad es de carácter trascendental, en cuanto que queda más allá de la experiencia sensible, pero sin abandonar el ámbito de lo empírico en el que se da. Eso significa que su apreciación se produce en el momento de ejercerse, y

consentimiento del titular del bien jurídico, para que otro afecte en una medida u otra a éste, debe ser valorado por el juez teniendo en cuenta el contexto intersubjetivo, que incluye al titular del bien jurídico, al tercero que afecta al bien jurídico y la naturaleza del bien jurídico de que se trate. Todo ello nos llevará a determinar (no a descubrir) la existencia o no, en el caso concreto y en el momento concreto, del consentimiento por parte del titular del bien jurídico. Ya señaló Hruschka, y ha sido citado reiteradamente, que cualquier elemento espiritual, no se constata y se prueba, sino que se imputa. Es por tanto un juicio adscriptivo, no descriptivo(40). Esto que dice respecto, por ejemplo, al dolo, podría ser aplicado, *mutatis mutandis*, a la idea del consentimiento de la víctima(41). El consentimiento de la víctima sobre el bien jurídico del que es titular como elemento interno que es, no puede probarse ni evidenciarse naturalísticamente y no de manera fiable(42). Este trabajo busca desarrollar, tomando como punto de partida la propuesta de Hruschka, criterios de valoración del consentimiento de la víctima. Ello para tratar de probar la autonomía

---

no tanto cuando teorizamos sobre ella o nos referimos a ella al margen de la concreta acción libre enjuiciada. De aquí parte el problema de referirnos a la libertad en el procedimiento penal, pues de suyo es un acceso *a posteriori* a algo que ya tuvo lugar y además no es empírico».

(40) HRUSCHKA, J., «Sobre la difícil prueba del dolo», en *Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, BdF, Buenos Aires, 2.ª ed., 2009, pp. 195-196.

(41) Roxin, que en otro orden de cosas se ha manifestado como uno de los principales defensores de la idea liberal de bien jurídico, afirmando que el titular del bien jurídico es libre absolutamente para disponer de él, entiende el consentimiento como una categoría jurídica que como tal requiere la reformulación normativa del fenómeno psíquico. Así lo señala ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, B., *op. cit.*, p. 144, que critica que cuando este autor «habla de voluntad, para determinar la ineficacia del consentimiento no se ha de atender a la voluntad real del portador del bien jurídico, a lo que ha sido para él esencial en la concepción del consentimiento, sino que hay que elaborar reglas jurídicas. Pero para calificar una categoría mucho más jurídica, cual es lo que constituye bien jurídico y lo que no, la voluntad del titular resulta determinante».

(42) Como pone de manifiesto FATEH-MOGHADAM, B., «Grenzen des weichen Paternalismus», en *Grenzen des Paternalismus*, Kolhammer, Stuttgart, 2010, p. 27, «no es algo esencialmente dado, medible empíricamente o susceptible de ser diagnosticado psicológicamente, sino que constituye un constructo normativo contingente». En el mismo sentido, PAWLIK, M., «Selbstbestimmtes Sterben: für eine theologische Reduktion del §216 StBGB», en Albrecht et al. (eds.), *Festschrift für Walter Kargl zum 70. Geburtstag*, BWV Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlín, 2015, p. 413. Esta idea ha sido desarrollada ampliamente y de manera magistral para el dolo. Sobre esto véase la monografía de Ragués donde se describe una teoría del dolo basada en este planteamiento. RAGUÉS I VALLÈS, R., *El dolo y su prueba en el proceso penal*, J. M. Bosch, Barcelona, 1999, en especial, pp. 357 ss.

del titular del bien jurídico al disponer, y permitir a otro que co-disponga sobre él.

La teoría jurídica del delito supone el desarrollo de una teoría de la acción para el sujeto autor de un hecho delictivo, y para poder imputar con base en la libertad, tenemos criterios en materia de imputación subjetiva y culpabilidad que son útiles para probar la autonomía del autor de un hecho delictivo sobre la creación de un riesgo frente a bienes jurídicos de terceros. Estos criterios, ya muy elaborados y profusamente desarrollados por la doctrina, pueden servir de guía para trazar una teoría normativa de la acción del sujeto que consiente en la afectación al bien jurídico del que es titular, y que pueden ayudar a probar la existencia o no de la autonomía de la voluntad. Esta teoría de la acción del titular del bien jurídico es complementaria a la teoría de la acción del autor del delito.

El titular del bien jurídico es un sujeto agente, que actúa, y requiere, como tal, conocimiento y voluntad. En el caso del agente<sup>(43)</sup> autor de un hecho delictivo diríamos que debe tener dolo (conocimiento del riesgo típicamente relevante que su conducta despliega) y culpabilidad (conocimiento sobre la norma y capacidad para poder actuar de otro modo). En el caso del sujeto titular del bien jurídico, para ser agente, y por tanto emitir un consentimiento válido, debe tener también conocimiento y voluntad. Como he señalado al principio de este trabajo, debe conocer la situación real a la que presta el consentimiento y debe ser capaz de actuar de otro modo. Teniendo en cuenta que la actuación (consentimiento) del titular del bien jurídico (en ocasiones víctima del delito) puede tener consecuencias en la imputación del autor, debemos demostrar que existió una actuación libre por su parte. Tendremos que analizar las situaciones en las que, por una razón u otra, se entiende que el sujeto no tenía libertad para consentir, las situaciones, en definitiva, dónde pueden darse vicios del consentimiento<sup>(44)</sup>.

---

(43) Esta idea del sujeto como agente es desarrollada por SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P., *Víctimas e infractores, cumplidores y héroes. La culpabilidad en clave de imputación*, Reus/BdF, Madrid, 2018, pp. 33-34. Señala expresamente que: «(I)mputamos sobre la base de conocimiento y voluntad, y esto en cualquier acción humana, no solo en las de los infractores, sino también en las de las víctimas...». (p. 97).

(44) Esta idea tiene como referente la obra de ARZT, G., *Willensmängel bei der Einwilligung*, Athenäum, Gotinga, 1970.

## b) LOS VICIOS SOBRE EL CONOCIMIENTO Y SOBRE LA VOLUNTAD

De manera general, se hace referencia a que para afirmar la libertad del sujeto debe tener capacidad y libertad para poder consentir(45). Maniaci(46) establece cuatro condiciones que, cuando se dan, aseguran la autonomía del autor. Estas son: racionalidad y capacidad de discernir, conocimiento de los hechos relevantes, estabilidad (culpabilidad) en el tiempo del consentimiento, libertad suficiente de presiones coercitivas.

Así es, las agresiones a la libertad tienen lugar en dos órdenes, el cognoscitivo y el volitivo(47). En primer lugar, tenemos que poder afirmar que el sujeto conocía la situación fáctica a la que se enfrentaba y el cambio de situación que su consentimiento iba a suponer. Si el sujeto tiene un error sobre los elementos fácticos de la situación, no puede afirmarse que tenga libertad para decidir, en este caso, sobre la disponibilidad de su bien jurídico. Por ejemplo, un sujeto dormido o inconsciente(48), o abordado sorpresivamente, no puede prestar un consentimiento válido porque tiene un desconocimiento o error total sobre la situación.

Puede ocurrir también que el sujeto desconozca, tenga un error, sobre la naturaleza o valoración jurídica del hecho. No entrarían aquí los supuestos de error en los motivos, sino los casos de error sobre la naturaleza jurídica del acto. Este error puede ser provocado por el sujeto infractor, como, por ejemplo, el que cree que el médico está llevando a cabo una acción de exploración física, ajustada a la *lex artis*, cuando no es así y el acto es de naturaleza sexual. El error tam-

(45) Sobre esto de manera detallada sobre las distintas posiciones dogmáticas, ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, B., *op. cit.*, pp. 147-178. Entiende esta autora, argumentando de manera negativa, que no existirá consentimiento, y sí, por tanto, vicio del consentimiento, cuando «de no mediar el vicio, el titular no hubiera consentido, independientemente de que se trate de un error, de un engaño o de una coacción» (p. 172). Por su parte, CHANG KCOMT, R., *op. cit.*, pp. 261 y ss., exige para la validez del consentimiento la titularidad del bien jurídico, capacidad para consentir y representación.

(46) MANIACI, G., *op. cit.*, pp. 93-105.

(47) Si a la actuación del agresor, del infractor de la norma, le exigimos que haya mínima capacidad de obrar y de conocimiento, también se puede exigir lo mismo para poder hablar de libertad de la acción del que consiente.

(48) Una problemática especial y concreta es la del consentimiento presunto, sobre todo para supuestos relacionados con tratamientos médicos. Se trata de aquellos casos donde, según CASAS BARQUERO, E., *op. cit.*, p. 103, el titular del bien jurídico afectado por la conducta típica hubiera consentido su realización, de haber tenido conocimiento de los hechos y hubiera podido consentir. También, ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, B., *El consentimiento*, pp. 211-226; CHANG KCOMT, R., *op. cit.*, 313-328; SEGURA GARCÍA, M. J., *op. cit.*, pp. 148-157.

bién puede venir provocado por la naturaleza del propio sujeto que consiente, al no poder comprender, y por tanto, conocer, la naturaleza del acto, tanto de manera permanente (el caso de un sujeto con una grave incapacidad cognitiva) o temporal (como el caso de los menores, o de sujetos que se encuentran bajo la influencia de sustancias estupefacientes o alcohol).

Pero los vicios, además del conocimiento, también pueden ser sobre la voluntad, entendida en sentido más estricto (volición, que en la teoría de la acción del autor del delito situamos en sede de injusto) o más amplio (voluntariedad, que en teoría del delito situamos en sede de culpabilidad). La voluntad de un sujeto se puede doblegar mediante fuerza física. En algunos casos esta fuerza es de tal magnitud «que anula lo básico de la capacidad de acción en quien la padece»(49). En estos casos faltaría el concepto mínimo de libertad, la volición, entendida como capacidad al menos de tener una opción de actuar de otro modo. O los casos de sujeto privado de sentido, donde no hay conocimiento básico y por tanto no hay alternativas de comportamiento.

Pero la voluntad también puede verse compelida de otra manera, en la que puede haber fácticamente capacidad de actuar de otro modo, pero donde la libertad, en cuanto voluntariedad del sujeto, está también compelida. Se puede limitar la libertad del sujeto para decidir actuar de otro modo, porque está sujeto a una violencia física o psicológica. En el primer caso entrarían los supuestos donde el sujeto ve condicionada su libertad por la existencia de coacciones o violencia física. En el segundo, la libertad se ve afectada por intimidación, prevalimiento, abuso, aprovechamiento o amenazas.

En todos los casos donde el sujeto titular del bien jurídico (víctima del delito) se encuentra en una situación de error (sobre los hechos o la naturaleza de estos) o está compelido por violencia (física o psíquica) no puede hablarse de libertad y, por tanto, no puede resolverse que el consentimiento existe(50). En estos casos la aceptación del sujeto

---

(49) SÁNCHEZ-OSTIZ, P., *op. cit.*, p. 17.

(50) Estas limitaciones a la libertad de la víctima son mucho más familiares cuando se trata del sujeto infractor, pues a ello se ha dedicado toda la teoría jurídica del delito. En el caso del infractor la fuerza física irresistible se sitúa en sede de acción penalmente relevante, no habría siquiera volición. Cuando se trata de una fuerza psíquica se tendría en cuenta en sede de culpabilidad (por ejemplo, como miedo insuperable) o como coerción psicológica (intimidación). Si desconoce la situación fáctica o tiene un error de tipo, se analizaría desde los parámetros de la tipicidad o si desconoce la propia antijuridicidad de la conducta (desde la culpabilidad). Esta distinción de cuatro formas de agredir o atacar la libertad del agente según sea al conocimiento (error o fraude) o a la voluntad (fuerza física o fuerza moral), y al mismo tiempo, sobre qué recaiga, sobre datos fácticos (fuerza física y error sobre datos fácticos) o valorativos

pasivo no es válida, porque no es tal. Diríamos de una manera más llana y clara que no era libre y que, por tanto, su consentimiento no puede ser considerado válido y habilitante a la intervención de un tercero.

Es cierto que el problema, como siempre, se plantea en las zonas grises. Los casos extremos, donde la fuerza o el error muestran de manera manifiesta y evidente que no hay margen de actuación del sujeto, no ofrecen tantos problemas. Más difíciles son aquellos casos en los que, al existir posibilidades fácticas de obrar de otro modo, no queda claro si la víctima tuvo o no capacidad para consentir, si pudo o no negarse a la intervención del otro sobre su bien jurídico. Sobre esta cuestión trataremos en el siguiente epígrafe.

Todos estos elementos para determinar si existe o no libertad de consentir pueden reducirse a dos presupuestos: que el sujeto deba *conocer* los hechos relevantes de la situación fáctica y el cambio de situación que su consentimiento va a suponer y su *capacidad* para hacerlo. Este es el planteamiento propuesto desde las primeras páginas de este trabajo: que el titular del bien jurídico consiente cuando tiene libertad para hacerlo en el sentido de que conoce la situación y tiene capacidad (fáctica y moral) para prestar el consentimiento.

## 2. La prueba del consentimiento

En el apartado anterior hemos determinado los supuestos en que se entiende, de manera general, que no hay consentimiento: aquellos casos en los que el sujeto titular del bien jurídico está en una situación de error o violencia.

El consentimiento supone la exteriorización de la voluntad del sujeto y la voluntad, que es manifestación de la autonomía, debe ser libre. Si es libre se entiende que lo que el sujeto manifiesta externamente es lo mismo que quiere en su fuero interno. Algunos autores entienden que la exigencia de exteriorización es irrelevante(51). Entiendo que no hay otro modo de analizar la existencia de consenti-

---

(fuerza moral y fraude) es de SÁNCHEZ-OSTIZ, P., *op. cit.*, pp. 17 ss., y 30-33. Este autor aplica estas formas de pervertir la libertad, tanto al infractor como a la víctima.

(51) Así lo expresa ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, B., *op. cit.*, pp. 193-194, al afirmar que el Derecho penal sí que castiga por lo perseguido por el autor en su fuero interno. No estoy de acuerdo con esta afirmación, aunque podría estarlo si matizáramos los conceptos. Esta autora sostiene que en el momento en que se acepta el consentimiento presunto o hipotético estamos aceptando que no se requieren manifestaciones externas del consentimiento. No es lo mismo externo que expreso. El consentimiento presunto también es externo, porque si el sujeto no impide algo esa omisión de impedir es externa, aunque ciertamente, no expresa.

miento sino cuando se haya exteriorizado, que no significa que sea expreso, ni verbal, puesto que el consentimiento externo es una actitud o una expresión(52). No hay forma de saber qué piensa el sujeto, es imposible. Podemos inferir qué piensa a través de qué hace, dice, o de qué no hace, o no dice. En el juicio de imputación subjetiva, en concreto en el dolo, pero también en sede de culpabilidad, hacemos valoraciones de los comportamientos externos del sujeto, intentando dar sentido a aquello que el sujeto, con sus peculiares características, ha hecho y a cómo lo ha hecho. Es cierto que con nuestras acciones expresamos emociones, intereses, intenciones, pero qué piensa el sujeto solo lo sabe él. En los juicios de imputación hay que valorar, con criterios basados en datos empíricos, y en el aprendizaje cotidiano, en la experiencia de vida, en definitiva, aquello que se traduce de los hechos. Efectivamente, el juez debe traducir al idioma del contexto intersubjetivo, qué significan los hechos del sujeto(53). Si este argumento de valoración sirve para la imputación de la actuación dolosa a un sujeto, debe servir para interpretar la otra cara de la moneda, la que permite entender, en su caso, si existió o no un riesgo típicamente relevante.

Ahora bien, el problema es cómo probar, cómo demostrar, la voluntad del sujeto para poder afirmar, como corolario, que consentía.

Puede afirmarse que el hecho de que exista un consentimiento expreso y externo no tiene por qué significar que se está consintiendo a la conducta del otro sujeto. Un consentimiento prestado por un sujeto incapaz, o menor, o por una víctima en situación de intimidación, o de miedo, o en estado de engaño, no tiene validez. La verbalización de un sí, o un ¡quiero!, no tienen por qué significar el

---

(52) Utilizo esta alternativa parafraseando a WESTEN, P., *The Logic of Consent. The Diversity and Deceptiveness of Consent as a Defense to Criminal Conduct*, Routledge, New York, 2004, pp. 139 ss. Señala este autor a Feinberg como el más representativo de la idea de que el consentimiento afirmativo es un acto expresivo. Entre las expresiones objetivas de aquiescencia y la aquiescencia como un estado subjetivo mental solo las expresiones tienen poder legal para exculpar a las personas de un delito (p. 141).

(53) Es más, a veces, en el lenguaje cotidiano corregimos, reinterpretamos, la psique del sujeto. Cuántas veces hemos oído al sujeto condenado por actos de violencia de género, que quiere, que ama, a su mujer, a su pareja. Y sin embargo decimos: eso no es querer. Cómo se va a querer a quien se maltrata, a quien se humilla o se veja. La sentencia popular dice: «Obras son amores, y no buenas razones». Da igual qué se diga, aunque sea cierto el sentimiento, si lo expresado con actos externos, contradice el sentimiento. Como muy bien expresa la frase atribuida a René Descartes: «Para conocer lo que verdaderamente piensa alguien, observa lo que hace, no lo que dice».

consentimiento a la situación(54). Volvemos a lo dicho anteriormente. No es un problema de prueba empírica, de arqueología penal. Es más, la existencia a veces de realidades fácticas, puede confundir, si nos quedamos en la idea de que la víctima claramente (lo podemos tener grabado incluso) dijo que sí. No es un problema ontológico, científico, sino que es una cuestión normativa, jurídica. Dijo Hruschka refiriéndose al dolo, que no se descubre, sino que se infiere, y a partir de ahí, se imputa. Creo que lo mismo podría decirse para otro elemento interno, el consentimiento.

Sería muy ingenuo pensar que la solución para determinar si hubo o no consentimiento por parte del titular del bien jurídico, para que éste se viera afectado, es exigir que se exteriorice el consentimiento, porque éste se exterioriza, claro que sí, pero no necesariamente de manera verbal. Obviamente, las circunstancias importan. Teniendo en cuenta que ni el conocimiento ni la voluntad son accesibles a los sentidos, está claro que hay que dar criterios de atribución normativa(55)

En algunas ocasiones aquello que se dice, responde a lo que se percibe que se conoce y se quiere. Podría decirse, haciendo un paralelismo con el dolo, que esta valoración respondería a la idea del dolo de primer grado. Son ocasiones en que lo que se infiere de manera intersubjetiva, por los actos y circunstancias concomitantes al hecho, que el sujeto quiere, responde a aquello que el sujeto ha manifestado que quería. Son los casos donde todo encaja: la aceptación se muestra como evidente, porque se infiere que conoce y se infiere que quiere. Supuestos en los que la víctima manifiesta expresamente su consentimiento y las circunstancias (valoradas intersubjetivamente por el juez, por quién si no), encajan, se ajustan con lo que la víctima ha expresado.

Pero en otros casos no es así. Y aunque la víctima exprese verbalmente su asentimiento, su aceptación a la afectación por un tercero del bien jurídico, la valoración intersubjetiva (otra vez) difiere de esa comunicación, de ese asentimiento o de esa tolerancia(56). Son casos

---

(54) En un sentido contrario, adoptando una idea subjetivista, buscando un concepto ontológico del consentimiento, con abundante bibliografía en esta línea, WERTHEIMER, A., *Consent to sexual relations*, Cambridge University Press, New York, 2003, pp. 144-162.

(55) RAGUÉS I VALLÈS, R., *op. cit.*, p. 275. Hay que aceptar, señala este autor, y estoy de acuerdo con ello, que cualquier objetivización implica un cierto alejamiento de la auténtica realidad subjetiva del acusado, que puede dar lugar a algunos supuestos de error (p. 304). Cuestión distinta será determinar la relevancia del error, puesto que no todos los errores del sujeto tienen relevancia jurídica.

(56) PEREIRA GARMENDIA, M., *op. cit.*, pp. 159-189, y para los delitos sexuales, explica esta relevancia del contexto y de la valoración intersubjetiva, en términos



donde según criterios valorativos puede pensarse que la víctima en realidad está en error, o está siendo violentada. El contexto puede valorarse como coercitivo de la voluntad de la víctima, incluso aunque la víctima no lo identifique como tal, por estar, efectivamente en error (por engaño, o ignorancia absoluta) o violentada, constreñida su voluntad, aunque la víctima no lo perciba por encontrarse en una situación confusa. A veces la víctima puede no tener una idea real y completa de su situación por diversas razones, por su propia idiosincrasia, o por su educación o entorno cultural, por ejemplo. En estos casos, aunque verbalmente, por ejemplo, la víctima asienta, no puede considerarse que exista autonomía en sentido estricto para acceder o permitir de manera totalmente libre a un tercero que intervenga sobre el bien jurídico. No puede hablarse de consentimiento en el sentido requerido para afirmar que existe el elemento normativo del tipo penal.

Y, por último, puede haber casos donde el sujeto titular del bien jurídico expresamente no consiente y, sin embargo, por las circunstancias concomitantes, anteriores y posteriores al hecho, la valoración intersubjetiva alcance a afirmar que el sujeto titular del bien jurídico conocía la situación y podía haber actuado de otro modo, podía haber dicho sí, porque no había nada en el contexto (ni violencia ni error) que se interprete como causa condicionante de la voluntad del titular del bien jurídico. No hay nada que pueda probarse, que le limitara o restringiera a decir no.

El consentimiento no es un estado psicológico, sino que es una construcción normativa, que obviamente no es, ni debe ser, ajena a su correspondencia con elementos fácticos, de la realidad<sup>(57)</sup>, esto es, de la valoración del bien jurídico y de las circunstancias concretas. Cuando existe, por ejemplo, presión en la víctima o en el titular del interés o bien jurídico, habrá que valorarla como se hace para otros elementos de la teoría jurídica del delito (como por ejemplo, en sede

---

del riesgo típicamente relevante que crea la conducta del sujeto que interviene sobre el bien jurídico. Así, señala que «si se acredita la existencia de una situación tal, que la mayoría de las mujeres (o la mujer media, como parámetro normativo) no consentiría en mantener/realizar/permitir que se realice sobre su cuerpo dicho acto de naturaleza sexual, bien sea ello porque el acto le resulta vejatorio, o porque la cosifica, o le rebaja a la condición de objeto, o que no la habilita a escoger el modo en que se desarrollará su rol (dentro de la actividad sexual), entonces habrá que valorarse que no hubo consentimiento», (p. 177), esto es, se entenderá que quien interviene sobre el bien jurídico crea un riesgo con relevancia penal.

(57) Como bien explica SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P., *op. cit.*, hay que distinguir el juicio que se emite de la realidad y la misma realidad. «Intentar comprobar la verdad de los juicios del entendimiento práctico por su correspondencia con objetos del mundo exterior es una pretensión abocada al fracaso» (p. 2).

de inexigibilidad de otra conducta). Se ha desarrollado una dogmática extensa sobre qué se entiende por tal, dando criterios que permiten delimitar conductas en las que la no realización de la conducta podría entenderse como supererogatoria y las que se entienden como exigible. Estos criterios podrían utilizarse, *mutantibus mutandi*, para la prueba del consentimiento. Determinar con criterios lógico-objetivos si al titular del bien jurídico le era exigible o no, en términos sociales, resistirse a la intervención de otro sobre su bien jurídico. En estos casos se podrían utilizar las reglas de imputación que se han llevado a cabo para determinar si se puede reprochar a un agente (en términos de culpabilidad) una conducta delictiva en una situación, que pudiéramos denominar, extrema. Los criterios de exigibilidad o no de su actuación. Esta valoración se hace teniendo en cuenta la situación del autor del hecho típico, pero haciendo una imputación en términos intersubjetivos (se valora socialmente que, en la situación del autor, es normal haber actuado como lo hizo).

Esta idea de utilizar criterios ya existentes en la dogmática penal para interpretar otros que no están tan normativizados, responde además a la idea rectora de que la imputación penal forma parte de un sistema que debe tener coherencia lógico-sistemática. Utilizar el canon sistemático en serio, armonizando los criterios de imputación penal en términos semejantes, aunque no idénticos.

Es el juez quien debe hacer la valoración intersubjetiva y para ello deberá tener en cuenta fundamentalmente tres aspectos. Por un lado, el sujeto concreto titular del bien jurídico, su conocimiento de la situación y su capacidad de actuar libremente. Para esto habrá que analizar sus circunstancias personales: edad, estado psicológico, conocimiento real de la situación. Por otro lado, el contexto situacional(58). Cuál es su situación económica, el entorno, escenario de la situación. Y, por último, a qué bien jurídico afecta el consentimiento. La valoración dependerá del bien jurídico del que se trate y de las restricciones ético-sociales que lleve consigo. No se es igual de permisivo con el consentimiento sobre la libertad sexual(59), que sobre la intimidad domiciliaria, por ejemplo, o que sobre el honor o el patrimonio. Todos

---

(58) «Los hechos externos y las circunstancias externas del caso aportan la base que, excluyendo toda arbitrariedad, fundamenta la imputación de un dolo que, considerado en sí mismo, ha dejado de ser un hecho», HRUSCHKA, J., *op. cit.*, p. 195. Creo que esta afirmación es válida para entender algunos supuestos de consentimiento.

(59) Y dentro de los delitos sexuales, tampoco es lo mismo el contexto de dos personas que acaban de conocerse, que el de un matrimonio que lleva casado 25 años. También son indicadores a tener en cuenta, la diferencia de edad, si hay relación jerárquica laboral...

estos elementos permiten al juez inferir de una manera objetiva si hubo o no consentimiento.

Es cierto que hay un riesgo en valorar la actuación de un sujeto, imputando un conocimiento o una voluntad determinada de forma adscriptiva, no descriptiva, pero también lo hay cuando se pretende interpretar con criterios empíricos la realidad subjetiva del agente(60).

### 3. Un último apunte: la relevancia del consentimiento del sujeto titular del bien jurídico en el sujeto activo del delito

Hay algo propio y exclusivo del consentimiento y es que es bilateral, vincula a dos personas. Entender que la víctima tuvo libertad para consentir en que otro interviniera sobre su bien jurídico afectándolo, exonera de responsabilidad al autor. Cuando hablamos, en cambio, de la libertad del infractor, afirmando que su conducta era típicamente antijurídica y que es culpable, solo afecta al sujeto en quien concurre.

El consentimiento supone un acto de comunicación. Indefectiblemente hay que analizar la relevancia que el consentimiento (o la ausencia de éste) tiene para el sujeto que afecta o interviene sobre el bien jurídico de otro(61). Las situaciones menos problemáticas, las que se encuentran en los extremos claros de la discusión, donde el consentimiento o la falta de consentimiento son evidentes (por ejemplo, porque el titular del bien jurídico ha expresado verbalmente un sí o un no a la actuación del otro, y los actos externos van en la misma dirección), no plantean mayores problemas. La otra parte debe tener claro el punto de partida.

Sin embargo, el problema se plantea en la zona en penumbra. Si no hay un concepto claro sobre qué es el consentimiento y cuáles son sus presupuestos, tendríamos que convenir que el tercero que interviene sobre el bien jurídico puede no tener claro tampoco si existe o no consentimiento por parte del titular del bien jurídico.

La posibilidad de existencia de errores en el sujeto que interviene en la intromisión de un bien jurídico no es un tema menor y merece ser analizado con detenimiento. Este aspecto sobrepasa lo que este trabajo pretende, pero quiero hacer al menos una aproximación al tema.

No es difícil imaginar supuestos donde el tercero tiene un error sobre si el titular consiente en su intervención sobre el bien jurídico.

---

(60) Pone de manifiesto este peligro de manera clara y evidente RAGUÉS I VALLÈS, R., *op. cit.*, p. 342.

(61) Ya hemos visto antes que un error fáctico o jurídico en el titular del bien jurídico supondría que no existe consentimiento válido.

Cree, por ejemplo, que al dejar sobre la mesa una cantidad de dinero, después de explicarle sus problemas económicos, le está habilitando a que lo tome, aunque no expresamente. Podría entender este sujeto de nuestro ejemplo, que el que deja el dinero lo hace de este modo para no avergonzarle. Sin embargo, la realidad es que el dinero ha sido olvidado por su titular. Este es un caso, entiendo que bastante claro, de un error que debe tener relevancia penal. El error sobre si el titular del bien jurídico consintió o no (que puede generarse en la esfera subjetiva de éste) afecta a la imputación objetiva del infractor de la norma, a la afirmación o no de la creación de un riesgo típicamente relevante. Cuestión distinta será si el error deberá valorarse como vencible, invencible o burdo, y la relevancia penológica de cada uno, pero esta valoración deberá hacerse desde una perspectiva intersubjetiva, interpretando, de manera normativa y valorativa, la actuación del sujeto.

Si la valoración del consentimiento debe hacerse, según he sostenido aquí, desde un punto de vista intersubjetivo, la actuación del sujeto que actúa mediando este consentimiento también debe ser valorada de la misma manera. El error en el sujeto que interviene sobre el bien jurídico del que otro es titular deberá valorarse desde parámetros normativos, no fácticos, estableciéndose desde una perspectiva intersubjetiva si ese error es creíble o no y debe, por tanto, ser o no tenido en cuenta en la valoración jurídico penal del hecho. Cuál deba ser esa valoración, es un problema distinto.

#### IV. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES

Aquí se ha sostenido la necesidad de una valoración objetiva (normativa) del consentimiento, obviamente atendiendo a los parámetros concretos del caso, sin embargo, me atrevo a afirmar que no es esta la línea que está siguiendo el legislador penal español en algunos casos. Por ejemplo, en sus últimas propuestas en materia de delitos sexuales, ahora en fase de aprobación parlamentaria, se desprende otra tendencia(62). Puede vislumbrarse una línea reconocible en otras legislacio-

---

(62) En un primer momento, el Proyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual estableció un concepto de consentimiento claramente restrictivo y, por ello, criticado desde diversos sectores. El modelo, conocido como el del solo sí es sí, establecía que «se entenderá que no existe consentimiento cuando la víctima no haya manifestado libremente por actos exteriores, concluyentes e inequívocos conforme a las circunstancias concurrentes, su voluntad expresa de participar en el acto». Sin embargo el texto que aprobó el Consejo de Ministros el 6 de julio de 2021, cuenta con una nueva definición de consentimiento «en positivo», tras los informes del Con-

nes como la británica(63), donde se plantea una presunción inicial: la de que salvo que la víctima de manera expresa, clara e indubitada manifieste que consiente en la relación sexual, se presume que el consentimiento no ha existido. Para llegar a este punto hay que partir de una determinada concepción de las relaciones sexuales. Si se parte de que las relaciones sexuales entre hombre y mujer (este enfoque hace referencia especialmente a parejas heterosexuales) no son, *ab initio*, simétricas, porque se considera que hay un sistema patriarcal que genera una dominación de la mujer y por tanto se presume un no consentimiento de la mujer y eso significa que el Estado debe protegerla. Por tanto, el hombre debería esperar al consentimiento afirmativo, inequívoco de la mujer(64). En cambio si se libera el sexo de cualquier consideración social y se vincula con el puro goce, se podría partir de un consentimiento mucho menos rígido, donde cualquier manifestación de aquiescencia con esa conducta, sería válida(65).

Desde este planteamiento, el consentimiento se debe exteriorizar y publicitar indubitadamente, porque si no es así, se entenderá que no existe. Esto obviamente plantea problemas, por varias razones. En primer lugar, porque el ser humano no siempre actúa así. La teoría del consentimiento afirmativo parte de una concepción que en muchos casos será así, pero no siempre. Y, en segundo lugar, porque según lo aquí sostenido, a pesar de que la víctima diga sí de manera expresa, esto no suprime un análisis detallado de las circunstancias en que dijo que sí. Es decir, siempre habrá que considerar y valorar el hecho en su integridad y sentido no solo individual, sino también social. Pero lo mismo puede decirse de un sistema legal en el que se establezca la exigencia de un consentimiento negativo expreso. Puede ser un indicador muy relevante que la víctima haya dicho no, pero no puede ser concluyente sin revisar las circunstancias del hecho.

A mi parecer, la tendencia actual, en los delitos sexuales, es poco liberal. Preexiste una idea, una concepción de cómo se entiende el

---

sejo General del Poder Judicial y el Consejo de Estado. El artículo 178 dice que: «Será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, como responsable de agresión sexual, el que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento. Sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona».

(63) PEREIRA GARMENDIA, M., *op. cit.*, pp. 81-111.

(64) ASÍ, MALÓN MARCO, A., *La doctrina del consentimiento afirmativo. Origen, sentido y controversias en el ámbito anglosajón*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pp. 194-195.

(65) Desarrolla esta idea con abundante bibliografía de posiciones feministas pro-sexo, MALÓN MARCO, A., *op. cit.*, pp. 195-198.

sexo entre hombre y mujer y se parte de una presunción de la actitud abusiva del hombre. Plantear las relaciones sexuales como una manifestación de fuerza y poder de una parte a la otra, perpetúa a mi modo de ver, unos estereotipos que las mujeres hemos luchado durante muchos siglos por eliminar(66). Las ideas generalistas de que todos los hombres reiteran comportamientos patriarcales y dominantes, y todas las mujeres pueden ser engañadas y violentadas, no favorece la indispensable, absoluta e innegable igualdad entre hombres y mujeres.

Que el Derecho penal se haga eco de una determinada moral tiene sus peligros, como dice Silva Sánchez(67), que el Derecho penal se convierta en el configurador de la moral social no está exento de riesgos, porque su función no es hacer pedagogía, sino hacer posible la convivencia social, sancionando las conductas más gravemente anti-sociales. No soy una ilusa, y parto de que el Derecho penal tiene algo de configurador de la moral social, pero normalmente suele ocurrir a la inversa; responde a las nuevas configuraciones y realidades sociales (no pretender cambiar la moral social desde el Derecho penal). El legislador penal hace algo que ya ha sido puesto de manifiesto en muchas ocasiones con recelo, advirtiendo del peligro que esto supone: establecer un modelo de sociedad. Si el trabajo del legislador debe recoger un modelo social o debe definirlo es algo que no está tan claro. Lo que sí que parece claro es que el Código penal debe ser acorde con aquello que la realidad social refleja, porque si no es así, la función intimidatoria del Derecho penal no tendrá ninguna eficacia.

La tipificación de determinadas conductas responde a veces a nuevos intereses que consideramos merecedores de protección social, de conductas que nos parecen intolerables... La «tolerancia cero» del legislador penal ante determinadas actuaciones de carácter subjetivo responde a una sensibilidad social. Por eso entiendo, que las consideraciones sociales, que las reglas que marcan el contexto, son mudables, temporales y están sometidas a restricciones ético-sociales. Cuestión distinta será el modelo de sociedad que proyecta una determinada regulación con espacios permitidos de lesión a la vida cada vez mayores, y, en cambio, cada vez más restringidos en otros bienes jurídicos como la libertad sexual(68).

---

(66) En un sentido similar, PAGLIA, C., *Sexual personae. Arte y decadencia desde Nefertiti a Emily Dickinson*, Deusto, Barcelona, 2020, pp. 67 ss.

(67) Esta idea del Derecho penal como configurador de la moral social en SILVA SÁNCHEZ, J. M., *op. cit.*, (2011), pp. 58-59.

(68) Estableciendo, como hemos señalado en otro lugar, presunciones absolutas en algunos supuestos. Algo importante en materia de libertad sexual. Ya he dicho

Todo lo dicho anteriormente hace pensar que es necesario crear una dogmática del consentimiento. La doctrina y la jurisprudencia no han tenido ningún problema para hacerlo con el dolo, o con la culpabilidad, cuando además, no lo olvidemos, el dolo permite imputar un hecho delictivo a un sujeto, mientras que el consentimiento no afecta al sujeto que lo presta o que no lo da, sino a un tercero. La sistematización de criterios para establecer, de manera paralela a los elementos subjetivos de la teoría jurídica del delito, cuándo existe o no consentimiento otorga seguridad jurídica en general y, en particular, y de manera especialmente importante, al receptor o destinatario del consentimiento. Este esfuerzo por dar criterios, evidencia y deja patente, que el consentimiento, como el dolo, como cualquier elemento subjetivo, no se puede descubrir empíricamente, no puede encontrarse, debe imputarse. Es por tanto, algo jurídico, normativo. Empeñarnos en que es un elemento fáctico, ontológico que hay que intentar averiguar con medios empíricos, puede llevar a una incomprensión de este fenómeno y dar lugar a situaciones injustas.

En definitiva, se pone de manifiesto que el consentimiento es una construcción normativa contingente<sup>(69)</sup>, pero en la que los criterios de imputación deben estar claros. Que el legislador tome partido por

---

en otro momento que ningún bien jurídico tiene una naturaleza absolutamente individual. Todos, aunque es cierto, que unos más que otros, tienen una dimensión social, se proyectan hacia afuera afectando al resto de ciudadanos, de una forma u otra. Durante años se criticó que el bien jurídico libertad sexual tuviera esa dimensión social. Por eso se consideró un gran acierto el cambio de rúbrica llevado a cabo por la LO 3/1989 del Título IX, que pasa de ser «de los delitos contra la honestidad» a «los delitos contra la libertad sexual», destacando la titularidad individual del bien jurídico libertad sexual. Así, ACALE SÁNCHEZ, M., «El consentimiento de la víctima: piedra angular de los delitos sexuales», en *Estudios jurídicos en memoria de la Profesora Doctora Elena Górriz Royo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 37, señala como este cambio supone que se despoje de los aspectos colectivos que significaban la moral y nuevas costumbres. Mi pregunta es si ese proyectado cambio en la regulación de los delitos sexuales, en la Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual, no lleva a cabo una nueva valoración del bien jurídico libertad sexual, alejándolo de la idea de titularidad individual y dejando en manos del legislador la determinación de la autonomía del titular del bien jurídico. Esta autora señala esta situación cuando trata los delitos contra la libertad sexual de menores, donde entiende que se abandona el concepto de libertad sexual por el de indemnidad, para llegar a proteger simplemente la infancia (p. 38).

Queda claro que la relevancia de la autonomía del titular del bien jurídico, manifestada en el consentimiento, no es la misma en todos los delitos: no es igual, en los delitos sexuales, que en la eutanasia, o el consentimiento en las lesiones (así lo señala también ACALE SÁNCHEZ, M., *op. cit.*, p. 58).

(69) Por cierto, como son las construcciones normativas. Así lo señala, aunque lo hace en referencia al concepto de autonomía, FATEH-MOGHADAM, B., en *op. cit.*, p. 27.

un determinado modelo social de comportamiento, tiene sus riesgos, jurídicos y sociales. Pero esto ya lo sabemos...

## V. BIBLIOGRAFÍA

- ACALE SÁNCHEZ, M., «El consentimiento de la víctima: piedra angular de los delitos sexuales», en *Estudios jurídicos en memoria de la Profesora Doctora Elena Górriz Royo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- ARENALDI, J., «El consentimiento en materia penal», *Política Criminal*, núm. 1, 2006.
- ARZT, G., *Willensmängel bei der Einwilligung*, Athenäum, Gotinga, 1970.
- BACIGALUPO ZAPATER, E., «El consentimiento en los delitos contra la vida y la integridad física», en *Jornadas de estudio sobre la nueva reforma del Código penal, Poder judicial*, núm. 12, 1990.
- *Principios de Derecho penal español*, 4.<sup>a</sup> ed., Akal, Madrid, 1998.
- CANCO MELIÁ, M., *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, 2.<sup>a</sup> ed, J. M. Bosch, Barcelona, 2001.
- CASAS BARQUERO, E., *El consentimiento en el Derecho penal*, Universidad de Córdoba, Córdoba, 1987.
- CEREZO MIR, J., *Derecho penal: Parte general*, BdF, Montevideo/Buenos Aires, 2008.
- CHANG KCOMT, R., *El consentimiento en el Derecho penal. Análisis dogmático*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- DE LA MATA BARRANCO, M./DE LA MATA BARRANCO, I., «La figura de la autorización en la lesión de bienes jurídico-penales de carácter supra individual», *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, tomo I, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004.
- ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, B., *El consentimiento en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- FATEH-MOGHADAM, B., «Grenzen des weichen Paternalismus», en *Grenzen des Paternalismus*, Kolhammer, Stuttgart, 2010.
- FEINBERG, J., *The moral Limits of de Criminal Law. Harm to Self*, Oxford University Press, New York, 1986.
- GEERDS, F. «Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht», *GA* 1954.
- HASSEMER, W., *Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik*, Duncker&Humblot, Berlín, 1981.
- HRUSCHKA, J., «Sobre la difícil prueba del dolo», en *Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, BdF, Buenos Aires, 2.<sup>a</sup> ed., 2009.
- JAKOBS, G., *Suicidio, eutanasia y derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.



- KAUFMANN, A., «Fundamento del deber jurídico y delimitación de la tipicidad», *ADPCP*, t. 37, 1, 1984.
- KIENTZY, D., *Der Mangel am Straftatbestand infolge Einwilligung des Rechtsgutsträgers. Auf Grund einer kritischen Betrachtung der Differenzierung in Einwilligung und Einverständnis*, J. C. B. Mohr, Tübinga, 1970.
- LASCURÁIN SÁNCHEZ, J. A., «Bien jurídico y legitimidad de la intervención penal», en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 22, núm. 2.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *El consentimiento en el Derecho penal*, Dykinson, Madrid, 1999.
- LUZÓN PEÑA, D. M., «Causas de atipicidad y causas de justificación», en Luzón Peña, D. M./Mir Puig, S., (coords.), *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal*, Aranzadi, Pamplona, 1995.
- MALÓN MARCO, A., *La doctrina del consentimiento afirmativo. Origen, sentido y controversias en el ámbito anglosajón*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2020.
- MANIACI, G., *Contra el paternalismo jurídico*, Marcial Pons, Madrid, 2020.
- MAURACH R./ZIPF H., *Derecho penal. Parte general*, t. 1, Astrea, Buenos Aires, 1994.
- PAGLIA, C., *Sexual personae. Arte y decadencia desde Nefertiti a Emily Dickinson*, Deusto, Barcelona, 2020.
- PAWLIK, M., *Das Unrecht des Bürgers*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2012.
- «Selbstbestimmtes Sterben: für eine theologische Reduktion del §216 StBGB», en Albrecht et al. (eds.), *Festschrift für Walter Kargl zum 70. Geburtstag*, BWV Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlín, 2015.
- PEREIRA GARMENDIA, M., *Buscando un consenso sobre el consentimiento en los delitos sexuales. Un enfoque desde la evolución de la legislación británica y un aviso a navegantes (o a legisladores ociosos)*, Reus/BdF, Madrid, 2021.
- RAGUÉS I VALLÈS, R., *El dolo y su prueba en el proceso penal*, J. M. Bosch, Barcelona, 1999.
- RÍOS ARENALDI, J., «El consentimiento en materia penal», *Política Criminal*, núm. 1, 2006.
- ROXIN, K., «Über die Einwilligung im Strafrecht», en *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, t. III, en Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Universidad de Coimbra, Coimbra, 1984.
- *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t. I, 4.<sup>a</sup> ed., C. H. Beck, Múnich, 2006.
- SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P., *Fundamentos de Política criminal. Un retorno a los principios*, Marcial Pons, Madrid, 2012.
- *Víctimas e infractores, cumplidores y héroes. La culpabilidad en clave de imputación*, Reus/BdF, Madrid, 2018.
- «Lo normativo y lo fáctico», en García Caveró, P./Chinguel Rivera, A., *Derecho penal y persona. Libro Homenaje al Prof. Dr. H. C. Mult. Jesús María Silva Sánchez*, Ideas Solución Editorial, Lima, 2019.
- SEGURA GARCÍA, M. J., *El consentimiento del titular del bien jurídico en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000

- SILVA SÁNCHEZ, J-M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, 3.<sup>a</sup> ed. ampliada, BdF, Madrid, 2011.
- «Suicidio alemán y “duelo americano”», *InDret* (3), 2018, Editorial.
- WERTHEIMER, A., *Consent to sexual relations*, Cambridge University Press, New York, 2003.
- WESTEN, P., *The Logic of Consent. The Diversity and Deceptiveness of Consent as a Defense to Criminal Conduct*, Routledge, New York, 2004.
- ZIPF, H., *Einwilligung und Risikoübernahme im Strafrecht*, Luchterhand, Neuwied/Berlín, 1970.

# La negativa a someterse a las pruebas de alcohol y drogas. Un análisis de las cuestiones más controvertidas

SERGIO CÁMARA ARROYO

Prof. Contratado Dr. Derecho penal y Criminología UNED

MARCO TEIJÓN ALCALÁ

Prof. Ayudante Dr. Derecho penal y Criminología UNED

## RESUMEN

*La reforma del delito de negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia y otras sustancias, dentro de los delitos contra la seguridad vial, no ha permitido dar respuesta a algunas de las cuestiones problemáticas que ya se debatían con la anterior regulación. Asimismo, las últimas resoluciones de la Sala Segunda del Tribunal Supremo sobre este delito, tanto en lo que se refiere al bien jurídico protegido como a la aplicación del tipo penal, han contribuido a avivar el debate doctrinal. El presente trabajo tiene como principal objetivo contribuir a esta discusión, tanto desde una perspectiva académica como práctica. En primer lugar, analizamos los elementos típicos de la actual regulación y discutimos algunos aspectos controvertidos. En segundo lugar, nos ocuparemos de la evolución jurisprudencial que ha habido en los últimos años con respecto al bien jurídico que este tipo penal aspira a proteger. En tercer lugar, de importancia más sustantiva, examinamos algunos problemas prácticos que se derivan de la aplicación e interpretación del artículo 383 CP. Específicamente, se estudiarán los efectos de la negativa a una segunda prueba y al umbral que separa la aplicación de la sanción administrativa y la sanción penal en los supuestos de controles aleatorios. Finalmente, se analizan los supuestos de concursos (de delitos y/o normas) en los casos en los que, además de la negativa, existe influencia en la conducción, así como la posible aplicación a este precepto de circunstancias modificativas de la responsabilidad.*

**Palabras clave:** seguridad vial, negativa, desobediencia, requerimiento, agente de la autoridad, control aleatorio, prueba de alcoholemia, concurso de normas.

## ABSTRACT

*The reform of the crime of refusal to submit to tests for alcohol and other substances, regulated within crimes against road safety, did not allow a response to some of the problematic issues that were already being debated with the previous regulation. Likewise, the latest resolutions of the Second Chamber of the Supreme Court on this crime, both in terms of the protected legal right and the application of the criminal type, have contributed to fuelling the doctrinal debate. The main objective of this paper is to contribute to this discussion, both from an academic and practical perspective. First, we analyse the typical elements of the current regulation and discuss some controversial aspects. Secondly, we will deal with the jurisprudential evolution that has occurred in recent years with respect to the legal right that this criminal type aspires to protect. Third, of more substantive importance, we examine some practical problems that arise from the application and interpretation of article 383 CP. Specifically, the effects of the refusal of a second test and the threshold that separates the application of the administrative sanction and the criminal sanction in the cases of random controls will be studied. Finally, the assumptions of contests (of crimes and/or regulations) are analysed in the cases in which, in addition to the refusal, there is influence on driving, as well as the possible application to this precept of modifying circumstances of responsibility.*

**Keywords:** *road safety, refusal to submit to an order, disobedience, requirement, law enforcement officer, random control, breathalyzer test, rules contest.*

**SUMARIO:** I. Introducción.–II. Elementos típicos y naturaleza jurídica.–III. Evolución y discusión sobre el bien jurídico protegido. 3.1 El principio de autoridad. 3.2 La seguridad vial. 3.3 Toma de postura.–IV. Problemas en la aplicación práctica. 4.1 Cuestiones preliminares. a) Pruebas para la determinación de alcohol. b) Pruebas para la determinación de drogas. 4.2 Efectos de la negativa a la segunda prueba. a) Posturas doctrinales y jurisprudencia. b) Toma de postura. 4.3 Diferencias entre la negativa administrativa y la penal. a) Posturas doctrinales y jurisprudencia. b) Toma de postura. 4.4 Concurso de delitos en los supuestos de negativa con influencia y causas de exención o atenuación de la responsabilidad penal. a) Supuestos de negativa con síntomas. ¿Concurso de delitos o concurso de leyes? b) Eximente de intoxicación etílica. c) Toma de postura.–V. Conclusiones.–VI. Bibliografía.

## I. INTRODUCCIÓN

La negativa a someterse a las pruebas de impregnación alcohólica y de ingesta de drogas (y otras sustancias estupefacientes) se castiga

penalmente por primera vez en nuestro país con la entrada en vigor del actual Código penal aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre (en adelante, CP). Este delito se ubicaba dentro del título XVII relativo a los delitos contra la seguridad colectiva, en su Capítulo IV, entonces denominado de los delitos contra la seguridad del tráfico. En esta primera regulación el artículo 380 CP establecía que «El conductor que, requerido por el agente de la autoridad, se negare a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de los hechos descritos en el artículo anterior, será castigado como autor de un delito de desobediencia grave, previsto en el artículo 556 de este Código». Lo más relevante de esta primera redacción a los efectos del presente trabajo es que los elementos típicos de este tipo penal venían recogidos en el propio artículo 380 CP (con su oportuna remisión a las normas administrativas en materia de tráfico)(1) pero, para individualizar su castigo mediante una pena, reconducía al artículo 556 CP. Este último precepto, que actualmente en su primer numeral castiga con pena de prisión de seis meses a un año o, alternativamente, con la pena de multa de seis a dieciocho meses, a los que desobedecieren gravemente a la autoridad o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, se ubica en el Título XXII relativo a los delitos contra el orden público.

La tipificación de esta conducta no fue pacífica ya en sede de tramitación parlamentaria(2) y, desde su aprobación, ha sido objeto de

---

(1) Para entonces, la norma administrativa de referencia era el Real Decreto 13/1992 de 17 de enero, por el que se aprobó el Reglamento General de Circulación para la aplicación y desarrollo del Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, que en su artículo 21 establecía que «Todos los conductores de vehículos quedan obligados a someterse a las pruebas que se establezcan para la detección de las posibles intoxicaciones por alcohol».

(2) Habiendo dado lugar a intensos debates en el Congreso, donde distintos Grupos Parlamentarios formularon diferentes enmiendas, tales –entre otras– como la número 88 del Grupo Parlamentario Vasco (por entender que la negativa a someterse a la prueba del alcohol en sangre debe reputarse acto de autoencubrimiento impune); la número 195 del Grupo Parlamentario Mixto-ERC (por estimar que, al reunir los requisitos del delito de desobediencia grave, la remisión es innecesaria, y que, en todo caso, la regulación administrativa de estas situaciones es suficientemente satisfactoria, ya que, de lo contrario, se castigaría más gravemente la negativa a efectuar una comprobación de una conducta peligrosa que la propia conducta); la número 414 del Grupo Parlamentario Popular (por entender que no resulta lógico considerar este supuesto como desobediencia grave, porque además podría vulnerar el derecho a la defensa y a no declararse culpable); y la número 795 del Grupo Parlamentario de Izquierda Unida-IC (por entender que estas conductas no deben sancionarse penalmente, siendo suficiente la sanción administrativa) (STS 3/1999, de 9 de diciembre; SAP de Madrid (Sección 16.ª) 781/2003, de 18 noviembre; SAP de Madrid (Sección 1.ª) 84/2012, de 14 marzo).

una rica discusión doctrinal(3). De inicio, se presentaron hasta 21 cuestiones de inconstitucionalidad(4), aunque todas ellas fueron rechazadas por el Tribunal Constitucional(5) (en adelante, TC). Sin embargo, este tipo penal se mantendría vigente en los términos ya mencionadas hasta el año 2007, fecha en la que se aprueba la Ley Orgánica 15/2007, de 30 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de seguridad vial (en adelante, LO 15/2007). Esta reforma, en

---

(3) Vid. VARONA GÓMEZ, D.: «El delito de negativa a las pruebas de alcoholemia (art. 380 CP) tras la sentencia de 9-12-1999», en *Jueces para la democracia*, núm. 37, 2000, pp. 41-46.

(4) La gran mayoría de las mismas se fundamentaban en que este tipo penal podría ser contrario a derechos fundamentales tales como el derecho de defensa –relativo a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable–, y los de presunción de inocencia y proporcionalidad.

(5) Vid. STC 161/1997, de 2 de octubre y STC 234/1997, de 18 de diciembre (para un examen más detallado, vid. DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Alcohol, drogas y delitos contra la seguridad vial*. Reus, Madrid, 2018, especialmente pp. 78-82). El Alto Tribunal acudía para fundamentar esta decisión a la normativa supranacional europea: la Resolución (73) 7 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 22 de marzo de 1973, que indica que «nadie podrá negarse o sustraerse a una prueba del aliento, a que se le tome una muestra de sangre o a someterse a un reconocimiento médico» y que «las legislaciones nacionales serán las responsables, de velar por la aplicación de este principio» [punto II.2 c)] y la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (S. 17 de diciembre de 1996, caso Saunders contra el Reino Unido, parágrafo 69) y la Comisión Europea de Derechos Humanos (asuntos 968/1961 y 8239/1978), dejaba claro que no existe «el derecho a no someterse a estas pruebas y sí, por contra, la obligación de soportarlas», puntualizando que la citada obligación «nace, en efecto, no solo de la evidente legitimidad genérica de este tipo de actuaciones de los poderes públicos como actuaciones de indagación de la policía judicial para la detección de la comisión de delitos, sino también de una justificación análoga de las mismas cuando corresponden a la función de supervisión de la Administración de que las actividades peligrosas lícitas se desarrollen en el marco de riesgo permitido por el ordenamiento. Desde la óptica del ciudadano y como contrapartida de la propia permisión del riesgo circulatorio, esta se traduce en un correlativo deber de soportar estas actuaciones de indagación y control, y de colaborar con su práctica, dentro naturalmente del espacio ya reseñado que demarcan sus garantías procedimentales esenciales». Al respecto, véase también la SAP de Barcelona (Sección 8.ª), de 28 mayo 2001. Críticos con estas resoluciones, IGLESIAS RÍO, M. A. y LOZANO GARCÍA, C.: «El delito de negativa a someterse a la prueba de alcoholemia (art. 380 CP) (A propósito de las SSTC 161/1997, de 2 de octubre, y 234/1997, de 18 de diciembre)», en *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 1845, 1999, pp. 1261-1299. Sobre la tramitación parlamentaria y las resoluciones del TC, vid. DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *El delito de negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia o de detección de drogas*. Bosch, L'Hospitalet de Llobregat, Barcelona, 2012; la misma: *Alcohol, drogas y...*, ob. cit.

relación al delito de negativa, introdujo una serie de modificaciones relevantes(6). A saber:

a) *Ubicación sistemática.* Este delito pasa de regularse en el artículo 380 CP al 383 CP. No obstante, se mantuvo su inserción dentro de los delitos que tutelan la seguridad del tráfico rodado. El Código Penal de 1995 mantuvo los tipos penales recogidos en el Código Penal de 1973, cuya rúbrica era de los «delitos contra la seguridad del tráfico», donde se acomodó el artículo 380. Tras la reforma, el Capítulo donde se insertó el artículo 383 CP pasó a denominarse «delitos contra la seguridad vial».

b) *Supresión de la remisión penológica.* Se omite todo envío al castigo previsto en el artículo 556 CP y el artículo 383 CP establece una penalidad propia. Si bien esta autonomía sancionadora parecía desvincular el delito contra la seguridad vial de la desobediencia, la relación entre este precepto y los delitos contra la autoridad se mantuvo en su exégesis doctrinal y jurisprudencial.

c) *Mayor penalidad.* La nueva regulación, además de castigar con penas de prisión que van de seis meses a un año (superiores, por tanto, a las del artículo 556.1 CP) incorpora una nueva pena (que el delito de desobediencia genérico no contempla) relativa a la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años. La redacción vigente desde el 2 de diciembre 2007 no se limita, por tanto, a suprimir la anterior remisión al delito de desobediencia. Añade una pena de privación del permiso de conducir con una clara finalidad de política criminal basada en la prevención general y especial negativa («que no *compense* la negativa»), lo que se trata de alcanzar a través de un método punitivo discutible e incluso, dogmática y político-criminalmente criticable(7).

b) *Cambio de finalidad de las pruebas.* Las pruebas de detección, que hasta entonces tenían como finalidad comprobar la «influencia de

---

(6) Vid. DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *El delito de negativa...*, ob. cit.; la misma: *Alcohol, drogas y...*, ob. cit.

(7) Vid. SSTS 419/2017, de 8 de junio; 531/2017 de 11 julio; SAP de Madrid (Sección 15.ª) 80/2018, de 12 febrero; SAP de Madrid (Sección 6.ª) 597/2019, de 11 octubre; al respecto, POLAINO-ORTS, M.: «Delitos contra la Seguridad Vial: visión crítica de la nueva regulación Española», en CAMPOS DOMÍNGUEZ, F., CIENFUEGOS SALGADO, D., RODRÍGUEZ LOZANO, L. y ZARAGOZA HUERTA, J. (Coords.): *Entre libertad y castigo: dilemas del Estado contemporáneo, Estudios en homenaje a la maestra Emma Mendoza Bremauntz*. Laguna, México, 2011, p. 695. A favor de la inclusión de esta nueva pena, FERNÁNDEZ BAUTISTA, S.: «El delito de negativa a la realización de las pruebas de alcoholemia (Art. 383 CP)», en *Diario La Ley*, núm. 6841, 2007.

drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas»(8) pasa a ser la de comprobar «las tasas de alcoholemia y la presencia de las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas» (énfasis añadido). La reforma de 2007 refuerza, de esta manera, la autonomía de ese tipo en relación al artículo 379 CP: ya no se habla de comprobación de los hechos descritos en el artículo 379 CP, sino de comprobación de las tasas de alcohol. De este modo, se argumenta, si el resultado es «0» también se puede afirmar que se ha comprobado la tasa de alcohol(9). Manifestación que, en el fondo, no dice nada novedoso, ni que mute el contenido del pretérito precepto(10). Sin embargo, la

---

(8) Así, la STC 1/2009, de 12 de enero, hacía ver que «la identidad de autor, hecho y fundamento jurídico de las dos infracciones (ya sean penales o administrativas) que la vulneración del indicado principio exige, no concurre en el presente supuesto, desde el momento en que el hecho sancionado en el artículo 379 CP consiste en conducir un vehículo a motor o un ciclomotor bajo la influencia de, entre otras, bebidas alcohólicas, mientras que *el delito tipificado en el artículo 380 CP sanciona la negativa a someterse a pruebas legalmente establecidas para la comprobación de que se conduce bajo la influencia de bebidas alcohólicas*. La disimilitud de conductas típicas excluye la vulneración del principio *non bis in idem*» (énfasis añadido).

(9) Vid. STS 531/2017, de 11 julio.

(10) También crítica con esta cuestión la SAP de Barcelona (Sección 2.ª) 639/2021, de 5 octubre, aun cuando acata la nueva línea jurisprudencial del TS, indica «el tenor del vigente art. 383 no justificaba un cambio o modificación del criterio que vino manteniendo bajo el precedente art. 380, siendo de considerar en su opinión, a tal efecto, la ubicación sistemática del actual art. 383 en el Capítulo que regula los delitos contra la seguridad vial, así como que dicha norma, por más que no contenga la mención que contenía el anterior art. 380 cuando hacía referencia a la comprobación de los hechos descritos en el artículo anterior como parámetro que justificaba el sometimiento a las pruebas legalmente establecidas, es decir para la comprobación de que se había producido una conducción de vehículo a motor o ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o bebidas alcohólicas, no se limita a hacer alusión a la necesidad de constatar las tasas de alcoholemia y la presencia de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas sino que añade la coletilla «a que se refieren los artículos anteriores», lo que no parecería necesario teniendo en cuenta que se acababan de describir nominativamente en el precepto y que bien pudiera avalar que tal remisión legislativa a las sustancias que habían sido referidas en los artículos previos admitiera como interpretación que el sometimiento a las pruebas habría de ir dirigido a constatar la posible ingesta de las mismas con alcance penal, subsistiendo en definitiva el presupuesto de que las mismas han de ir dirigidas a constatar la comisión de los hechos descritos en los artículos precedentes, es decir, la existencia de una conducción de un turismo o ciclomotor influenciada por una previa ingesta de alguna de las sustancias detalladas en el art. 379.2, que por lo que respecta a las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, no se inferirá sin más por la constatación de su presencia en el organismo, al contrario de lo que si ocurrirá con el alcohol cuando supere un determinado límite, marcando así una línea divisoria entre lo que sería una simple infracción administrativa y un delito ».



aparente desconexión con la finalidad «probatoria» supone uno de los principales escollos interpretativos del artículo 383 CP, sobre todo en lo que se refiere, como veremos, a la posibilidad de su aplicación en controles aleatorios o preventivos en los que no se observan inicialmente síntomas de influencia del alcohol o las sustancias estupefacientes en la conducción.

*c) Ampliación de los supuestos de hecho en los que cabe la negativa.* En estrecha relación con el apartado anterior, la reforma implica que la comprobación que hasta entonces se refería a los hechos descritos en el artículo 379 CP (conducir bajo influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas) pase a ser aplicable a los hechos previstos en los diferentes apartados del artículo 379 CP (además de la influencia a las sustancias ya mencionadas, la conducción con tasas de alcohol en aire espirado superior a 0,60 miligramos por litro o de alcohol en sangre superior a 1,2 gramos por litro), al artículo 380 CP (conducción temeraria poniendo en peligro la vida o la integridad de las personas) y al artículo 381 CP (conducción homicida); a lo que habría que añadir en la actualidad las conductas castigadas en el artículo 382 bis CP relativas al abandono del lugar del accidente (conocido como delito de fuga) cuyo tipo penal fue introducido por la Ley Orgánica 2/2019, de 1 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de imprudencia en la conducción de vehículos a motor o ciclomotor y sanción del abandono del lugar del accidente.

Sin embargo, la reforma de este tipo penal no ha permitido dar respuesta a algunas de las cuestiones problemáticas que ya se debatían con la anterior regulación y que, en algunos casos, no ha hecho más que acrecentar la discusión doctrinal. En primer lugar, analizamos los elementos típicos de la actual regulación y discutimos algunos aspectos controvertidos. En segundo lugar, nos ocuparemos de la evolución jurisprudencial que ha habido en los últimos años con respecto al bien jurídico que este tipo penal aspira a proteger. En tercer lugar, de importancia más sustantiva, examinamos algunos problemas prácticos que se derivan de la aplicación e interpretación del artículo 383 CP. Especialmente, en lo que se refiere a los efectos de la negativa a una segunda prueba y al umbral que separa la aplicación de la sanción administrativa y la sanción penal en los supuestos de controles aleatorios. Finalmente, se analizan los supuestos de concursos (de delitos y/o normas) en los casos en los que, además de la negativa, existe influencia en la conducción, así como la posible aplicación a este precepto de circunstancias modificativas de la responsabilidad.

## II. ELEMENTOS TÍPICOS Y NATURALEZA JURÍDICA

El artículo 383 CP se configura como un delito de mera actividad(11) y peligro abstracto(12), en el que no se requiere la producción de ningún tipo de resultado ni lesión. Es delito especial, cuyo sujeto activo solamente puede serlo el conductor *de facto* del vehículo(13), independientemente de su habilitación administrativa para ejercer dicha actividad (lo que, en su caso, podría dar lugar a otro ilícito penal tipificado en el artículo 384 CP). Se consume por el hecho de negarse a someterse u obstruir la realización –incluso en aquellos casos, como veremos, en los que se «finge» la voluntad de cumplir el mandato; la denominada negativa por «actos concluyentes»– de las pruebas de tasas de alcoholemia y de la presencia de las drogas reseñadas en los preceptos precedentes.

El artículo 383 CP ha sido identificado por un sector doctrinal como un «delito obstáculo»(14), que son aquellos fenómenos de criminalización anticipada mediante los que se castigan conductas en un momento anterior a la lesión del bien jurídico e, incluso, con anterioridad a que se genere un peligro concreto o abstracto para el bien jurídico. Son, por lo tanto, delitos que se configuran como auténticos obstáculos que tienen como función impedir que lleguen a producirse los actos delictivos futuros que se tipifican en otros preceptos. En ellos, el principio de lesividad cede ante la necesidad de prevención general y presumiblemente se presentan como tipos penales «formales o de mera desobediencia» mediante los que se anticipa, si bien en

---

(11) Conceptualizándose, por un importante sector de la doctrina, como un delito de omisión pura: DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Alcohol, drogas y...*, ob. cit.; FERNÁNDEZ BERMEJO, D.: «Algunas cuestiones relativas al delito de negativa a someterse a las pruebas de medición de alcohol y drogas», en *Anuario de la Facultad de Derecho UAH*, núm. 9, 2016, pp. 119-154; el mismo: «Sobre el bien o bienes jurídicos protegidos de los artículos 379.2 (inciso primero) y 383 del Código penal. Su relación concursal», en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 25, 2016.

(12) Vid. MARTÍN LORENZO, M.: «Negativa a someterse a las pruebas de medición de alcohol o de detección de drogas», en GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M. (Coord.). *Protección penal de la Seguridad Vial*. 2.<sup>a</sup> ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 334, 362 y 369; FERNÁNDEZ BERMEJO, D.: «Algunas cuestiones...», ob. cit.; el mismo: «Sobre el bien o bienes jurídicos protegidos...», ob. cit.

(13) Vid. SAP de Madrid (Sección 1.<sup>a</sup>) 74/1999, de 5 febrero; SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 2.<sup>a</sup>) 314/2001, de 23 marzo.

(14) Vid. CUESTA PASTOR, P. J.: «La criminalización de la negativa a someterse al test de alcoholemia del artículo 380 del Código Penal», en *Tráfico y Seguridad Vial*, núm. 11, 1999; el mismo: *El delito de obstáculo: tensión entre política criminal y teoría del bien jurídico*. Comares, Granada, 2002.

algunos casos de forma muy cuestionable, la barrera defensiva que supone la aplicación de toda norma penal(15).

Esta conceptualización, a la que no nos adscribimos, supone una suerte de inserción puramente funcionalista en nuestro sistema penal enmarcado en un Estado social y democrático de Derecho, presidido por el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. Además, como se tratará de exponer en los siguientes epígrafes, no se ajusta completamente a la finalidad del tipo penal aquí analizado, donde sí es posible estimar un peligro o riesgo *ex ante* para los bienes jurídicos protegidos. En todo caso, puede estarse de acuerdo en que el artículo 383 CP es un «delito obstáculo» en relación a la *comprobación* de otros delitos contra la seguridad vial, pues supone un impedimento para concretar las tasas de alcoholemia o la presencia de sustancias que pueden influir negativamente en la conducción. A nuestro juicio, de este razonamiento en modo alguno se deriva que no se genere ningún riesgo para los bienes jurídicos protegidos: el peligro puede ser mediato o suponer un ataque diferente.

Asimismo, actualmente el precepto se configura como tipo penal en blanco(16): remite, de forma expresa, a la normativa administrativa sobre comprobación de las tasas de alcoholemia (artículo 14 del RDL 6/2015, de 30 de octubre; artículos 21 a 24 del Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Circulación para la aplicación y desarrollo del texto articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, aprobado por el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo).

Sin embargo, algunas interpretaciones más restrictivas acotarían, a nuestro juicio acertadamente, esta remisión normativa: el tipo penal del artículo 383 CP no contiene una remisión genérica a la normativa administrativa, sino a una regulación contenida en una ley, exterior al CP, pero, en todo caso, de rango legal.

---

(15) Vid. STS 794/2017, de 11 diciembre.

(16) A diferencia de lo que ocurría con su predecesor, que no era considerado como tal, pues no bastaba con conducir con una determinada tasa de alcoholemia, sino que era menester que el conductor lo haga «bajo la influencia» del alcohol, o de cualquiera otra de las sustancias legalmente previstas y, por tanto, debía entenderse que el solo dato del nivel de alcoholemia, sin otras connotaciones, solamente era suficiente, en principio, para motivar una sanción administrativa [SAP de Madrid (Sección 16.ª) 781/2003, de 18 noviembre]. No obstante, algunos autores (Vid. TRAPERO BARREALES, M. A.: «Los delitos contra la seguridad vial, una valoración crítica desde la vigencia de los principios limitadores del *Ius Puniendi*», en LUZÓN PEÑA, D. M. (Dir.): *Derecho penal del estado social y democrático de derecho. Libro homenaje a Santiago Mir Puig*. La Ley, Madrid, 2010, pp. 841-910), consideran que «parece que no se han cumplido las condiciones mínimas para justificar el recurso a la ley penal en blanco».

Los principales elementos del tipo penal de injusto son:

a) *El conductor*. La redacción de este tipo penal, tal y como ocurre prácticamente en el resto de delitos contra la seguridad vial, indica que el sujeto activo de la negativa solo puede ser «el conductor» que, en este caso, es aquel que ha sido requerido tras conducir un vehículo a motor o un ciclomotor(17). Por lo tanto, se trata de un delito de propia mano que solo puede ser cometido por aquel que lleva los mandos del vehículo y se niega a someterse a las pruebas correspondientes. Se descarta, por atípica, la negativa a someterse a las pruebas de los copilotos y de quien aún no ha realizado la acción de conducir, por más que pueda deducirse su intención de hacerlo(18), siempre y cuando no haya arrancado el motor para iniciar la marcha(19).

En virtud de lo dispuesto en el artículo 3 y el Anexo I (punto 1) del Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial (en adelante, RDL 6/2015, de 30 de octubre), es definido como «la persona que, con las excepciones del párrafo

---

(17) Es decir, aunque el tipo de lo injusto no lo incluye expresamente, se entiende que el instrumento conducido típico (y, por tanto, el objeto material del delito) cuando el conductor es requerido debe ser el «vehículo de motor» o el «ciclomotor».

(18) Vid. SAP Lleida, de 12 de marzo de 2012; SAP de Barcelona (Sección 5.ª) 639/2021, de 28 septiembre; SAP de Barcelona (Sección 5.ª) 562/2021, de 3 septiembre, «los actos previos llevados a cabo por el acusado –alquilar desde su terminal móvil una motocicleta, sacar el ciclomotor del estacionamiento y ponerse el casco reglamentario–, sin conducir o circular con el mismo, son actos preparatorios impunes, ya que no se trata de actos que inciden directamente en la realización del verbo activo que rige la figura delictiva «conducir» (...) ¿puede requerirse para realizar las pruebas de alcoholemia a quien se dispone a conducir, estando en el puesto del conductor y con el coche en marcha? (...) no puede ser conductor quien solamente está sentado en ese asiento pero no maneja el coche». También SAP de Barcelona (Sección 9.ª) 547/2021, de 22 noviembre; SAP de Girona (Sección 3.ª) 283/2021, de 30 junio; SAP Valencia (Sección 2.ª) 805/2017, de 21 de diciembre; SAP San Sebastián (Sección 2.ª) 232/2015, del 24 de marzo.

(19) Caso límite y discutible, si bien la SAP de Almería (Sección 2.ª) 174/2021, de 4 mayo, indica que «dado que se declara probado que el acusado se sitúa en el asiento del conductor e intenta arrancar el coche para iniciar la marcha y huir del lugar, es razonable concluir que merece la calificación de conductor. El acusado está ya al mando y trata arrancar el vehículo cuando es interrumpido, y es sólo merced a esta intervención de tercero por lo que no logra su propósito. Así, despliega –hasta donde le dejan– la conducta indispensable para desplazarse con el vehículo, siendo de sentido común que en estas circunstancias quede ya sometido a la norma que exige a todo conductor pasar las pruebas de detección, con la consiguiente comisión del delito en caso de negarse».

segundo del punto 4, maneja el mecanismo de dirección o va al mando de un vehículo. En vehículos que circulen en función de aprendizaje de la conducción, tiene la consideración de conductor la persona que está a cargo de los mandos adicionales»(20). En cuanto a las excepciones precitadas, la normativa se refiere a que no quedarán englobados dentro de la definición de conductor «quienes empujan o arrastran un coche de niño o de una persona con discapacidad o cualquier otro vehículo sin motor de pequeñas dimensiones, los que conducen a pie un ciclo o ciclomotor de dos ruedas, y las personas con discapacidad que circulan al paso en una silla de ruedas, con o sin motor».

Los delitos contra la seguridad vial no hacen distinción alguna respecto a los conductores ocasionales, habituales o los profesionales, que encuentran diferentes definiciones en la normativa administrativa (puntos 2 y 3 del Anexo I). Por consiguiente, a efectos del artículo 383 CP, por conductor simplemente debe entenderse aquel sujeto que se encuentra a los mandos del vehículo a motor y, en suma, realiza la acción de «conducir» de manera inmediata al requerimiento(21). No estamos ante una definición formal de conductor, sino material(22): conductor es quien controla y maneja el vehículo a motor y, por tanto, tiene dominio sobre el desplazamiento del mismo.

En efecto, los diferentes preceptos contenidos en el Capítulo IV, bajo la rúbrica «De los delitos contra la seguridad vial» describen, prácticamente todos ellos, diferentes figuras típicas cometidas con ocasión o en relación a la realización de la actividad de «conducir» (que constituye el verbo típico de la mayor parte de estos ilícitos). También concurre esta conducta en el caso del artículo 383 CP, puesto que no será de aplicación en aquellos supuestos en los que, con anterioridad al requerimiento, el vehículo ya no se encontraba circulando o nunca lo ha hecho(23): se exige, como elemento del tipo, que el sujeto activo del delito que se niega a la práctica de las pruebas de

---

(20) Vid. FERNÁNDEZ BERMEJO, D.: «El delito de conducción de vehículos de motor bajo la influencia de los efectos del alcohol», en *La Ley Penal*, núm. 119, 2016.

(21) SAP de Jaén (Sección 1.ª) 64/1999, de 15 abril: «evidentemente conductor es el que conduce, por lo que el elemento del tipo exige un requerimiento dirigido a una persona que conduce o circula»; también considerando que estamos ante un elemento del tipo, MARTÍN LORENZO, M.: «Negativa a someterse a las pruebas de medición...», ob. cit., p. 362

(22) Vid. SAP Murcia (Sección 3.ª) 118/2011, de 3 de junio; SAP de Barcelona (Sección 9.ª) 547/2021, de 22 noviembre.

(23) Vid. SAP de Vizcaya (Sección 6.ª) 253/2010, de 11 marzo.

detección alcohólica, haya conducido previamente un vehículo de motor(24).

Por el contrario, este elemento objetivo del tipo no puede ser considerado como la acción o comportamiento típico nuclear, sino más bien como una condición objetiva de punibilidad: solamente puede ser castigado por la negativa a someterse a las pruebas quien previamente ha realizado el acto de conducir, lo que justifica la realización de la concreta pericia para la comprobación de las tasas. No obstante, es la acción de negarse u oponerse a los agentes de la autoridad la que integra el tipo penal objetivo en este caso.

La regulación penal no ofrece una definición legal de lo que deba entenderse por «conducir»(25). Sobre cuándo puede entenderse que se ha realizado la acción previa de «conducir», necesaria para que el sujeto activo adquiera la cualidad de «conductor», debemos acudir a la interpretación que realiza la jurisprudencia(26) conforme a la cual, debe realizarse partiendo desde un punto de vista administrativo ciertamente tautológico, «conducir un vehículo a motor o un ciclomotor es la conducta que se lleva a cabo por la persona que maneja el mecanismo de dirección o va al mando de un vehículo que se desplaza». Ante lo exiguo de esta definición, debe acudir a la interpretación literal: para el *Diccionario* de la Real Academia de la Lengua Española, «conducir» es, conforme a la quinta acepción del vocablo, «guiar un vehículo automóvil». «Guiar» supone «hacer que una pieza de una máquina u otro aparato [en este caso, un vehículo a motor o ciclomotor] siga en su movimiento determinado camino». Por otra parte, el *Diccionario del Español Jurídico* define la conducta «conducir un vehículo a motor o un ciclomotor» como «guiar un vehículo a motor o un ciclomotor manejando los mecanismos de dirección e impulsión del mismo, o solo los de dirección si se cuenta con inercia». Sobre la discutida cuestión de si el vehículo debe desplazarse autopropulsado

---

(24) Vid. SAP de Barcelona (Sección 8.<sup>a</sup>), de 17 septiembre 2000; SAP de Barcelona (Sección 8.<sup>a</sup>), de 28 mayo 2001; SAP de Murcia (Sección 3.<sup>a</sup>) 118/2011, de 3 junio; SJP de Las Palmas de Gran Canaria (Provincia de Las Palmas), de 8 noviembre 2016; en contra, FERNÁNDEZ BERMEJO, D.: «Algunas cuestiones...», ob. cit., quien indica que cabe el delito de negativa «exista o no desplazamiento del vehículo a motor»; esta consideración, a la que nos oponemos, convertiría el artículo 383 CP en una sanción formal de mera desobediencia, desconectándola de la naturaleza de la acción incardinada en el tráfico vial.

(25) Sobre esta cuestión, vid. FERNÁNDEZ BERMEJO, D.: «Sobre el delito del artículo 384 del Código Penal: de la sanción administrativa a la sanción penal», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, Vol. 71, 2018, pp. 145-211.

(26) Vid. STS 436/2017 de 15 de junio.

para que podamos hablar de conducción es, desde hace tiempo(27), un tema no totalmente pacífico.

En cualquier caso, la idea de movimiento o desplazamiento está implícita en la noción de «conducir». La acción de conducir un vehículo de motor incorpora de esa forma unas mínimas coordenadas espacio-temporales, un desplazamiento, el traslado de un punto geográfico a otro. Sin movimiento no hay conducción. Pero no es necesaria una relevancia de esas coordenadas, ni una prolongación determinada del trayecto. Actos de aparcamiento o «desaparcamiento», o desplazamientos de pocos metros del vehículo colman ya las exigencias típicas, más allá de que algunos casos muy singulares, que podrían calificarse de tentativa inidónea, y de poco frecuente aparición en la praxis de nuestros tribunales (el vehículo no consigue ser arrancado pues se cala tras el intento de ponerlo en marcha; desplazamiento nimio por un garaje particular, etc.).

En definitiva, para que alguien pueda ser considerado «conductor», se exige que haya realizado un movimiento locativo, cierto desplazamiento pero no una conducción durante determinado espacio de tiempo o recorriendo un mínimo de distancia. Un trayecto del automóvil, bajo la acción del sujeto activo, en una vía pública y en condiciones tales de poder, en abstracto, causar algún daño es conducción(28). De este modo, todo apunta a que no sería necesaria la impulsión, en el sentido de que el motor deba estar en marcha. Es perfectamente posible conculcar los bienes jurídicos protegidos cuando el manejo del vehículo se realiza bajo la propia inercia de un movimiento anterior, por encontrarse en una pendiente, etc.

*b) El requerimiento.* Junto con la negativa, se trata de otro de los elementos esenciales del tipo objetivo(29). Por requerimiento debe entenderse una orden de realizar las pruebas contenidas en el tipo penal. El artículo 383 CP requiere un mandato legal y directo del agente de la autoridad que, además, ha de ser preciso y claro(30) y se debe dar a conocer al conductor de forma expresa(31). Y ello, aunque sea formulado como una mera «invitación» por parte de los agentes,

---

(27) Vid. SSTS de 23 de septiembre de 1964, 27 de septiembre de 1968 y 15 de octubre de 1968.

(28) Vid. STS 794/2017, de 11 diciembre.

(29) Vid. SAP Tarragona (Sección 4.ª) 328/2015, de 3 de septiembre.

(30) Vid. SAP de Murcia, de 15 de noviembre de 2011.

(31) Vid. COLINA OQUENDO, P.; MARTÍNEZ GUERRA, A.; RODRÍGUEZ DE MIGUEL RAMOS, J.; RODRÍGUEZ-RAMOS LADARIA, G.; RODRÍGUEZ RAMOS, L.: *Código penal y leyes penales especiales y complementarias (concordado y comentado con jurisprudencia sistematizada)* [3.ª ed. (Dir. Rodríguez Ramos, L.); (Coord. Martínez Guerra, A.)]. La Ley, Madrid, 2009.

en aras de una escrupulosa cortesía, pues la obligación deriva directamente de una norma sin que la negativa pueda depender subjetivamente de la voluntad del conductor(32).

Igualmente, el requerimiento debe estar legalmente justificado (art. 21 RGC) y se debe informar al conductor, con todas las formalidades previstas en la ley, de las causas que motivan el requerimiento, así como advertirle de las posibles consecuencias jurídicas que se podrían derivar de una eventual negativa(33). Con carácter previo a la realización de las pruebas, también se debe informar al conductor sobre el procedimiento legalmente establecido para comprobar la ingesta de alcohol y/o drogas en su organismo, lo que incluye información sobre el derecho que le asiste a contrastar los resultados de las pruebas realizadas por la policía mediante análisis de sangre en un centro facultativo. En este sentido, el requerimiento representa un mandato del agente de la autoridad que el conductor queda obligado a acatar, un extremo sobre el que se debe advertir al mismo de forma expresa, ya sea justo antes de realizar la prueba o en el mismo momento del requerimiento(34). Tal requerimiento exige una mínima insistencia por parte de los agentes(35), aunque sin llegar al punto de que las pruebas se impongan coactivamente mediante *vis* física(36) e, incluso, a través de la amenaza (más allá de las consecuencias previstas legalmente) o *vis* compulsiva.

El limitarse a informar que si se procede a la realización de las pruebas quedará detenido no supone el preciso requerimiento con apercibimiento del delito en el que se incurre caso de no realizar lo que ordena el agente(37).

c) *El agente de la autoridad*. El tipo penal del artículo 383 CP exige que el requerimiento sea realizado por «un agente de la autoridad». Acudiendo a la literalidad del término, cualquier miembro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (en adelante, FCS) ostenta la categoría de agente de la autoridad (lo que incluye a los miembros de las policías locales, de las policías autonómicas y de las policías estatales –Policía Nacional y Guardia Civil–)(38). Sin embargo, solo la policía local (en vías urbanas) y la Guardia Civil (en vías interurba-

(32) Vid. SAP de Girona (Sección 3.ª) 679/2005, de 7 julio.

(33) Vid. DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Alcohol, drogas y...*, ob. cit., p. 96.

(34) Vid. SAP de Madrid, de 7 de febrero de 2003.

(35) Vid. SAP las Palmas, de 29 de marzo de 2011; SAP de La Coruña, de 31 de marzo de 2009.

(36) Vid. DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Alcohol, drogas y...*, ob. cit., p. 99.

(37) Vid. SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 2.ª) 408/2002, de 19 abril.

(38) Vid. FERNÁNDEZ BERMEJO, D.: «Algunas cuestiones...», ob. cit.; el mismo: «Sobre el bien o bienes jurídicos protegidos...», ob. cit.



nas) tienen competencias en materia de tráfico, por lo que un sector de la doctrina considera que serían éstos y no cualquier agente de la autoridad, los que estarían realmente legitimados para realizar el requerimiento que daría origen al delito en cuestión(39). Otros autores, a mayor abundamiento, mantienen que incluso dentro de estos cuerpos no todos los agentes estarían legitimados para requerir a un conductor su sometimiento a las pruebas, sino que el requerimiento debe proceder de agentes de la policía judicial de tráfico con formación específica(40). Esta posición encuentra respaldo en la regulación que el Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrím), realiza con respecto a las pruebas de detección de drogas. Según el artículo 796.1.7.<sup>a</sup> LECrím, las pruebas deben ser realizadas (exclusivamente) por «agentes de la policía judicial de tráfico con formación específica y sujeción, asimismo, a lo previsto en las normas de seguridad vial». Sin embargo, tal y como recoge De Vicente Martínez, el Fiscal de Sala Coordinador de Seguridad Vial afirma que tal expresión tiene un significado meramente funcional (no orgánico) e incluye a todos los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (esto es, Policía Nacional y Guardia Civil)(41).

En realidad, una interpretación conjunta y sistemática de la normativa de referencia nos lleva a concluir que lo relevante no es tanto el cuerpo al que pertenece el agente de la autoridad, sino si este tiene formación específica en la materia(42). Esta formación específica

---

(39) Vid. DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Alcohol, drogas y...*, ob. cit., p. 97.

(40) Vid. DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Alcohol, drogas y...*, ob. cit., p. 95.

(41) El citado Fiscal pone de manifiesto que tanto la Constitución Española, como sus leyes de desarrollo en la materia objeto de debate (LOPJ, LECrím, LOFCS, LTCVMSV) atribuyen a todos los miembros de las FCS funciones de Policía Judicial en el ámbito de sus respectivas competencias. Sin embargo, el Fiscal añade que «Dada la complejidad de la prueba, de las técnicas de organización y valoración y de los conocimientos sobre drogas tóxicas y su influencia en la conducción, el legislador exige formación especializada» (Vid. DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Alcohol, drogas y...*, ob. cit.).

(42) La Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (LOFCS) en su artículo 29.1, atribuye a las FCSE (esto es Policía Nacional y Guardia Civil) las funciones de Policía Judicial. El resto de cuerpos tienen un carácter colaborador (art. 29.2 LOFCS). Sin embargo, la citada norma atribuye a la Guardia Civil la vigilancia del tráfico, tránsito y transporte en las vías públicas interurbanas [art. 12.1. A, c)] –que también tienen competencias en travesías cuando no exista policía local [art. 5.i) LTCVMSV]– y a las Policías Locales las mismas funciones, pero en el caso urbano [art. 53.1.b) LOFCS]. Por otro lado, las respectivas leyes estatutarias de las policías autonómicas también les atribuyen competencias en materia de Policía Judicial y en materia de vigilancia del tráfico. Quizá, el aspecto más problemático lo podemos encontrar en los supuestos en los que un

debe incluir conocimientos técnicos sobre la utilización de los aparatos para la detección de alcohol y, especialmente, de drogas (que tienen una mayor complejidad), así como sobre las técnicas de organización y valoración sobre la afectación de las drogas tóxicas y la influencia del alcohol en la conducción. Finalmente, también se deben conocer los procedimientos y garantías legales para la práctica y conservación de las pruebas. Atendiendo a todo lo anterior, no sería posible invalidar el requerimiento (y, por tanto, considerar la atipicidad de la conducta) cuando este se lleve a cabo por un agente de la Policía Nacional con formación concreta en la materia siempre que se haya realizado correctamente.

d) *La negativa*. La negativa, que constituye otro elemento nuclear de este tipo penal(43), tiene que ser clara e inequívoca, aunque también es posible que se infiera de forma tácita o, como se ha mencionado, a través de «actos concluyentes»(44). Se trata, por tanto,

---

agente de la Policía Nacional (que no tiene competencia en materia de tráfico) presencia unos hechos que pudieran ser constitutivos de un delito contra la seguridad vial (DCSV). En nuestra opinión, los agentes de PN, en sus funciones de policía judicial y a la vista de que los DCSV son tan delitos como el resto de delitos regulados en el CP, nada impide que puedan ser investigados por agentes de PN. En la práctica forense no es infrecuente que miembros de la PN o la GC en el caso urbano –con la colaboración de los miembros de las policías locales en lo que a las pruebas de detección de tales sustancias se refiere– investiguen este tipo de delitos. Por lo tanto, no parece que exista impedimento para que la negativa a someterse a las pruebas de detección de alcohol y drogas (que serían ejecutadas por los miembros de las policías locales con formación específica) sea constitutiva de delitos cuando tal requerimiento sea realizado por los citados agentes. Es decir, cuando los agentes que han presenciado los hechos que originan el requerimiento (el accidente, la conducción irregular, etc.) pertenezcan, por ejemplo, a la PN (aunque las eventuales pruebas fueran realizadas en última instancia por agentes de policía local) la negativa sería, en realidad, contra las órdenes de los mismos, ya que los miembros de la policía local solo tendrían un rol colaborador.

(43) Como lo era en el artículo 380 CP, vid. SAP de Girona (Sección 3.ª) 249/1998, de 1 julio.

(44) Vid. DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Alcohol, drogas y...*, ob. cit., p. 101. La citada autora apunta a casos en los que el sometido no sopla con la suficiente fuerza (SAP de Cantabria (Sección 1.ª) 15/2007, de 15 enero) a lo que habría añadir supuestos en los que el sometido interrumpe la prueba (porque no sopla de forma continuada, o pone la lengua en la boquilla), o simula algún tipo de dolencia o indisposición con la clara intención de frustrar la medición que se pretende efectuar (ver SAP de Girona, de 14 de octubre de 2002) o cualquier otra conducta pasiva que implique una forma fraudulenta de realizar las pruebas hasta el punto de que las mismas sean infructuosas (SAP de Palencia de 16 de junio de 1998; SAP de Jaén de 2 de junio de 1998; SAP de Salamanca de 7 de octubre de 1998; SAP de Murcia de 19 de julio de 2011). En definitiva, tal y como asevera DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Alcohol, drogas y...*, ob. cit., p. 105, el fracaso de las citadas pruebas buscado intencionadamente por el sometido equivale a la negativa. Sin embargo, la SAP de Ourense

de una negativa «abierta» que comprende tanto, la patente y categórica al requerimiento, como la presentación de dificultades o trabas injustificadas que en el fondo demuestren una voluntad rebelde(45); no así las meras omisiones que pueden proceder de error o mala inteligencia(46). Tampoco se considerará válida la negativa amparada en una supuesta resistencia a las sustancias que pueden influir en la conducción, percibida únicamente de manera subjetiva por el sujeto activo –«alegación ineficaz donde las haya», en palabras de García Valdés, Mestre Delgado y Figueroa Navarro(47)–, ni amparada en un supuesto ejercicio legítimo de un derecho, pretextando convicciones ideológicas al respecto(48).

El precepto deja poco espacio al error de prohibición, toda vez que la antijuridicidad de la conducta tiene una amplia potencialidad de conocimiento para el ciudadano medio(49). Para la realización de las pruebas no es preceptiva ni necesaria la presencia de abogado, algo obvio puesto que no consisten en una privación de libertad del afec-

---

(Sección 2.ª) 106/2014, de 12 marzo, absuelve a pesar de que procedieron a realizar la prueba de detección alcohólica, pero la acusada no realizaba la prueba correctamente. Según la sentencia el relato de hechos probados solo narra, como la acusada conducía un vehículo de motor, como los agentes que realizaban un control preventivo de alcoholemia, apreciaron síntomas de embriaguez, y como invitada a la realización de las pruebas alcoholométricas las intentó realizar sin éxito debido a su incorrección. De ello, según la resolución, no cabe colegir ni que condujera un vehículo de motor con sus capacidades psicofísicas limitadas, ni que se negara a la realización de las pruebas etilométricas de modo consciente y voluntario simulando una incapacidad para su realización, esto es, no se atribuye ninguna acción típica a la acusada.

(45) Como se expresa en la STS de 26 de febrero de 2014, «la negativa a someterse a la prueba de alcoholemia contemplada en el artículo invocado puede desarrollarse en un arco ciertamente amplio y difuso. Desde la tajante oposición a utilizar los aparatos técnicos a través de los cuales se llevan a cabo las pruebas de detección alcohólica, hasta comportamientos más sutiles, que sin exteriorizar una falta de voluntad tan evidente, se traduzcan en «intentos» más o menos desvirtuados con la finalidad de impedir la obtención de un resultado claro en el examen al que se somete el conductor». Al respecto, también SAP de Segovia (Sección 1.ª) 89/2021, de 30 noviembre.

(46) Vid. SAP de Madrid (Sección 4.ª) 80/1999, de 12 febrero.

(47) Cfr. GARCÍA VALDÉS, C., MESTRE DELGADO, E. y FIGUEROA NAVARRO, M. C.: *Lecciones de Derecho penal. Parte especial. 2.ª Ed.*, Edisofer, Madrid, 2015, p. 236.

(48) Vid. STSJ de Murcia, (Sala de lo Civil y Penal) 2/2001, de 2 julio.

(49) Vid. SAP de Barcelona (Sección 2.ª, 782/2015, de 7 de octubre; incluso en supuestos en los que se alegue, fingidamente, desconocer el idioma por parte de un ciudadano extranjero: SAP de Murcia (Sección 5.ª) 43/2000, de 13 septiembre; SAP de Vizcaya (Sección 2.ª) 90024/2019, de 24 enero; SAP de Málaga (Sección 3.ª) 164/2021, de 29 abril.

tado, ni supone merma alguna a su derecho de defensa conforme a la doctrina constitucional(50).

Por otro lado, no será típica la negativa que venga precedida del incumplimiento por parte de los agentes de la autoridad de todas las formalidades, garantías y requisitos exigidos legalmente. Ello incluye la legitimidad del requerimiento (art. 21 RGC)(51), la idoneidad (física) del requerido (art. 22.2 RGC)(52), los aspectos concretos que regulan la práctica de la prueba (art. 23 RGC), así como la finalidad de la misma(53).

A este respecto, la jurisprudencia exige que el conductor se niegue «abierta y ostensiblemente al sometimiento a las pruebas de determinación del alcohol»(54). Por lo tanto, no cabe dentro de la conducta típica del 383 CP cualquier comportamiento evasivo o dirigido a eludir someterse a las pruebas (v. gr., esquivar o saltarse un control), sin que exista un requerimiento específico y concreto por parte del agente de la autoridad. En estos casos, no estaríamos ante la conducta típica prevista en el artículo 383 CP(55).

En realidad, la negativa se asimila formalmente a un acto de desobediencia, aunque material y teleológicamente sea un acto *concreto* de desobediencia. Desobedecer equivale al incumplimiento de una orden o mandato emanado de la autoridad o sus agentes, mandato que, para ser legítimo, deberá revestir las formalidades legales y hallarse dentro de la competencia de quien lo da. Dicha orden debe tener naturaleza concreta y no abstracta, y dirigirse o hallarse especialmente destinada al sujeto que debe obedecerla, engendrando su legitimidad el deber correlativo de acatamiento, deber que no surgirá si el que ordena no es competente o el mandato no reviste las formalidades legales. La orden debe ser expresa, terminante y clara y que se haga conocer a su

---

(50) Vid. SAP de Tarragona (Sección 2.ª) 309/2000, de 13 septiembre.

(51) Vid. SAP de Barcelona, de 4 de noviembre de 2005.

(52) El citado precepto establece que «Cuando las personas obligadas sufrieran lesiones, dolencias o enfermedades cuya gravedad impida la práctica de las pruebas, el personal facultativo del centro médico al que fuesen evacuados decidirá las que se hayan de realizar». DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Alcohol, drogas y...*, ob. cit., indica que las causas físicas que podrían exonerar al conductor del requerimiento vienen concretadas por la jurisprudencia y se contemplan únicamente en supuestos de dolencias torácicas, dificultades respiratorias o similares.

(53) Vid. DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Alcohol, drogas y...*, ob. cit., p. 101.

(54) Vid. SAP de Vizcaya de 10 de diciembre de 2002; SAP de Huelva de 28 de julio de 2003, y SAP de Valladolid de 28 de abril de 2009.

(55) Vid. SERRANO GÓMEZ, A., SERRANO MAÍLLO, A., SERRANO TÁRRAGA, M. D. y VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.: *Curso de derecho penal: Parte especial*. 5.ª ed., Dykinson, Madrid, 2019 (en adelante, SERRANO GÓMEZ *et al.*).

destinatario por medio de un requerimiento formal, personal y directo(56).

Sin embargo, en contra de lo que se pretende por un sector doctrinal y jurisprudencial, estimamos que no hay que entender como un delito de desobediencia genérica al artículo 383 CP, sino específicamente como la desatención de la obligación legal de sometimiento a la prueba de detección alcohólica o de otras sustancias(57). En puridad, aunque estemos hablando de una desobediencia, ni siquiera a nivel comparado puede establecerse el mismo fundamento en uno y otro caso: no se trata de una desobediencia general ante cualquier mandato legítimo de la autoridad, sino de una rebeldía frente a unas pruebas concretas tasadas legalmente y que se dan en un ámbito de conocimiento competencial determinado para los agentes de la autoridad.

El tipo penal no hace referencia a si tal desobediencia o negativa debe ser grave o reiterada, como se exige en el delito de desobediencia(58). Desde luego, la mera renuencia inicial(59) parece que solamente incurre en una infracción administrativa(60), por lo que para que la negativa integre el delito específico del artículo 383 CP debería exigirse que la desobediencia sea grave, pues la leve ha sido despenalizada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo(61). En apoyo de

---

(56) Vid. SAP de Madrid (Sección 6.ª) 56/2001, de 8 febrero; SAP de Madrid (Sección 6.ª) 59/2001, de 9 febrero; SAP de Madrid (Sección 6.ª) 457/2009, de 30 noviembre; SAP de Barcelona (Sección 10.ª) 435/2021, de 7 julio; SAP de Barcelona (Sección 10.ª) 416/2021, de 30 junio; SAP de Barcelona (Sección 10.ª) 447/2021, de 21 junio; SAP de Barcelona (Sección 10.ª) 636/2021, de 26 octubre, donde se introducen dentro del artículo 383 CP los mismos requisitos jurisprudenciales señalados para el delito de desobediencia del artículo 556 CP.

(57) Vid. SAP de Barcelona, de 27 de abril de 1999.

(58) Vid. SAP de Madrid (Sección 17.ª) 171/2015, de 11 marzo, Voto Particular.

(59) Vid. SAP de Gerona (Sección 3.ª) 550/2009, de 12 de agosto; SAP de Palma de Mallorca (Sección 1.ª) 5/2011, de 13 de enero; SAP de Las Palmas (Sección 1.ª) 106/2014, de 29 de abril; SAP de Zaragoza (Sección 6.ª) 255/2015, de 3 de septiembre.

(60) «La negativa al cumplimiento ha de ser seria y contundente, no una mera renuencia», dice, entre otras, la SAP de Barcelona (Sección 3.ª) 928/2009, de 2 noviembre; de «conducta decidida y terminante» habla la STS 1095/2009, de 6 de noviembre).

(61) En contra, pero referido al antiguo artículo 380 CP, la SAP de Las Palmas (Sección 2.ª) 229/2000, de 10 noviembre, que expone que la interpretación literal del precepto establece una negativa «sin más exigencias, requisitos ni circunstancias concurrentes en esa negativa, de ahí el que no resulte aplicable el elemento definidor del delito de desobediencia del artículo 556 CP consistente en una oposición persistente, reiterada y con clara intención por parte del sujeto activo de desprestigiar el principio de autoridad»; también la SAP de Las Palmas (Sección 1.ª) 158/2002, de 27 junio, donde se explica que «la redacción del precepto que habla de negativa tras el simple requerimiento por los agentes de la autoridad, determina que no es elemento del tipo

la exigencia de cierta gravedad de la desobediencia también encontramos que la pena del artículo 383 CP es superior a la establecida por el artículo 556.1 CP, lo que indica que debería requerirse, al menos, el mismo desvalor de la conducta en interpretación sistemática de ambos preceptos.

Al respecto, la Sala II del TS ha sintetizado los siguientes criterios para diferenciar la desobediencia grave –única constitutiva de delito–, de la leve que con la actual regulación constituye infracción administrativa(62): i) La reiterada y manifiesta oposición al cumplimiento de la orden legítima, emanada de la autoridad y los agentes; ii) Grave actitud de rebeldía; iii) Persistencia en la negativa, esto es, en el cumplimiento voluntario del mandato; iv) La contumaz y recalcitrante negativa a cumplir con la orden.

En cualquier caso, se han estimado como criterios de determinación de la gravedad de la desobediencia, además de su reiteración y persistencia(63), el que ésta busque conculcar el principio de autoridad(64) o que ésta sea «socialmente relevante»(65). En este aspecto,

---

una especial renuencia o resistencia a efectuar la prueba, sino que se castiga la simple negativa sin causa justa»; esta interpretación, sin embargo, prescindiría completamente del bien jurídico protegido «principio de autoridad» y se compadece mal con la exigencia de reiteración por parte de los agentes; a favor, pero referido al artículo 380 CP donde parece que existía una mayor vinculación, por remisión penológica, con el artículo 556 CP: SSTs de 5 de julio de 1989 y 29 de junio de 1992, SSAP de Alicante (Sección 3.ª) 856/1999 y 858/1999, ambas de 18 de diciembre y también SAP de Salamanca (Sección Única) 7/2001, de 19 enero; SAP de Burgos (Sección 1.ª) de 31 mayo de 2002; SAP de Málaga (Sección 3.ª) 323/2015, de 16 julio; por el contrario, la SAP de Barcelona (Sección 10.ª) 409/2015, de 12 mayo, refiriéndose ya al artículo 383 CP, exige «los requisitos jurisprudenciales señalados para el delito de desobediencia del artículo 556», incluyendo una «actitud de rebeldía o manifiesta oposición»; también interpretan la negativa al albur del artículo 556 CP la SAP de Madrid (Sección 23.ª) 1089/2009, de 16 septiembre; SAP de Las Palmas (Sección 1.ª) 319/2014, de 9 diciembre; a SAP de Burgos (Sección 1.ª) 21/2014, de 15 de enero; SAP de Barcelona (Sección 10.ª) 631/2015, de 20 de julio.

(62) Vid. STS 27/2013, de 21 de enero; SAP de Madrid (Sección 27.ª) 251/2020, de 29 mayo.

(63) No integra el tipo penal un solo incumplimiento, SAP de Alicante (Sección 10.ª) 143/2020, de 30 abril.

(64) Según la SAP de A Coruña (Sección 6.ª) 188/2020, de 30 septiembre, «la desobediencia es grave, no por el contenido de las normas infringidas, sino por la contumacia en la desobediencia, con la consiguiente quiebra de la autoridad encarnada en los agentes, y por la forma de desobedecer. Se desobedeció en varias ocasiones, de forma consecutiva, y se hizo de forma disimulada, con engaño, para que la actuación de los agentes no evitase la continuación de la conducta prohibida».

(65) De una importancia que sea «socialmente significativa» habla la STS, 20 de enero de 1990 (LLOBET ANGLÍ, M.: «Atentados contra la autoridad y los funcionarios públicos. Resistencia y desobediencia», en MOLINA FERNÁNDEZ, F. (Coord.):

es importante tener en cuenta el contexto en el que se produce la negativa(66), pues no parece equivalente, en términos de relevancia social, que se trate de un control preventivo, que estemos ante una conducción errática, un accidente de tráfico, etc.(67).

El término «someterse» no es otra cosa que hacer que una determinada persona soporte cierta acción, de forma que la omisión de este definitivo sometimiento se da tanto cuando el sujeto activo omite desde el inicio la actividad impuesta, como cuando el sujeto aborda tal actividad impuesta en forma tal que hace ilusorio su cumplimiento u observancia, quedando, pues, integradas en la figura delictiva examinada, aquellas conductas que aun no suponiendo una negación absoluta a la práctica de las pruebas de impreg-

---

Memento Práctico Penal. Francis Lefebvre. Madrid, 2017, p. 1862). Sobre esta cuestión, la SAP de Cádiz (Sección 6.ª, Ceuta) 24/2020, de 6 abril expone: «para determinar tal circunstancia, que es eminentemente circunstancial, se barajan habitualmente una pluralidad de factores. Entre estos cabe citar la reiteración o persistencia de la negativa del sujeto activo, la importancia de la materia sobre la que versa el mandato, la jerarquía de quien emana el mismo, la entidad de la perturbación ocasionada al buen funcionamiento de la función pública y el desprestigio que pudiera ocasionarse a la misma y la agresividad de la conducta. A este respecto no puede obviarse que nos encontramos, sin que ello suponga un menosprecio de la importancia de su labor, ante dos meros agentes de la autoridad y que lo que se pretendía con el requerimiento de identificación no tiene una especial relevancia. No obstante, no puede pasarse por alto para dotar a la conducta del recurrente de la gravedad necesaria para calificarla como constitutiva del delito que nos ocupa, como primer elemento, su insistencia en su negativa a obedecer. Incrementa la conculcación al bien jurídico protegido el que se hiciera a plena luz del día, en la vía pública y, por lo tanto, a la vista de todos sus usuarios, algunos de los cuales se habían visto afectados precisamente por la actuación que se pretendía sancionar. La afectación se hace mayor si tenemos en cuenta que no sólo se opuso a los mandatos emanados por un agente de la autoridad, sino por dos. Termina por incrementar su entidad hasta alcanzar el grado indicado que, además, el recurrente se mostrase agresivo desde un primer momento, como se ha acreditado».

(66) Vid. MARTÍN LORENZO, M.: «El delito de negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia como delito contra la seguridad vial. Consecuencias para su aplicación», en *Diario La Ley*, núm. 7451, 22 de julio, 2010; TRAPERO BARREALES, M. A.: «Los delitos contra la seguridad vial...», ob. cit.

(67) Así, por ejemplo, la SAP de Madrid (Sección 29.ª) 108/2012, de 16 marzo, expone que «en el contexto en que se produce, esto es, en un control preventivo sin que haya quedado acreditada la efectiva influencia del consumo en el acusado, no puede rebasar el ámbito del Derecho administrativo sancionador, por lo que no está justificada la aplicación del artículo 383 CP»; en similares términos SAP de Castellón (Sección 3.ª) 170-A/2001, de 25 junio; la SAP de Córdoba (Sección 3.ª) 16/1999, de 17 marzo, indica que «habrá que tener en cuenta una serie de circunstancias del caso concreto, como forma de la orden, importancia o trascendencia de la misma, lugar, tiempo, persistencia de la oposición, causa de la rebeldía y desprestigio del principio de autoridad».

nación alcohólica legalmente exigidas, suponen, no obstante, la realización consciente de una actividad que se sabe, terminará por hacer ineficaz e ilusoria la ineludible prueba –el disimulo o artificio de abordar el acatamiento de una orden, sabiendo que se hace de manera absolutamente discrepante con el comportamiento exigido y ello con la sibilina intención de eludir paralelamente las responsabilidades de una eventual desobediencia y las evidencias que pudieran derivarse del control que se impone, no es sino una de las modalidades en que se manifiesta la voluntad contraria al cumplimiento del mandato–(68).

Una situación particular, que apenas ha recibido atención por parte de la doctrina(69), pero que se produce en la práctica forense, son los supuestos en los que el conductor no se niega a someterse a las pruebas (incluso muestra total colaboración) pero se niega a ser trasladado en el vehículo policial a las dependencias policiales a efectos de que se le realicen allí las pruebas(70). Es decir, casos en los que los agentes no disponen en el momento de un aparato portátil y requieren al conductor el traslado a su jefatura de policía donde le realizarán la prueba.

En estos casos, en nuestra opinión, estaríamos ante una conducta atípica, ya que los agentes deben proporcionar los medios necesarios para que la realización de la prueba se realice *in situ*, a pie de calle, sin que el conductor tenga que abandonar su vehículo (y, en su caso, a las personas con las que viaja) e introducirse en un vehículo policial, normalmente con mampara (que es donde se lleva generalmente a las personas detenidas), todo ello a la vista de cualquier vecino, con las implicaciones o estigma que está acción podría suponer para la reputación del interesado. Hay que tener en cuenta que, en la actualidad, prácticamente todos los aparatos de medición son portátiles (la mayoría necesita conexión de luz que se puede conseguir mediante la conexión al conector del mechero del vehículo policial) y, por lo tanto, el

---

(68) Vid. SAP de Alicante (Sección 1.ª) 518/2001, de 13 septiembre; SAP de Guadalajara (Sección 1.ª) 111/2012, de 26 septiembre; SAP de Barcelona (Sección 10.ª) 409/2015, de 12 mayo; SAP de Barcelona (Sección 10.ª) 435/2021, de 7 julio.

(69) No obstante, puede encontrarse una alusión al respecto en MAGRO SERVET, V.: «Delimitación penal de los delitos y faltas en materia de seguridad vial», en *Guía práctica de actuación de la Policía Local*, 1.ª ed. El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 2011.

(70) Sobre esta cuestión, vid. SAP de Barcelona (Sección 9.ª) 910/2016, de 15 noviembre, que indica que la negativa a ser trasladado a dependencias policiales es ajustada a derecho; véanse también SAP Córdoba (Sección 1.ª), de 12 de mayo de 2000; SAP de Almería (Sección 2.ª), de 29 de enero de 2001; SAP de Alicante (Sección 1.ª), de 20 de octubre de 2004; SAP de Madrid (Sección 17.ª) de 14 de noviembre de 2012.



traslado, en muchas ocasiones, obedece más a la comodidad de los propios agentes que a una necesidad real. Incluso en los casos en los que no existe la posibilidad por parte de la policía de realizar la prueba a pie de calle estaríamos ante una negativa (al traslado) impune ya que, en estos casos (como en los anteriores), la práctica de la prueba no se podría llevar a cabo por causas que se puedan atribuir a la voluntad del conductor<sup>(71)</sup>.

*e) Pruebas legalmente establecidas.* Las pruebas legalmente establecidas vienen reguladas principalmente en la normativa sobre tráfico, pero también encontramos alguna indicación en la LECrim. En primer lugar, el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial (en adelante, LTCVMSV) establece las competencias para la realización de las pruebas [art. 5.o) y art. 7 e)], instaura la prohibición de circular por las vías con tasas de alcohol o presencia de drogas (art. 14.1), apunta a la obligación de los conductores a someterse a las pruebas (art. 14.2), señala en qué consistirán las pruebas de detección (art. 14.3) y apunta a que «el procedimiento, las condiciones y los términos en que se realizarán las pruebas para la detección de alcohol o de drogas se determinarán reglamentariamente» (art. 14.4). Finalmente, también contempla el derecho del conductor a contrastar los resultados de esas pruebas mediante (preferentemente) análisis de sangre (art. 14.5). El desarrollo de este mandato y del procedimiento mencionado se encuentra regulado en los artículos 20 ss. del RGC. Sin embargo, como avanzamos, también encontramos preceptos de la LECrim que, al regular las actuaciones de la Policía Judicial, señalan el procedimiento o tipo de pruebas que se han de adoptar para detectar la presencia de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas en los conductores de vehículos a motor y ciclomotores (art. 796.7.<sup>a</sup>). Para la práctica de las pruebas de alcoholemia, el citado precepto remite a la legislación sobre seguridad vial.

*f) Finalidad.* A diferencia de la regulación previa a la reforma del Código penal operada en el año 2007, cuya finalidad era la comprobación de los «hechos descritos en el artículo anterior» (referido a la influencia de alcohol o drogas en la conducción, artículo 379 CP), la finalidad actual es la comprobación de las tasas de alcoholemia y la presencia de las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Es decir, que la finalidad ya no es tanto comprobar si el conductor pudiera estar influenciado por la ingesta de estas sustancias, sino comprobar las tasas de alcohol o presencia de drogas en su organismo.

---

(71) Vid. DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Alcohol, drogas y...*, ob. cit., p. 103.

Como veremos más adelante, este cambio de finalidad ha llevado a algunos comentaristas a desvincular la negativa a someterse a las citadas pruebas de la influencia en la conducción, en el sentido de que ya no es necesaria la misma para encontrarnos ante la conducta típica prevista en el artículo 383 CP.

«Comprobar» significa literalmente “confirmar la veracidad o exactitud de algo”, por lo que, al menos en un primer momento, todo apunta a que lo que se busca al utilizar este verbo típico es corroborar la existencia de un *indicio* de tasa de alcohol o presencia de drogas en el organismo del conductor(72). Ciertamente, no se explicita en el precepto que lo que se esté tratando de verificar sea la «influencia» que ocasionarían tales sustancias en la conducción. En cualquier caso, difícilmente podría lograrse tal cosa, por más que el derogado artículo 380 CP tuviera, al menos lingüísticamente, tal pretensión: una prueba de alcoholemia u otras sustancias no podría demostrar, sin más, que el conductor se ha visto «influido» en su conducción por estos agentes(73). Lo único que puede demostrar la prueba es el nivel de alcohol o la presencia de las sustancias en el organismo del conductor, esto es, la «tasa» entendida como una «relación entre dos magnitudes» de carácter valorativamente neutro (por ejemplo, alcohol/volumen de aire expirado), lo que supone un indicio –desde luego, muy poderoso– o, a lo sumo, una corroboración que parte de un presupuesto anterior (por ejemplo, la propia percepción de los agentes, testigos, existencia de conducción errática, un accidente, etc.), de que posiblemente su conducción se haya visto afectada por ellas.

Más discutible que sobre lo que recae la comprobación es la nueva finalidad que se le da a estas pruebas. En efecto, según la jurisprudencia de la Sala II del TS, cuando el artículo 383 CP está hablando de «comprobación» no está pensando en la averiguación de una supuesta infracción criminal concreta. Quiere describir en abstracto a qué pruebas se está refiriendo; esto es, a las establecidas en la ley para comprobar las tasas de alcoholemia. No es necesario que se trate de pruebas imprescindibles *in casu*. También cuando pueden aparecer como superfluas en el supuesto singular por constarse ya con material probatorio cualificado, subsiste la obligatorie-

---

(72) Respecto al anterior artículo 380 CP, se ha indicado que se «utiliza el término «comprobación» en relación a la necesidad existente en el sector de tráfico automovilístico de que los Agentes actuantes hayan de realizar las pruebas a fin de constatar la realidad de la presencia de alcohol» (SAP de Girona (Sección 3.ª) 105/1998, de 30 marzo).

(73) En términos similares, vid. SAP de Burgos (Sección 1.ª) de 22 mayo 2000.

dad de someterse a la prueba correlativa al deber del agente de efectuarla(74).

Si la influencia del alcohol o el resto de las sustancias a las que se refiere el tipo penal puede ser percibida y probada mediante otros medios diferentes a las pruebas específicas, parece coherente que el artículo 383 CP haga referencia a las «tasas» y no a la «influencia» en la conducción. Asimismo, esta redacción se concatena con el texto del artículo 379.2 CP que, a su vez, conecta con la posibilidad de un castigo penal por conducir bajo la influencia con la sanción o, en todo caso, cuando se sobrepasen determinadas tasas. Por tanto, ya no es decisiva la «aparición de conducción» bajo la influencia de sustancias, sino el hecho mismo de hacerlo, por lo que los controles preventivos cumplen una función esencial a la hora de evitar delitos contra la seguridad vial(75).

No obstante, esto no cambia el significado o la finalidad del tipo penal: lo que propone la letra de la norma es una revalidación, es decir, asegurar o confirmar lo que previamente puede haber sido descubierto, se percibe o se intuye por otras vías. Y, si esto es así, es porque cuando se realiza un control aleatorio sin que previamente se haya observado ningún indicio de «influencia» en la conducción, *a priori* lo que se busca es prevenir el mero hecho de que los conductores no consuman las sustancias proscritas –y en las cantidades prohibidas–, por la norma administrativa. Dicho de otro modo, se está ejerciendo una mera función de «policía»(76). En este punto no se está buscando «corroborar» un eventual peligro para la seguridad vial, puesto que no se ha observado *ex ante* preludio alguno del mismo. La

---

(74) Vid. SSTS 210/2017, de 28 marzo; 531/2017, de 11 julio; 163/2018 de 6 abril; 371/2021, de 4 mayo.

(75) En efecto, incluso en supuestos de controles preventivos es posible castigar conforme al artículo 379.2 CP cuando se superen las tasas, incluso aunque no exista evidencia de conducción afectada; SAP de Barcelona (Sección 10.ª) 435/2021, de 7 julio. En caso de no superarse dichas tasas, «nos queda únicamente la sintomatología descrita en los hechos probados, que a juicio del Tribunal no es suficiente para basar la condena, dado que la interceptación del acusado se realizó en un control aleatorio, no por razón de una anómala conducción».

(76) Si bien respecto a la anterior redacción del precepto (art. 380 CP) se ha dicho que la obligación de someterse a las pruebas de detección de alcohol u otras sustancias estupefacientes «tiene por objeto comprobar si los conductores cumplen las normas de policía establecidas», siempre se ha vinculado a garantizar la seguridad del tráfico (SAP de Málaga (Sección 2.ª) 347/2002, de 2 diciembre). Más clara es la SAP de Tarragona (Sección 2.ª) 309/2000, de 13 septiembre cuando aclara que «las pruebas de alcoholemia, pues constituyen pericias técnicas que no suponen privación alguna de libertad para el actor en el sentido constitucional del término, sino, como ya se ha dicho, sumisión de este a reglas de policía estrictamente necesarias para velar por la seguridad del tráfico».

actuación de los agentes de la autoridad no es equivalente en uno y otro caso: en un control aleatorio sin que se evidencien síntomas de influencia de las sustancias en la conducción ejercen una «actuación administrativa de control de la seguridad vial, por lo que su negativa integra exclusivamente una infracción administrativa sancionable en aquella sede»(77) o una «potestad administrativa de controlar, preservar o reprimir situaciones de peligro para el tráfico rodado»(78); cuando, por el contrario, existe una percepción de afectación en la conducción, los agentes realizan una diligencia de investigación(79) para esclarecer un posible hecho delictivo(80), cuya negativa supone un ilícito penal.

Entendemos que el verbo utilizado es significativo a la hora de interpretar el tipo penal. En éste último, a diferencia de la norma administrativa, no estamos ante un acto puramente «preventivo» (aunque también participa de esta naturaleza), sino que todo apunta a que, además, se configura como un acto «probatorio» o de «averiguación/confirmación» que, si bien se encuentra referido a las tasas y no al delito, supone, a nuestro juicio, una diferencia importante a tener en cuenta para deslindar la materia penal de la sancionadora administrativa, cuya función de policía es estrictamente preventiva/sancionadora(81). Como expone con tajante claridad Gudín Rodríguez-Magariños, «afirmar el principio de autoridad como razón autosuficiente del tipo implica reconocer la bondad de las potestades administrativas abstrac-

---

(77) Vid. SAP de Barcelona (Sección 2.ª) 894/2004, de 27 septiembre.

(78) Vid. SAP de Valencia (Sección 5.ª) 346/2008, de 31 octubre.

(79) Como expone la SAP de Barcelona (Sección 8.ª), de 17 septiembre 2000, «el puro sometimiento a las pruebas de alcoholemia legalmente establecidas no es por sí mismo sino una diligencia de investigación que requiere para su conversión en prueba la ratificación por quienes la practicaron en el plenario».

(80) En similares términos, consideramos acertada la interpretación de MARTÍN LORENZO, M.: «El delito de negativa a someterse...», ob. cit., quien expone que «la prohibición penal sirve a la eficacia preventiva de los tipos sancionadores de conducciones peligrosas vinculadas al alcohol o las drogas mediante la imposición bajo pena de una pericia apta para acreditar sus elementos objetivos principales: la ingesta de tales sustancias en cierto grado. Ello solo resulta sostenible cuando existan indicios de comisión de alguno de esos delitos, pues las diligencias de investigación lícitas se vinculan a la averiguación y comprobación de hechos presuntamente delictivos y la aprehensión, en su caso, de sus responsables».

(81) Algo también evidenciado por la jurisprudencia; por ejemplo, la SAP de Vizcaya (Sección 6.ª) 253/2010, de 11 marzo, expone que «en supuestos en los que se desarrolla una labor preventiva, en un control ordinario, o cuando se interviene con ocasión de la comisión de una infracción ordinaria del Código de Circulación, no advirtiéndose síntoma alguno de los referidos anteriormente, la conducta no rebasa los límites de la infracción administrativa».

tamente consideradas distanciando las mismas de las políticas de prevención que justifican su existencia»(82).

En algunos casos, como cuando no se superan las tasas introducidas en el artículo 379.2 CP, la ingesta de bebidas es solo el paso previo necesario para acreditar la influencia que puedan causar en el sujeto y en la conducción que éste efectúa, de modo que no quepa duda razonable sobre la puesta en peligro, aun abstracta, de la seguridad del tráfico, al conducirse el vehículo a motor o el ciclomotor con las facultades psicomotoras seriamente aletargadas(83).

Cuando se observan indicios de afectación en la conducción, la pericia se realiza para comprobar el riesgo consistente en la conducción de vehículos bajo influencia bebidas alcohólicas, es decir, para demostrar un peligro para el tráfico rodado(84).

Por el contrario, la actual jurisprudencia sostiene que, si se es coherente y se lleva a sus últimas consecuencias, ese argumento abocaría a negar la tipicidad cuando los síntomas son tan evidentes que la prueba puede considerarse en un juicio *ex ante* prescindible por contarse ya con medios probatorios suficientes e incluso sobrados(85) (v.gr. , testifical); o cuando el propio acusado acompaña su negativa a la prueba de su reconocimiento pleno de los hechos ofreciéndose a confesarlos y a firmar su autoinculpación(86). O, también, cuando por estar ante un control preventivo, no hay el más mínimo síntoma de etilismo y, por tanto, no hay indicios ni de delito ni de infracción administrativa y, en consecuencia, nada que comprobar.

El argumento no nos parece definitivo: como se expone *infra*, las pruebas periciales de esta índole, si bien no son imprescindibles, son evidencias objetivas de especial importancia y sirven para apunta-

---

(82) Cfr. GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, A. E.: «El bien jurídico protegido en el delito relativo a la negativa a someterse a pruebas de alcoholemia tras la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2017», en *Diario La Ley*, núm. 8977, 11 de mayo de 2017.

(83) Vid. SAP de Barcelona (Sección 8.<sup>a</sup>), de 17 septiembre 2000.

(84) Vid. SAP de Madrid (Sección 16.<sup>a</sup>) 187/2001, de 10 mayo.

(85) Como sucede, por ejemplo, en las SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 2.<sup>a</sup>) 436/2000, de 28 abril; SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 2.<sup>a</sup>) 624/2000, de 16 junio; SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 2.<sup>a</sup>), 224/2001 de 2 marzo; SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 2.<sup>a</sup>) 234/2002, de 1 marzo; SAP de Burgos (Sección 1.<sup>a</sup>) de 31 mayo 2002; SAP de Girona (Sección 3.<sup>a</sup>) 639/2007, de 6 noviembre; SAP de Vizcaya (Sección 6.<sup>a</sup>) 90371/2013, de 8 agosto; SAP de Vizcaya (Sección 6.<sup>a</sup>) 90008/2017, de 17 enero.

(86) Vid. SAP de Ciudad Real (Sección 2.<sup>a</sup>) 178/2000, de 30 noviembre; SAP (Sección 1.<sup>a</sup>) Orense núm. 32/2005, de 25 mayo.

lar otros medios probatorios(87). Por consiguiente, la negativa sigue siendo relevante, por cuanto el sujeto activo estaría privando a la Administración de justicia de un elemento de comprobación sobre un delito contra la seguridad vial («dejando así de someterse a una prueba establecida en beneficio de la garantía de la seguridad del tráfico, fundamental para proteger la seguridad de los usuarios de las vías públicas»(88)). Lo mismo puede predicarse del supuesto de autoinculpación, argumento que, además, ignoraría el posible cambio de su confesión en sede judicial, surgiendo la necesidad de acreditar objetivamente la embriaguez, sobre todo cuando la tecnología pone medios de fácil utilización y cuando la legalidad les reviste de autoridad bastante para exigir el sometimiento a la prueba(89). También orillaría este argumento el hecho de que, tal vez por el contexto de la situación, el conductor podría llegar a afirmar que ha bebido, pensando que en cantidad suficiente, ergo autoinculpándose de un posible delito contra la seguridad del tráfico y, sin embargo, no llegue a superar las tasas del artículo 379.2 CP que establecen una presunción de influencia en la conducción, por lo que las pruebas serían determinantes incluso en descargo del propio sujeto activo si, además, no existe influencia en el manejo del vehículo(90).

Finalmente, el objetivo preventivo de la función administrativa de «policía» quedaría incólume en el caso de los controles aleatorios cuando no se observe síntoma previo de etilismo. En el mismo caso, sin embargo, precisamente por no existir indicio alguno de peligrosidad *ex ante*, efectivamente no existiría tipicidad penal.

Al respecto, cabe recordar que para la punición de un delito contra la seguridad vial no basta la mera sospecha y, mucho menos, la sospecha genérica que motiva los controles de alcoholemia realizados al azar que lo único que justifican es el requerimiento a someterse a la prueba de alcoholemia(91). Entenderlo de otro modo conduce a una

---

(87) En este sentido, como argumenta MARTÍN LORENZO, M.: «El delito de negativa...», ob. cit., «la evidencia del consumo extraída del cuadro de sintomatología habitualmente descrito en los atestados policiales podrá cuestionarse posteriormente en el juicio oral con las más diversas objeciones (alergias, conjuntivitis, medicación, etc.), sin que pueda dejarse la decisión de sancionar por el artículo 383, y con ello su eficacia preventiva, al albur de la credibilidad que *ex post* merecieron los testimonios de los agentes policiales o incluso la confesión del conductor para fundar la convicción del juez».

(88) Vid. SAP de Madrid (Sección 1.ª) 33/2003, de 23 enero.

(89) Vid. SAP de Valencia (Sección 5.ª) 346/2008, de 31 octubre.

(90) Así, por ejemplo, se estimó que concurría un delito de negativa en la SAP de Granada (Sección 2.ª) 827/1998, de 25 noviembre, aunque el sujeto activo había confesado que se había tomado dos cervezas.

(91) Vid. SAP de Huelva (Sección 2.ª) 214/2000, de 2 mayo.

formalización de la conducta prohibida alejada de la finalidad específica que justifica objetivamente su expresa regulación al margen de la desobediencia en sentido estricto: comprobar si el riesgo generado por la antirreglamentaria o anómala conducción es directamente imputable a la previa ingesta de las sustancias típicas(92).

Por último, hay que tener en cuenta que la mera apreciación, a través de las reglas de la experiencia, de determinados signos o indicios de consumo de alcohol no siempre puede ser concluyente, ni para establecer una verdadera influencia en la conducción, ni tampoco para deducir que se han superado las tasas proscritas por el artículo 379.2 CP(93).

g) *Referencia a los artículos anteriores.* Tal y como acabamos de indicar, la regulación posterior a la reforma de 2007 (que solamente se remitía a los hechos previstos en artículo 379 CP) hace referencia a los artículos anteriores, lo que engloba los artículos 379, 380 y 381 CP (incluso tras la reforma del año 2019 al 382 bis –delito de fuga–), aunque en realidad (o principalmente) se está refiriendo a los hechos previstos en el artículo 379 CP consistentes en conducir un vehículo de motor o ciclomotor con ciertas tasas de alcohol y/o con (la presencia de) drogas en el organismo.

h) *Penalidad.* A diferencia también de la regulación anterior que remitía al artículo 556 CP (el cual solo contemplaba una única pena de prisión de seis meses a un año), la negativa a someterse a las pruebas mencionadas prevé en la actualidad penas de prisión de seis meses a un año y la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años. Es decir, que la actual regulación, además de la pena de prisión mencionada, contempla la retirada del permiso de conducir de uno hasta cuatro años.

i) *Elemento subjetivo.* Estamos ante un tipo penal eminentemente doloso, sin que sea posible su comisión imprudente *ex* artículo 12 CP. Aunque no toda la doctrina está de acuerdo en la necesidad del dolo específico de burlar y escarnecer el principio de autoridad(94), el TS ha exigido voluntad en el infractor de incumplir el mandato o, al menos, actos de oposición al cumplimiento de la

---

(92) Vid. SAP de Barcelona (Sección 2.ª) 894/2004, de 27 septiembre.

(93) Vid. SALVADOR CONCEPCIÓN, R.: «Cuestiones relevantes de la Prueba de Alcoholemia en el Proceso Penal», en *Revista de Derecho UNED*, núm. 13, 2013, pp. 391-436; FERNÁNDEZ BERMEJO, D.: «El delito de conducción...», *ob. cit.*

(94) Por ejemplo, MARTÍN LORENZO, M.: «El delito de negativa...», *ob. cit.*, considera que «por lo que atañe al cuestionado elemento subjetivo de desprestigiar a la autoridad, la mayor parte de supuestos de negativa se deben al interés del conductor en evitar el castigo por una conducción bajo el influjo de sustancias tóxicas eludiendo su prueba y no a su ánimo de desprestigiar a la autoridad».

orden, persistentes y reiterados(95). Asimismo, tampoco es pacífica la exigencia de un de un ánimo (elemento subjetivo específico del injusto) de obstaculizar la obtención de todo el resultado incriminatorio hacia la perpetración del delito contra la seguridad del tráfico previsto en el artículo 379 CP(96) o «un específico ánimo de desobedecer y la maliciosa voluntad de desconocer el principio de autoridad»(97). Otras resoluciones, sin embargo, afirman que «el dolo del autor se agota en el propósito deliberado de incumplir la orden de someterse a la prueba de alcoholemia»(98). A nuestro juicio, el elemento subjetivo del tipo penal de injusto del artículo 383 CP solamente requiere el dolo típico(99), que abarca la voluntad de incumplir el mandato u oponerse obstinadamente al requerimiento, sin que sea necesaria la exigencia de un ánimo específico de menoscabar el principio de autoridad.

En cuanto a la posibilidad de estimar un error de tipo, es posible en aquellos casos en los que la información dada por los agentes no sea correcta, de modo que pueda llevar al conductor a una ignorancia sobre la significación de la misma. Un supuesto paradigmático es aquel en el que, tras realizar la primera de las pruebas, el sujeto cree erróneamente que no es necesario someterse a más, en cuyo caso también es posible el error de tipo, vencible o invencible dependiendo del contexto, a pesar de que el resultado será el mismo: la despenalización de la conducta al no preverse un tipo imprudente(100). También concurrirá esta clase de error en el caso de que el sujeto requerido no sea realmente el conductor del vehículo(101).

---

(95) Vid. SAP de Madrid (Sección 6.ª) 56/2001, de 8 febrero; SAP de Madrid (Sección 6.ª) 59/2001, de 9 febrero; SAP de Madrid (Sección 6.ª) 457/2009, de 30 noviembre.

(96) Así lo requiere, sin embargo, la SAP de Barcelona (Sección 3.ª) 1026/2008, de 2 diciembre; en contra, STS 210/2017, de 28 de marzo. Vid. SARRATO MARTÍNEZ, L.: «La negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia: al límite entre la infracción penal y la infracción administrativa», en *Diario La Ley*, núm. 7162, 27 de abril 2009, considera que constituye un elemento subjetivo del injusto «precisamente el conocimiento y conciencia de esa influencia por parte del sujeto activo, fundamentador de su negativa».

(97) Como indica la SAP de Granada (Sección 1.ª) 171/2000, de 11 marzo; o un «elemento subjetivo de descrédito o menosprecio hacia el Agente de la Autoridad» como parece exigir la SAP de Girona (Sección 3.ª) 249/1998, de 1 julio; SAP de Barcelona (Sección 8.ª), de 17 diciembre 2001.

(98) Vid. SJP de Las Palmas de Gran Canaria (Provincia de Las Palmas), de 8 noviembre 2016.

(99) Vid. SAP de Las Palmas (Sección 1.ª) 275/2021, de 16 septiembre; «con plena consciencia y a sabiendas de la obligación legalmente establecida»; SAP de Barcelona (Sección 9.ª) 547/2021, de 22 noviembre.

(100) Vid. SAP de Madrid (Sección 30.ª) 874/2018, de 21 diciembre.

(101) Vid. SAP de Barcelona (Sección 5.ª) 639/2021, de 28 septiembre.



### III. EVOLUCIÓN Y DISCUSIÓN SOBRE EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Un repaso de la literatura apunta a una dualidad de bienes jurídicos protegidos por el artículo 383 CP, esto es, la seguridad vial y el principio de autoridad(102). Sin embargo, no existe consenso sobre si estamos ante una conducta típica de carácter pluriofensivo(103), si uno de estos dos bienes jurídicos protegidos prevalece sobre el otro, o si el artículo 383 CP solo protege uno de ellos. El debate sobre esta controversia es de gran importancia ya que la adopción de una u otra postura condiciona el resto de los aspectos tratados en este trabajo. Según el TS, desde una perspectiva de política criminal, el bien jurídico protegido se aproxima más a la seguridad del tráfico vial. Sin embargo, desde una perspectiva del derecho positivo y de la estricta dogmática penal, esa conclusión tiene que ser modulada, ya que estaríamos ante un tipo penal que protege, principalmente, el principio de autoridad(104).

En los últimos años se ha producido un cambio jurisprudencial en el TS con respecto a este tipo penal(105). La Sentencia STS 3/1999,

---

(102) Vid. COLINA OQUENDO, P., MARTÍNEZ GUERRA, A., RODRÍGUEZ DE MIGUEL RAMOS, J., RODRÍGUEZ-RAMOS LADARIA, G., RODRÍGUEZ RAMOS, L.: *Código penal y leyes penales...*, ob. cit.; SERRANO GÓMEZ, A. *et al.*: *Curso de Derecho penal...*, ob. cit.; ver también, entre otras muchas, SAP de La Coruña, de 13 de marzo de 2009; SAP de Madrid (Sección 17.ª) 1602/2013, de 4 diciembre

(103) También de amplia aceptación en la jurisprudencia menor: SAP de Zaragoza (Sección 1.ª) 413/2013, de 27 de diciembre; SAP de Almería (Sección 1.ª) 186/2014, de 23 de junio; SAP de Madrid (Sección 2.ª) 594/2014, de 26 de septiembre; SAP de Barcelona (Sección 8.ª) 248/2015, de 20 de marzo; SAP de Alicante (Sección 10.ª) 263/2013, de 26 de junio; SAP de Burgos (Sección 1.ª) 219/2014, de 19 de mayo; SAP de Madrid (Sección 15.ª) 941/2014, de 9 de diciembre; SAP de Albacete (Sección 2.ª) 263/2015, de 22 de junio, entre otras. Defienden esta opción respecto a la anterior regulación GANZENMÜLLER, C., ESCUDERO MORATALLA, J. F. y FRIGOLA VALLINA, J.: «El nuevo delito de negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia, considerado como desobediencia grave a la autoridad», en *Diario La Ley*, Ref. D-81, tomo 2, 1997.

(104) Vid. STS 1292/2018, de 6 de abril; SOLERA CALLEJA, I.: «La negativa a someterse a la segunda prueba de determinación de la tasa de alcohol en aire espirado mediante un etilómetro autorizado de forma oficial es constitutiva del delito del artículo 383 del Código Penal. Principio de autoridad como bien jurídico.: Sentencia de la STS (Sala 2.ª), de 6 de abril de 2018», en *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro*, núm. 7, 2018, pp. 63-64.

(105) Incluso pueden rastrearse precedentes jurisprudenciales que, siguiendo la doctrina constitucional, explicaban que « ha de remarcarse que la punición de la desobediencia trata, por una parte, de proteger el orden público, el cual debe entenderse como orden jurídico, bien como paz social, o como clima de tranquilidad en la esfera

de 9 de diciembre, partía de la concepción del delito de negativa como un delito de peligro donde el bien jurídico protegido (sin perjuicio de que de proteja también el principio de autoridad) era la seguridad vial. Más recientemente, el TS afirma que el bien jurídico directamente tutelado en este delito es el principio de autoridad, como en los delitos de desobediencia. Solo de forma indirecta se protege la seguridad vial, ya que según el citado TS, el contenido sustancial de esta infracción no está principalmente en la tutela del tráfico viario, sino en el principio de autoridad. El TS mantiene, por lo tanto, que no es determinante el ataque a la seguridad vial(106). Esta corriente se fundamenta en la doctrina jurisprudencial asentada por el citado tribunal en STS 210/2017, de 28 marzo, cuando establece que el bien jurídico protegido del delito previsto en el artículo 383 CP es básicamente el principio de autoridad y que la seguridad vial solo se protege de forma indirecta.

### 3.1 El principio de autoridad

Como acabamos de mencionar, el TS, en una sentencia reciente, concluye que el bien jurídico directamente tutelado en el delito de negativa del artículo 383 CP es el principio de autoridad, ya que se trata de un delito con una estructura propia de los delitos de desobediencia: «El artículo 383, por su especificidad, se ha emancipado definitivamente del genérico delito de desobediencia del artículo 556, pero no dejar de ser una modalidad singularizada»(107). En la citada sentencia, el TS entiende, en consecuencia, que la seguridad vial solo se protege de forma indirecta(108). Argumenta que, mediante el delito del artículo 383 CP, el legislador crea un delito de desobediencia especial con unos requisitos específicos y objetivados que tutela básica-

---

no íntima o privada de los ciudadanos, o como coexistencia social, pacífica y adecuada de las relaciones entre individuos. Este primer aspecto puede contemplarse como una abstracción de la seguridad del tráfico, que sería el orden y el sector concreto de lo público que se trata de asegurar. Debe destacarse por otra parte una segunda finalidad protectora propia del tipo penal de desobediencia, cual es la constituida por la dignidad y las condiciones de ejercicio de la legítima función pública o principio de autoridad» (SAP de Tarragona (Sección 2.ª), de 25 octubre 2000; SAP de Madrid (Sección 17.ª) 974/2008, de 30 septiembre, énfasis añadido).

(106) Vid. STS 163/2018, de 6 abril

(107) Vid. STS 1292/2018, de 6 de abril.

(108) Así también, la SAP de Barcelona, de 6 de junio de 2017; SAP de Cádiz (Sección 8.ª) 220/2019, de 24 junio; SAP de Madrid (Sección 15.ª) 80/2018, de 12 febrero; SAP de Madrid (Sección 30.ª) 410/2019, de 1 julio; SAP de Madrid (Sección 6.ª) 597/2019, de 11 octubre.

mente el principio de autoridad(109), reforzando con esa protección penal la efectividad de los requerimientos legítimos de los agentes de

---

(109) Sin embargo, otras resoluciones no han entendido esta separación entre el delito del artículo 556.1 CP y el artículo 383 CP desde esta perspectiva, sino que han deducido más bien lo contrario: «Con la reforma de 2007 el legislador quiere, y de esto no cabe duda, dar una total autonomía al artículo 383 del Código Penal en el sentido de que no haya de considerarse como un delito de desobediencia, sino como un verdadero delito contra la seguridad vial, en el que el bien jurídico protegido de forma primera y esencial, podríamos decir, es la seguridad vial (como también lo era la seguridad del tráfico en la redacción anterior), y podemos considerar que entra en juego también, dentro del precepto, la protección de otros intereses de carácter general, como es el principio de autoridad y el respeto a la misma cuando los Agentes actúan en el ejercicio de sus funciones y se trata lógicamente de una orden legítima. Por lo tanto, no podemos afirmar que el bien jurídico que se protege coincida totalmente en ambos preceptos y con el castigo de tales conductas, pues estimamos que en el delito previsto en el artículo 383 del Código Penal se protegen otros intereses, además del primordial de la seguridad vial» (SAP de Madrid (Sección 23.ª) 488/2016, de 5 julio). También la SAP de Madrid (Sección 17.ª) 171/2015, de 11 marzo: «el nuevo artículo 383 del Código Penal –conforme a la redacción dada por Ley Orgánica 15/2007– ya no se remite al delito de desobediencia, configurándolo como un delito plenamente individualizado y específico «contra la seguridad vial», sin perjuicio de que imponga una pena mayor». También SAP de Vizcaya (Sección 6.ª) 90371/2013, de 8 agosto. Por último, la SAP de Navarra (Sección 2.ª) 117/2011, de 12 mayo, recoge el siguiente argumento (al que, sin embargo, se opone), invocado por la parte recurrente: «quiere decir que el legislador, al omitir toda referencia al delito de desobediencia e incardinar el artículo 383 en sede del capítulo IV del Título XVII referido a los delitos contra la seguridad vial, quiere castigar de forma agravada al que conduciendo bajo la influencia de bebidas alcohólicas se niega a realizar la prueba de alcoholemia. Es decir, establece un subtipo agravado del genérico previsto en el artículo 379.2. Y ello ha de resultar obvio, no sólo por lo antes expuesto respecto de la desaparición de la proyección a proteger el principio de autoridad que contemplaba antes el antiguo artículo 380, argumento utilizado jurisprudencialmente para condenar al unísono por los dos delitos del artículo 379 y el del 380, sino porque con el nuevo artículo 383 se viene a retirar el carné de conducir, pena que en su día no contemplaba el artículo 380. Es decir, hasta la última reforma legal operada, se podía condenar por los dos delitos pero sin verse agravada la pena tipo de privación del permiso de conducir, que en todo caso se establecía en el arco de un año y superior hasta cuatro. Desde la actual ordenación, caso de condenarse por los dos tipos, el condenado siempre se verá penado por sendas condenas de retirada del permiso de conducir cuando el bien jurídico lesionado es el mismo en ambos tipos, por lo que la pena mínima así resultante al respecto sería la de dos años y dos días de retirada de carné, lo cual no ha sido previsto así por el legislador. De este modo, si ahora se castigara por los delitos 379 y 380 a la vez, se estaría conculcando el artículo 8 del código penal, dado que el artículo 383 pena con prisión de seis meses a un año; excluye la disyunción, más benévola, de optar por la pena de multa del tipo genérico del 379.1.2, y tiene una naturaleza exclusivamente protectora de la seguridad vial y ya sin proyección a la protección del principio de autoridad y por ello contempla la pena de privación del permiso de conducir que antes no contemplaba el artículo 380».

la autoridad para efectuar esas pruebas. Con respecto a la seguridad vial, mantiene que solo se protege de forma indirecta, pero no siempre que se da el delito. Es decir, que el TS sugiere que la protección de la seguridad vial tiene un carácter residual y que existen ocasiones en que se castiga la negativa a someterse a las pruebas incluso en supuestos en los que no ha existido ninguna afectación, ni siquiera indirecta, a la seguridad vial. De esta manera, el Código penal castiga la negativa en los supuestos en los que el hecho que motiva el requerimiento (la conducción) no esté relacionado con una conducta que pudiera haber generado un peligro (aunque sea abstracto o hipotético) para la seguridad del tráfico. Así pues, en supuestos en que la negativa del conductor se produzca por contumacia, o por simple enfado generado por la contrariedad de ser requerido para tales pruebas cuando el conductor considera que se encuentra en óptimas condiciones para conducir, ya que no ha ingerido ni una sola gota de alcohol, también estaremos ante un delito del artículo 383 CP, aunque, como se desprende de lo anterior, no exista ninguna afectación a la seguridad vial.

Sin embargo, el TS también reconoce que, desde un punto de vista institucional y por el efecto general de prevención positiva, es posible que con la amenaza de sanción de este tipo penal se consiga el acatamiento de tales pruebas y, por lo tanto, que la misma repercuta (en su conjunto) en una mayor seguridad en el tráfico viario. También habrá ocasiones en que la realización de la prueba sea el medio de conseguir atajar un peligro próximo para la seguridad vial, aunque añade a continuación que el contenido sustancial de este tipo penal no está principalmente en la tutela del tráfico viario, sino en el principio de autoridad(110).

La principal argumentación del TS, para lo que nosotros entendemos que se trata de un cambio de criterio, es que el TS entiende que el artículo 383 CP no puede considerarse como un delito instrumental respecto del delito del artículo 379 CP [como se desprende de la regulación anterior(111)], «de forma que solo tendría sentido la condena por tal infracción cuando mediante la negativa se quisiese eludir el descubrimiento de un delito del artículo 379 CP». Para el TS, la conducta típica del artículo 383 CP no exige un móvil determinado en el autor y (ya) no es necesario que la negativa se haga con la finalidad de encubrir una infracción del artículo 379 CP. En definitiva, el TS entiende que la negativa al sometimiento a las

---

(110) Vid. SSTS 1292/2018, de 6 de abril; 371/2021 de 4 de mayo.

(111) La regulación anterior justificaba el requerimiento para la comprobación de los hechos descritos en el artículo 379 CP, que en aquel entonces abarcaba solamente a la influencia.

pruebas «es delictiva y existe antijuridicidad material (referida al bien jurídico principio de autoridad y respeto a las órdenes legítimas emanadas de los agentes de la autoridad) tanto si la negativa responde a ese intento de ocultar un delito del artículo 379 CP como si obedece a otras circunstancias (v.gr., rechazo visceral; ira momentánea); y lo es tanto si, en efecto, existe previamente una conducta incardinable en el artículo 379 CP (o, en su caso, en la infracción administrativa), como si queda plenamente acreditado que el sujeto se hallaba en perfectas condiciones para pilotar un vehículo de motor». Esta visión del principio de autoridad como bien jurídico protegido aparece también en la STC 234/1997, de 18 de diciembre o en la STS 1/2002, de 22 de marzo(112). Un sector nada desdeñable de la doctrina también se había posicionado de forma favorable a esta conceptualización(113).

---

(112) Incluso se ha dicho que «el bien jurídico protegido es la eficacia de los requerimientos legítimos de los agentes de la autoridad, y los fines que persiguen». Si bien con un carácter instrumental, que ahora descarta el TS: «la posibilidad de comprobar los hechos descritos en los artículos 379.2 y 380.2 CP, es un presupuesto esencial de la eficacia preventiva de la norma que prohíbe su realización y de la pena con la que se castigan». Cfr. SAP de Barcelona (Sección 9.ª) 547/2021, de 22 noviembre

(113) Vid. ALONSO RIMO, A.: «La negativa a someterse a las pruebas de detección de alcohol, drogas tóxicas o sustancias similares como modalidad de desobediencia penal (estudio del bien jurídico protegido en el artículo 380 CP)», en *Revista de Derecho y proceso penal*, núm. 10, 2003, pp. 29-98; el mismo: «El delito de negativa a someterse a las pruebas de detección de alcohol o drogas tóxicas desde la perspectiva de la reforma penal de 2007», en VIDALES RODRÍGUEZ, C. y MERA REDONDO, A. (Coords.). Seguridad Vial. (Especial referencia a la reforma operada en el Código Penal mediante la Ley Orgánica 15/2007, de 30 de noviembre). Tirant lo Blanch. Valencia, 2008, pp. 293-324; CUESTA PASTOR, P. J.: «La criminalización de la negativa...», ob. cit.; FERNÁNDEZ BAUTISTA, S.: «El delito de negativa...», ob. cit.; la misma: «El delito de negativa a la realización de las pruebas de alcoholemia (art. 383 CP)», en *Tráfico y seguridad vial*, núm. 109, 2008, pp. 37-50; MIRÓ LLINARES, F.: «La interpretación del delito de negativa al sometimiento de la prueba de alcoholemia tras la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 2002», en *Actualidad Penal*, núm. 2, tomo II, 2003; y el mismo: «Artículo 383», en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.). Comentarios al Código Penal. Segunda época, tomo XI. Libro II: Título XVII, de los delitos contra la seguridad colectiva (artículos 359 al 385). Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas, Madrid, 2008, pp. 735-813; LUZÓN CUESTA, J. M.: *Compendio de Derecho Penal*. Parte Especial. 16.ª Ed. Madrid, 2009; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., MATA LLÍN EVANGELIO, A., ORTOS BERENGUER, E. y ROIG TORRES, M.: *Esquemas de Derecho Penal*. Parte especial. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009; QUERALT JIMÉNEZ, J.: *Derecho Penal Español*. Parte Especial, 6.ª Ed. Atelier, Barcelona, 2010; TRAPERO BARREALES, M. A.: *Los delitos contra la Seguridad Vial: ¿Una reforma de ida y vuelta?* Tirant lo Blanch, Valencia, 2011; GÓMEZ PAVÓN, P.: «La reforma de los delitos contra la seguridad vial», en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 25, 2012, pp. 119-148.

### 3.2 La Seguridad vial

Hasta no hace mucho tiempo, el TS, no se mostraba tan explícito con respecto al bien jurídico protegido por el delito de negativa. Una parte muy importante de la doctrina entiende que este tipo penal, antes y ahora, también protege la seguridad del tráfico(114). Un sector jurisprudencial, de hecho, mantiene vigente esta consideración(115). Es a la luz de tres sentencias recientes(116) cuando el TS parece cambiar de criterio y privar de todo protagonismo al bien jurídico protegido seguridad vial(117). Como acabamos de mencionar, para el TS, el tipo del artículo 383 CP solo protege la «seguridad vial» de forma mediata. Afirma el TS que solo si se concibe a este tipo penal como un delito de autoencubrimiento podemos entender que se protege la seguridad vial. Sin embargo, esta interpretación, continúa diciendo el TS, deforma el contenido sustancial del artículo 383 CP y, al separarse del principio de autoridad, vacía su contenido esencial. Bajo esta perspectiva se asumen acotaciones interpretativas, que el propio TS ha rechazado, basadas en la no necesidad *in casu* de la prueba. El TS concluye que el artículo 383 CP representa algo más que la sanción de un autoencubrimiento y que, por lo tanto, como venimos diciendo, el bien jurídico protegido de este delito es el principio de autoridad(118).

---

(114) Vid. GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. y VIDALES RODRÍGUEZ, C.: «La Reforma del Código Penal en materia de Seguridad Vial», en *Revista Xurídica Galega*, núm. 55, 2007, pp. 43-60; MAGALDI PATERNOSTRO, J. M.: «El tipo del Artículo 380 del Código Penal: una propuesta interpretativa», en *Estudios de derecho judicial*, núm. 114, 2007, pp. 191-228; CARDOZO POZO, R. C.: Bases de política criminal y protección penal de la seguridad vial. Tesis Doctoral. Universidad de Salamanca, Salamanca, 2009; MUÑOZ CUESTA, F. J.: «Delito de negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia y detección de drogas: problemas que suscita la interpretación del artículo 383 CP», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2, 2009; MARTÍN LORENZO, M.: «El delito de negativa...», ob. cit., y el mismo: «Negativa a someterse a las pruebas de medición...», ob. cit.; GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, A. E.: «El bien jurídico protegido...», ob. cit.

(115) Por ejemplo, SAP de Pontevedra (Sección 2.<sup>a</sup>) 201/2021, de 13 septiembre.

(116) Vid. SSTS 210/2017, de 28 de marzo; 1292/2018, de 6 de abril; al respecto vid. DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: «Dos sentencias del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que han unificado el escenario de los delitos contra la seguridad vial», en *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, núm. 47, 2017.

(117) Sin embargo, era frecuente que nuestra jurisprudencia menor aludiera a la seguridad vial como bien jurídico protegido de carácter principal en este hecho delictivo: SAP de Valencia (Sección 4.<sup>a</sup>) 45/2014, de 23 de enero; SAP de Bilbao (Sección 6.<sup>a</sup>) 90427/2014, de 22 de septiembre; SAP de Albacete (Sección 1.<sup>a</sup>) núm. 330/2014, de 7 de octubre; SAP de Gerona (Sección 4.<sup>a</sup>) 602/2014, de 24 de octubre; SAP de Madrid (Sección 17.<sup>a</sup>) 532/2015, de 15 de julio.

(118) Vid. STS 1292/2018, de 6 de abril.

Caben, sin embargo, posturas eclécticas(119), en las que no se renuncia a la protección de la seguridad vial, pero se establece un discutible orden de preferencia: «el bien jurídico directamente tutelado es el principio de autoridad, como en los delitos de desobediencia. De forma indirecta se protege la seguridad vial. El artículo 383, por su especificidad, se ha emancipado definitivamente del genérico delito de desobediencia del artículo 556, pero no dejar de ser una modalidad singularizada»(120).

### 3.3 Toma de postura

En primer lugar, debemos partir de que el bien jurídico protegido en el resto de los DCSV es «apriorísticamente» por su ubicación la seguridad vial. Todos estos delitos (incluido la negativa) vienen recogidos en el Título XVII del CP, junto a otros tipos penales en los que se protege la seguridad colectiva. El Capítulo IV, que se titula «Los Delitos contra la Seguridad Vial» agrupa una serie de delitos que protegen la seguridad vial y que son definidos como delitos de peligro (abstracto y/o concreto). Por lo tanto, si acudimos al criterio de la ubicación sistemática del delito de negativa (entre los delitos contra la seguridad vial(121)) no podemos sino otorgarle, al menos, una dualidad de bienes jurídicos protegidos, o sea, la preeminente seguridad vial pero también el entorpecimiento de funciones públicas, dualidad si se quiere diluida tras la reforma por la LO 15/2007, que hace desaparecer la mención a la desobediencia. El propio TS, reconoce que la intención del legislador era precisamente la de proteger la seguridad vial y desprenderse así de toda referencia al delito desobediencia(122).

---

(119) Vid. SAP de Málaga (Sección 3.ª) 164/2021, de 29 abril; SAP de Sevilla (Sección 3.ª) 426/2021, de 9 diciembre, que aducen: «desde una perspectiva criminológica, no es lo mismo ser condenado por un delito específico contra la seguridad del tráfico como el que se contempla en el artículo 379.2 del C. Penal, que por un delito de desobediencia a un agente de la autoridad; pues aunque ambos tutelan el bien jurídico de la seguridad del tráfico, no lo hacen con las mismas connotaciones y el mismo alcance, habida cuenta de la naturaleza cuando menos mixta que presenta desde el perfil del bien jurídico el delito del artículo 383 del C. Penal, sin olvidar su tutela más indirecta o mediata de la seguridad vial y de los bienes personales primarios que se protegen a su amparo».

(120) Cfr. STS 210/2017, de 28 de marzo.

(121) Vid. SAP de Madrid (Sección 16.ª) 820/2002, de 29 noviembre; SAP de Madrid (Sección 16.ª) 781/2003, de 18 noviembre; SAP de Madrid (Sección 17.ª) 974/2008, de 30 septiembre.

(122) El preámbulo de la LO 15/2007 establece que «La negativa a someterse a las pruebas legalmente establecidas para detectar el grado de alcoholemia o de

De aceptarse la vía hermenéutica contraria, se olvidaría que la ubicación sistemática del precepto entre los delitos contra la seguridad del tráfico no puede sino otorgarle una «dualidad o mixticidad de bienes jurídicos protegidos»(123).

En nuestra opinión, si seguimos (entre otros) un criterio interpretativo sistemático y teleológico, especialmente después de la reforma de 2007, no podemos negar que con el delito de negativa se está protegiendo (también) la seguridad vial, ya que, si el único bien jurídico protegido por el artículo 383 CP fuera el principio de autoridad, la conducta de quien se niega a seguir las órdenes legítimas de los agentes de autoridad (someterse a las pruebas correspondientes) podría incardinarse en el tipo del injusto del delito de desobediencia (genérica) del artículo 556.1 CP (con lo que no sería necesario un tipo penal específico de negativa)(124).

Ciertamente, como se ha expuesto en alguna ocasión, el artículo 383 CP mantiene «un difícil y discutible encuadre sistemático», siendo «un cuerpo normativo extraño dentro del capítulo que constituye su contexto inmediato»(125). Sin embargo, ello no puede imaginarse casual, es decir, no supone un acto caprichoso del legislador, sino que al versar la desobediencia sobre un concreto aspecto de la realidad, la negativa del particular a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de hechos (o indicios) que pudieran constituir un delito de conducción de un vehículo a motor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o bebidas alcohólicas, se ha considerado que el encuadre lógico vendría dado a continuación del delito cuyo intento de comprobación se verifica. Esta lógica legislativa, de encuadrar delitos referidos a una misma situación real pero con distinto bien jurídico protegido no es propia exclusivamente de este concreto supuesto, sino que, por ejemplo, se emplea también en el supuesto de la prevaricación al recoger figuras especiales en relación con los delitos contra la ordenación del territorio, el patrimonio histórico o el medio ambiente. Por ello, esta especialidad de la desobediencia, además de proteger el principio de autoridad en cuanto a las órdenes legales emanadas de autoridad competente, contempla otro bien jurídico merecedor de pro-

---

impregnación tóxica, en cambio, pierde su innecesario calificativo de delito de desobediencia y pasa a ser autónomamente castigada».

(123) Vid. SAP de Barcelona (Sección 10.<sup>a</sup>), de 20 diciembre 2001.

(124) La jurisprudencia también ha hecho eco de estas críticas, indicando que un sector de la doctrina considera este tipo penal como «superfluo» al existir el delito de desobediencia; SAP de Madrid (Sección 16.<sup>a</sup>) 781/2003, de 18 noviembre.

(125) Vid. SAP de Madrid (Sección 17.<sup>a</sup>) 171/2015, de 11 marzo, Voto Particular.



tección por la razón exclusiva de su ubicación sistemática, cual es la seguridad del tráfico(126).

Asimismo, si atendemos un criterio hermenéutico literal, observamos que el requerimiento que daría lugar a la desobediencia (la negativa) se realiza «para la comprobación de las tasas de alcoholemia y la presencia de las drogas». Por ello, entendemos que, por mucho que la legislación administrativa en materia de tráfico prevea la posibilidad de realizar las pruebas en determinados supuestos(127), ante la ausencia de cualquier indicio, síntoma o evidencia que permita asumir una mínima afectación (aunque sea endógena) o presencia de estas sustancias en el organismo del conductor, el requerimiento pierde su legitimidad desde un punto de vista penal y la negativa, en estos casos, como discutiremos más adelante, debería tener los efectos administrativos correspondientes(128). Más claro es aún si, como discutimos más arriba, adoptamos un criterio sistemático o si acudimos a los antecedentes históricos y legislativos (la reforma de 2007) o si atendemos al espíritu y finalidad de la norma (criterio teleológico) que, tal y como reconoce el propio TS y se desprende del preámbulo de la citada Ley, no era otra que proteger la seguridad vial.

Y es este precisamente el único punto que puede «legitimar materialmente» que la negativa expresa o por actos concluyentes a la realización de las pruebas sea calificada y penada, en su caso, como desobediencia (que lo es al mandato legal) grave: la finalidad de la norma –y, en consecuencia, lo que justifica su obligado acatamiento bajo pena– no es tanto preservar un periclitado entendimiento del principio de autoridad o el respeto debido a los agentes de la autoridad en el ejercicio de sus funciones, sino preservar la indemnidad del bien

---

(126) Vid. SAP de Girona (Sección 3.ª) 658/2002, de 8 octubre.

(127) El artículo 21 RGC prevé que «Todos los conductores de vehículos y de bicicletas quedan obligados a someterse a las pruebas que se establezcan para la detección de las posibles intoxicaciones por alcohol [...]. Los agentes de la autoridad encargados de la vigilancia del tráfico podrán someter a dichas pruebas: a) A cualquier usuario de la vía o conductor de vehículo implicado directamente como posible responsable en un accidente de circulación. b) A quienes conduzcan cualquier vehículo con síntomas evidentes, manifestaciones que denoten o hechos que permitan razonablemente presumir que lo hacen bajo la influencia de bebidas alcohólicas. c) A los conductores que sean denunciados por la comisión de alguna de las infracciones a las normas contenidas en este reglamento. d) A los que, con ocasión de conducir un vehículo, sean requeridos al efecto por la autoridad o sus agentes dentro de los programas de controles preventivos de alcoholemia ordenados por dicha autoridad».

(128) El artículo 77 de la LTCVMSV, en su apartado d), prevé como infracción muy grave el incumplimiento de «la obligación de todos los conductores de vehículos [...] de someterse a las pruebas que se establezcan para la detección de alcohol o de la presencia de drogas en el organismo».

jurídico concretado en la seguridad del tráfico de dos modos distintos: a) Impidiendo la persistencia temporal del riesgo que para el tráfico genera la conducción que se advierte como temeraria y/o de la que existen indicios pueda estar originada por la influencia en el conductor de las sustancias tóxicas; y b) Posibilitar el sustrato documental (pericia documentada) de una conducción habiendo ingerido dichas sustancias lo que constituirá junto al atestado instruido la base mínima para la incoación de un proceso penal para esclarecer la relevancia penal (o administrativa) del hecho y la responsabilidad de su autor y, en definitiva, la respuesta penal contra el infractor. Consecuentemente, si no existen indicios objetivos de que en el caso concreto la conducción es peligrosa para el bien jurídico en cuanto se plasma en una conducción temeraria en sí misma o por los signos evidentes del conductor según el criterio que al respecto se sostenga, la mera negativa del conductor a someterse a las pruebas de impregnación alcohólica constituye un ilícito administrativo(129).

El argumento antes expuesto en referencia al grado de gravedad de la desobediencia también parece ir en la misma dirección. En principio, el comportamiento que se está valorando, de no existir el artículo 383 CP, podría dar lugar a la estimación de una desobediencia leve y, por tanto, simplemente constitutiva de una infracción administrativa, con lo que todo apunta a que el legislador ha querido remarcar que estamos ante un delito determinado por un doble bien jurídico puesto en peligro, pues no sería tanto la afectación al bien jurídico autoridad que se pone en evidencia cuando el conductor se niega a someterse a las pruebas legalmente establecidas, sino la grave incidencia que dichas actitudes pueden tener en la seguridad del tráfico y en el control y evitación que se circule por las vías públicas con graves índices de alcohol u otras drogas, en un claro y manifiesto intento de reforzar la realización de las pruebas de detección de alcohol, pues parece que está estrictamente demostrada su directa relación con el cada vez más amplio número de muertes y graves daños a la salud de los ciudadanos producidos por un sector como el del tráfico viario(130).

Asimismo, entendemos que la postura contraria, ahora mantenida por el TS, vulneraría los principios de mínima intervención y carácter subsidiario de nuestro ordenamiento jurídico-penal, en tanto que daría primacía al uso del castigo punitivo, confundiendo las finalidades del Derecho administrativo sancionador y el Derecho penal, impidiendo una lectura integradora de ambas legislaciones.

---

(129) Vid. SAP de Barcelona (Sección 2.ª) 894/2004, de 27 septiembre.

(130) Vid. SJP núm. 1 de Manresa, de 13 de diciembre de 1997; SAP de Burgos (Sección 1.ª), de 22 mayo 2000.

Ello se conectaría con la propia conceptualización de la negativa/desobediencia que, como hemos apuntado *supra*, debe ser grave para que surta efectos penales y no meramente administrativos. Aplicando un criterio de adecuación social, la simple negativa a efectuar un control de alcoholemia o sustancias estupefacientes sin que se haya observado un riesgo para la seguridad vial no equivale a una desobediencia relevante penalmente. Si el bien jurídico atacado es sólo el principio de autoridad, el ilícito penal se desenvolvería en el delito del artículo 556.1 CP. Y, si no se ataca ninguno de los dos bienes jurídicos protegidos, el hecho no pasaría de constituir una mera infracción administrativa. En estos casos, la sanción penal resulta excesiva (no puede olvidarse el carácter y de *ultima ratio* del Derecho Penal), máxime cuando por vía administrativa puede sancionarse tal negativa(131).

Como expone el voto particular discrepante emitido por el magistrado Miguel Colmenero Menéndez de Luarca al fallo de la STS 210/2017, de 28 marzo, si ha de partirse de la consideración del Derecho Penal como *ultima ratio*, no es razonable acudir a su aplicación si no resulta imprescindible. Aunque esa consideración se dirige en un principio al legislador, es útil al intérprete en la medida en la que debe tener en cuenta que aquel debió atenerse a la misma(132). Cuando las finalidades perseguidas por las normas a cuyo incumplimiento se asocian sanciones penales ya han sido alcanzadas, ha de entenderse que desaparece la justificación de la conminación penal.

En una interpretación democrática del principio de autoridad, ésta no debe tener una especial protección por la sola consideración de autoridad, sino que el objeto de la protección debe ser las condiciones en las que la autoridad y sus agentes realizan las funciones que les encomienda la sociedad, prohibiendo aquellas conductas que las dificulten(133). Las funciones desarrolladas por los agentes de la autoridad están dirigidas a preservar o reprimir conductas que pongan en riesgo la seguridad del tráfico. Este razonamiento nos lleva de nuevo a

---

(131) Vid. SAP de Barcelona (Sección 8.ª), de 28 mayo 2001.

(132) En el mismo sentido, el voto particular del magistrado Pablo Llerena Conde en la misma sentencia precitada expone «el juez sabe que la opción normativa del legislador hubo de ser la de menor expansividad penal, de entre las distintas opciones que posibiliten la protección penal que inspiró la norma».

(133) Vid. SAP de Madrid (Sección 16.ª) 742/2001, de 17 diciembre; SAP de Madrid (Sección 16.ª) 645/2001, de 8 noviembre; SAP de Valencia (Sección 4.ª) 52/2002, de 28 febrero; SAP de Madrid (Sección 16.ª) 820/2002, de 29 noviembre; SAP de Vizcaya (Sección 6.ª) 90371/2013, de 8 agosto; SAP de Madrid (Sección 17.ª) 171/2015, de 11 marzo.

la conclusión de que el bien jurídico protegido principal del artículo 383 CP es la seguridad del tráfico.

Además, respecto al principio de autoridad como bien jurídico protegido, el hecho de que el requerimiento a cumplir con la obligación legal de someterse a las pruebas de detección de alcohol u otras sustancias tóxicas lo sea por los agentes de la autoridad en el ejercicio de sus funciones no puede llevar, sin más, a la conclusión de que estamos ante un delito de desobediencia cuyo principal bien jurídico a tutelar es el principio de autoridad. Y ello porque, como indica Magaldi Paternostro, es a éstos a quienes se encomienda legalmente velar por la seguridad del tráfico, siendo los únicos (y no los particulares o, por ejemplo, cualquier autoridad o agente de la misma que, sin ejercerla concretamente, circularan por el lugar) legitimados para ejecutar dicho requerimiento, precisamente porque se hallan ejerciendo esta parcela concreta de la función pública, único extremo que legitima requerir a alguien para que lleve a cabo una conducta determinada bajo amenaza de sanción (penal o administrativa)(134). En ningún caso se les identifica como sujetos pasivos del hecho delictivo, sencillamente porque no lo son, y la desobediencia ejercida por el sujeto pasivo va más allá de la vulneración de su autoridad como agentes mediatos del ejercicio del poder estatal de prevención, alcanzando otros contextos que tienen que ver con el adecuado funcionamiento de la Administración de Justicia: la obstrucción de la prueba. Es más, no es difícil imaginar un supuesto en el que el sujeto activo acata la autoridad de los agentes, como demuestra el hecho de detener el vehículo ante un control, pero es renuente a realizar las pruebas, precisamente para evitar las consecuencias que pudieren derivarse de sobrepasar las tasas reglamentarias(135).

Por otra parte, como se ha mencionado en el análisis del requerimiento, la información que se ofrece al conductor tiene una especial significación a efectos típicos(136). Todo apunta, por tanto, a que el motivo de la prueba es relevante, pues la negativa del sujeto activo no

---

(134) Vid. MAGALDI PATERNOSTRO, J. M.: «El tipo del artículo 380...», ob. cit.; también, SAP de Madrid (Sección 17.ª) 171/2015, de 11 marzo.

(135) Vid. SAP de Pontevedra (Sección 2.ª) 201/2021, de 13 septiembre.

(136) Exculpándose si no se comparte con el sujeto activo: SAP de Jaén (Sección 2.ª) 171/1997, de 19 diciembre; SAP de Madrid (Sección 4.ª) 80/1999, de 12 febrero; SAP de A Coruña (Sección 4.ª) 18/1999, de 18 marzo, con términos bastante contundentes, aunque referidos a la anterior regulación: «este delito para que surja a la vida jurídica exige, no solo la negativa a realizar la prueba de alcoholemia, sino además el apercibimiento previo de que puede incurrir en el delito de desobediencia mediante el requerimiento correspondiente»; SAP de Tarragona (Sección 2.ª) 67/2000, de 28 febrero; SAP de Barcelona (Sección 6.ª), de 18 octubre 2002.

contendrá el mismo desvalor si se realiza conscientemente de manera preordenada a entorpecer la prueba de un delito contra la seguridad vial(137). Como ha expuesto con claridad meridiana Magaldi Paternostro, «dogmáticamente no es lo mismo realizar la conducta típica de resistir o desobedecer a la autoridad o a sus agentes y ser, por lo tanto, autor de un delito de desobediencia (los que... o les desobedecieren gravemente), que negarse a practicar las pruebas destinadas a la comprobación de si la conducción, por el estado en que se realiza, genera un riesgo para el tráfico rodado»(138). De hecho, como se anotaba anteriormente y el propio TS reconoce, la desobediencia, si se produce específicamente «frente a agentes en el ámbito del tráfico rodado, se ataca a la ordenada circulación vial»(139).

A mayor abundamiento, el hecho de que se haya recogido expresamente un delito de desobediencia específico en materia de tráfico rodado, apunta a que el injusto del artículo 383 CP no es equivalente al de su homólogo genérico del artículo 556.1 CP. Y ello es así, en nuestra opinión, porque, a diferencia del tipo básico de desobediencia, la exigencia bajo pena del sometimiento a dichas pruebas cobra plena virtualidad, a efectos penales, en el supuesto de que existan indicios de una influencia de la ingesta en la conducción de la que objetivamente derivare un riesgo para el bien jurídico protegido seguridad vial, además de la posible vulneración del principio de autoridad.

Esto tiene una gran importancia a la hora de delimitar el ámbito de vigencia propio en virtud de la «gravidad de los hechos que pretenden averiguarse mediante la diligencia policial de investigación»(140).

Como se ha anotado, la penalidad del artículo 383 CP es más grave que la recogida en el artículo 556.1 CP. Siendo uno de los criterios para el ajuste penológico de una conducta la mayor cantidad de injusto, cabe argumentar que el artículo 383 CP tiende a un mayor castigo porque existe un mayor desvalor en la conducta del sujeto activo pues, con su actitud rebelde, éste conculca el principio de autoridad y, además o sobre todo, evita la conformación de un acervo probatorio importante para el castigo de un delito contra la seguridad vial con el que, asimismo, se ponen en riesgo otros bienes jurídicos protegidos.

---

(137) Vid. SAP de Granada (Sección 2.ª) 14/2001, de 7 marzo; SAP de Guipúzcoa (Sección 1.ª) 306/2010, de 24 junio; SAP de Madrid (Sección 29.ª) 239/2011, de 23 septiembre.

(138) Vid. MAGALDI PATERNOSTRO, J. M.: «El tipo del artículo 380...», ob. cit.

(139) Cfr. STS 210/2017, de 28 de marzo.

(140) Vid. SAP de Barcelona (Sección 8.ª), de 17 septiembre 2000.

En este sentido, como indica Fernández Bermejo, «el desvalor penal que se persigue en la conducta del que se niega a someterse a las pruebas, tiene como finalidad contribuir de manera mediata a una mayor seguridad en el tráfico, facilitando la investigación de posibles comportamientos consistentes en conducir vehículos a motor o ciclomotores bajo la influencia de bebidas alcohólicas o sustancias tóxicas»(141).

El hecho de ser castigado con mayor pena que la prevista para el delito de desobediencia grave implica que la conducta típica debe revestir un grado de antijuridicidad similar(142) e, incluso, mayor. Los bienes jurídicos en juego son distintos en ambas normas: mezcla de obstrucción y seguridad vial en el primero, simple negativa a cumplir el requerimiento policial, el segundo(143).

Otro argumento favorable a nuestro posicionamiento también se basa en la propia gravedad de la pena y en su particular tipología: del mero cotejo de penas asignadas por el legislador para los delitos previstos en los artículos 379.2 CP y 383 CP lleva a pensar que, si el Legislador considera más grave la negativa a someterse a las pruebas que la propia conducción etílica, es porque necesariamente en el tipo se parte de la base de que esa negativa tiene por objetivo evitar que se compruebe aquella conducción etílica; finalidad a la que, por tanto, habrá de vincularse(144). Tampoco puede pasar inadvertido el hecho de que el artículo 383 CP incorpore una pena específica de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores, lo que conecta la negativa a someterse a las pruebas con el riesgo para la seguridad vial(145). De lo contrario, debería explicarse qué sentido preventivo tiene castigar una mera desobediencia formal con una pena específica privativa del derecho a conducir, habitualmente vinculada a un riesgo contra la seguridad vial o con el uso de un vehículo en la conducta delictiva (de lo que se deduce una peligrosidad en la conducción), cuando lo único que se conculca es el principio de autoridad. La autoridad está ejerciendo sus potestades públicas en relación con el control de una fuente de peligro para el tráfico. La concreta penalidad del artículo 383 CP es, consecuentemente, expresiva de una determinada realidad: la de la seguridad del tráfico rodado.

---

(141) Vid. FERNÁNDEZ BERMEJO, D.: «Algunas cuestiones...», ob. cit.; el mismo: «Sobre el bien o bienes jurídicos protegidos...», ob. cit.

(142) Vid. SAP de Ávila 196/2002, de 26 diciembre.

(143) Vid. SAP de Barcelona (Sección 3.<sup>a</sup>) 1026/2008, de 2 diciembre.

(144) Vid. SAP de Barcelona (Sección 8.<sup>a</sup>), de 28 mayo 2001.

(145) Vid. FERNÁNDEZ BERMEJO, D.: «Algunas cuestiones...», ob. cit.; el mismo: «Sobre el bien o bienes jurídicos protegidos...», ob. cit.

Lo que resulta cuanto menos paradójico es que se mantenga otro criterio interpretativo y, a la par, se reconozca sin empacho que «no puede dudarse de que el legislador tenía eso en mente» en referencia a la protección de la seguridad vial(146). De este modo, nuestra reciente jurisprudencia admite sin tapujos que se prescinde de la interpretación basada en la voluntad del legislador y, por tanto, se aleja también –al menos en cierta medida– de la hermenéutica en clave teleológica a la hora de interpretar la norma. Más aún, aunque integrado en el análisis de su antecedente directo, el TC llegaba a exponer que «no cabe duda de que la de protección de la seguridad en el tráfico rodado forma parte de las finalidades esenciales»(147). Ello se deduce, además, de la propia «naturaleza de la conducta que las pruebas a las que se refiere»(148), es decir, la de «conducir», que convierte al sujeto en «conductor» y, por tanto, en sujeto activo del delito. Si, como se ha indicado, el requerimiento se produce cuando ya el vehículo está fuera de circulación (por ejemplo, aparcado; o cuando quien había conducido con anterioridad ya no es usuario de la vía) la negativa no podrá integrar este ilícito penal, razón por la cual parece existir una conexión entre conducción y desobediencia(149) y, por consiguiente, también con un peligro para la seguridad vial y no exclusivamente un menoscabo del principio de autoridad.

A lo sumo, podría interpretarse (en contra de la nueva literalidad del precepto, que ya no incluye la derivación penológica a la desobediencia) que, tras la reforma operada en 2007, se ha reforzado la protección del principio de autoridad, pero siempre de modo que la *ratio* esencial del precepto no es otra que la de garantizar las funciones que la Administración asume para preservar los riesgos para la persona que derivan de la circulación viaria(150).

Lo mismo puede decirse de la naturaleza del sujeto activo en esta clase de delitos: el conductor, tal y como se ha definido anteriormente. El hecho de que el legislador haya atribuido un concreto *nomen iuris* al autor de la negativa nos aleja de la consideración genérica incluida en los delitos de desobediencia grave(151).

Si el legislador ha resuelto sancionar penalmente estos comportamientos de forma específica, sin conformarse con el delito genérico

---

(146) Vid. STS 210/2017, de 28 de marzo.

(147) Vid. STC 161/1997, de 2 de octubre.

(148) Vid. SAP de Burgos (Sección 1.ª), de 5 julio 1999.

(149) «No cabe desvincular la negativa al sometimiento a las pruebas de alcoholemia, del propio hecho de la conducción»; Cfr. SAP de Barcelona (Sección 9.ª) 547/2021, de 22 noviembre.

(150) Vid. SAP de Murcia (Sección 3.ª) 118/2011, de 3 junio.

(151) Vid. MAGALDI PATERNOSTRO, J. M.: «El tipo del artículo 380...», ob. cit.

de desobediencia, es porque ha entendido, con mayor o menor acierto, que ello contribuiría de manera mediata a procurar una mayor seguridad en el tráfico facilitando la investigación de posibles comportamientos (previos lógicamente, como sucede siempre con lo que es objeto de investigación) consistentes en conducir un vehículo(152). Y es que una cosa es que se proteja de manera mediata la seguridad vial (cuestión también discutible) y, otra muy diferente, que tal protección sea irrelevante o quede soslayada bajo la amenaza al principio de autoridad. Simplemente se está conculcando el bien jurídico protegido de dos maneras diferentes, pero éste igualmente resulta atacado.

Asimismo, que un delito proteja un bien jurídico de manera mediata no significa, en modo alguno, que no lo tutele o que lo haga de una manera secundaria o poco relevante. Ello no impide que cumpla desde esa perspectiva mediata una función de cierta relevancia, tanto desde la dimensión de la prevención general como de la eficacia de la aplicación del delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas(153).

Por tanto, lo que singulariza el hecho típico propio del artículo 383 CP es el contenido del requerimiento desatendido: el culpable se niega a la práctica de la comprobación de las tasas de alcoholemia o de presencia de otras sustancias psicoactivas; y esa comprobación es una pieza clave para probar la concurrencia de una intoxicación aguda producida por el consumo de éstas cuando su intensidad reduzca el nivel de las condiciones psicofísicas que se considera imprescindible para garantizar la seguridad de la conducción de vehículos a motor(154).

En efecto, un tipo penal puede mantener un bien jurídico protegido y, por otra parte, atender a finalidades muy diferentes. Por la propia configuración del artículo 383 CP, como delito que anticipa las barreras de protección de manera especialmente lejana al peligro para la seguridad vial, incluso sería posible interpretar que la tutela del tráfico rodado es, en efecto, algo meramente tangencial, pero todo apunta a que no puede prescindirse, sin más, de un fin de protección de la norma que se incardina en este medio y que, en última instancia, lleva a entender (como lo hace el TC en la sentencia precitada), que la propia expresión de esta finalidad inmediata nos dirige a la constatación de otra mediata: el riesgo que se trata de evitar –la seguridad que se trata de proteger– lo es fundamentalmente para «la vida o la integridad de las personas», bienes que se integran así en el ámbito de pro-

(152) Vid. SAP de Burgos (Sección 1.ª) 109/2003, de 25 julio.

(153) Vid. SAP de Málaga (Sección 3.ª) 164/2021, de 29 abril; SAP de Madrid (Sección 16.ª) 559/2021, de 21 octubre.

(154) Vid. SAP de Madrid (Sección 17.ª) 171/2015, de 11 marzo, Voto Particular.



tección de la norma(155). Como admite la jurisprudencia del TS realizando una comparativa con el artículo 379 CP, «aunque ambos tutelan el bien jurídico de la seguridad del tráfico, no lo hacen con las mismas connotaciones y el mismo alcance, habida cuenta de la naturaleza cuando menos mixta que presenta desde el perfil del bien jurídico el delito del artículo 383 CP»(156).

El hecho de que el legislador haya previsto la ubicación de ambos delitos dentro del Capítulo IV destinado a la regulación de los delitos contra la seguridad vial, no implica que cada precepto solamente pueda proteger un solo bien jurídico, sino que puede serlo de varios (SAP de Madrid (Sección 23.ª) 588/2001, de 25 julio).

Así, aunque ambos preceptos comparten como objeto de tutela la seguridad vial, es preciso reconocer que ni esto supone una coincidencia total de objeto pues en el artículo 383 CP se añade la protección del orden público, por más que este deba definirse, en atención al precepto que nos ocupa, relacionando la función de los agentes de la autoridad con la prevención en materia de tráfico rodado, ni necesariamente tenemos que estar ante la misma afectación del bien jurídico(157).

Para que el delito pueda cumplir tal objetivo, por más que se considere que el bien jurídico «seguridad vial» es secundario, la realización de una pericia de impregnación etílica o de presencia de sustancias que puedan influir en la conducción, debería incardinarse en tal finalidad: tener un carácter probatorio o de corroboración del peligro *ex ante* exigido por los tipos penales antecedentes. Pues «probatoriamente parece importante contar con una prueba relevante para descubrir e investigar los delitos contra la seguridad del tráfico desde el primer momento, en cuanto se trata de una prueba preconstituida al inicio de la investigación que después ya no se puede practicar»(158).

La finalidad de las pruebas de detección del alcohol en los conductores se centra en la necesidad de asegurar que los niveles de riesgo creados por la circulación de vehículos, inherente a esta actividad, se mantiene dentro de límites razonables en lo que se refiere a las facul-

---

(155) Así, en el ámbito de la teoría de la imputación objetiva alguna resolución, en referencia al antiguo artículo 380 CP, exigía «la imputación objetiva de la conducta, para lo cual deberá constatare la existencia de la creación de un riesgo típicamente relevante, esto es de una conducta que ponga en peligro la seguridad en el tráfico y afecte el principio de autoridad» (SAP de Burgos (Sección 1.ª), de 22 mayo 2000; énfasis añadido). Razonamiento que estimamos asumible, si bien somos partidarios del elemento de comprobación del fin de protección de la norma.

(156) Vid. SSTS 419/2017, de 8 de junio; 794/2017 de 11 diciembre.

(157) Vid. SAP de Salamanca (Sección 1.ª) 83/2009, de 8 junio; SAP de Barcelona (Sección 3.ª) 928/2009, de 2 noviembre.

(158) Vid. SSTS 419/2017, de 8 de junio; 794/2017, de 11 diciembre.

tades físicas, especialmente de percepción y de reacción, de quienes los conducen, evitando que el consumo de alcohol o de otras sustancias prohibidas a las que se refiere la ley, disminuya dichas facultades incrementando aquellos niveles de riesgo para personas y bienes por encima del nivel que puede considerarse como riesgo permitido.

Como el mismo TS ha explicado, que hablemos de un delito de desobediencia específico no descarta de pleno que se proteja la seguridad vial, precisamente porque el sujeto activo estaría «impidiendo que se haga una investigación policial con unas garantías de eficacia para que se acabe protegiendo mediante una pena el menoscabo de la seguridad vial»(159). Como ha expuesto Martín Lorenzo, «el anclaje con el bien jurídico seguridad vial se produce de la mano de la tutela del efecto preventivo de los tipos de conducción peligrosa, ante todo del ilícito de conducción etílica, facilitando la prueba de sus elementos típicos»(160). De ahí que el argumento de la posible punición separada o independiente de los artículos 379 CP y 383 CP(161), lejos de corroborar que el único bien jurídico protegido es el principio de autoridad en este último, viene a demostrar justo lo contrario: precisamente porque, en ausencia de la prueba del artículo 383 CP, tal vez no pueda castigarse por el artículo 379.2 CP pero seguirá manteniéndose un peligro *ex ante* para la seguridad vial, por ejemplo por observarse indicios de la influencia en la conducción. No se puede demostrar la concreta tasa de alcohol, pero se castiga la reticencia a someterse a su comprobación. En el artículo 383 CP se castiga el riesgo general al que se contribuye al estorbar la práctica de las pruebas de alcoholemia ante indicios –no necesariamente de entidad suficiente para constituir prueba plena– de comisión del delito contra la seguridad del tráfico(162).

La importancia de esta clase de pruebas, por lo demás, ha sido frecuentemente destacada en nuestra jurisprudencia: el legislador ha

---

(159) Vid. SSTS 419/2017, de 8 de junio; 794/2017, de 11 diciembre.

(160) Vid. MARTÍN LORENZO, M.: «El delito de negativa...», ob. cit.

(161) Vid. SAP de Madrid (Sección 17.ª) 1602/2013, de 4 diciembre; por el contrario, la SAP de León (Sección 3.ª) 75/2001, de 20 septiembre, entendió que «para que la negativa a la prueba de alcoholemia pueda subsumirse en reiterado artículo 380 CP, es presupuesto necesario que los síntomas que se adviertan inicialmente en el conductor conlleven, precisamente, a que se le hubiese condenado como autor del delito de estar conduciendo bajo los efectos e influencia de bebidas alcohólicas del artículo 379 CP».

(162) Vid. SAP de Salamanca (Sección 1.ª) 83/2009, de 8 junio; en similares términos SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 6.ª) 114/2015, de 21 de enero: «el artículo 379. 2 CP reacciona frente al peligro generado por el propio sujeto con su conducción en estado de intoxicación etílica mientras que el artículo 383 reacciona frente al peligro general que se sigue de la no sumisión los conductores a controles de alcoholemia o análogos».

enfaticado la relevancia que tiene la pericia de alcoholemia para «averiguar y acreditar probatoriamente el delito contra la seguridad del tráfico de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, y ha querido reforzar las posibilidades de su punición obligando a los conductores a realizar la pericia mediante la amenaza disuasoria de la imposición de una pena». Así, se ha considerado que sin la práctica de esa pericia era difícil garantizar la aplicación del tipo penal del artículo 379.2 CP y que, ante la eventualidad de que no se aplicara el delito de desobediencia específica era muy plausible que disminuyera la protección de los bienes jurídicos que ampara el referido precepto: el bien inmediato supraindividual de la seguridad del tráfico y los bienes más mediatos, pero de una mayor tangibilidad y enjundia, consistentes en la vida y la salud (física y psíquica) de los ciudadanos.

De este modo, se ha dicho, el precepto cumple una importante función de prevención general negativa o disuasoria en cuanto que el conductor que pilota un vehículo evita no consumir alcohol ni otras drogas al ver bloqueadas sus posibilidades de evitar el castigo penal negándose a practicar las pruebas periciales que prevé el artículo 383 CP. Por lo cual, el precepto previene anticipadamente que los conductores ingieran esas sustancias antes de ponerse al mando de un vehículo: «la imperatividad de la prueba pericial y el refuerzo que supone para la averiguación del delito cumple así una importante función disuasoria orientada a evitar que la acción principal de peligro abstracto se produzca. A esa función preventiva general de la norma se le suma la eficacia que se obtiene en la persecución del delito una vez que el hecho que integra el tipo penal del artículo 379.2 CP se consuma».

La función del artículo 383 CP todavía alcanza un mayor realce tras la introducción mediante la reforma legal de 2007 del tipo de conducción etílica que se cumplimenta por el mero acto de conducir un vehículo de motor después de haber ingerido bebidas alcohólicas por encima de ciertas tasas legales. A partir de esa reforma resulta bastante imprescindible la práctica de la pericia de alcoholemia para constatar el elemento típico nuclear consistente en la tasa de alcoholemia, independientemente de que con otras evidencias se haya constatado la «influencia» de las sustancias en la conducción. En definitiva, como ha afirmado en alguna ocasión el propio TS, la reforma «acrecienta la importancia de una medición lo más exacta posible»(163).

---

(163) Vid. STS 531/2017, de 11 julio

#### IV. PROBLEMAS EN LA APLICACIÓN PRÁCTICA

La reforma y la nueva regulación del delito de negativa en el año 2007, que pretendía facilitar la interpretación y aplicación de este precepto, no ha evitado, sin embargo, que, en la práctica forense, este precepto penal haya seguido suponiendo un «quebradero de cabeza a Jueces y Magistrados»(164). La Catedrática de la Universidad de Castilla-La Mancha afirma que la nueva regulación «no ha tenido una aplicación práctica sin turbulencias» y apunta a una serie de problemas(165) que vamos a analizar en las siguientes líneas.

##### 4.1 Cuestiones preliminares

En ocasiones, se puede apreciar en la práctica forense, tanto a nivel policial como judicial, y, especialmente, a nivel de los propios usuarios, una cierta confusión sobre lo que constituye una prueba. Por la importancia que ello tiene para el resto de cuestiones que vamos a discutir en este apartado, aún a riesgo de extendernos en exceso, consideramos que es oportuno hacer ciertas aclaraciones al respecto. Antes de profundizar en el análisis dogmático y jurisprudencial sobre la negativa a la segunda prueba, es oportuno hacer una distinción conceptual previa sobre los procedimientos legalmente establecidos para la detección de (tasas de) alcohol, por un lado; y de (presencia de) drogas, por otro(166).

En primer lugar, debemos acudir a la LTCVMSV que establece en su artículo 14.1 la prohibición de circular con tasas de alcohol superiores a las reglamentariamente permitidas y con (la mera) presencia de drogas en el organismo. Igualmente, el mismo artículo 14, en su apartado 2, establece la obligación de todos los conductores de someterse a las citadas pruebas. Finalmente, el artículo 14.3 indica que las pruebas para la detección de alcohol consistirán en la «verificación del aire espirado mediante dispositivos autorizados», y que para la detección de drogas en el organismo se realizará una «prueba salival» mediante un dispositivo autorizado y un posterior «análisis de una muestra salival en cantidad suficiente». Es decir, que la LTCVMSV

(164) Vid. DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Alcohol, drogas y...*, ob. cit.

(165) Vid. DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Alcohol, drogas y...*, ob. cit., p. 84.

(166) Al respecto, vid. LABORDA VALLE, E.: «La seguridad del tráfico en la actuación del Código Penal. Estudio del sometimiento a la prueba», en *Tráfico y Seguridad Vial*, núm. 76, 2005.

contempla dos procedimientos diferenciados, uno para la detección de alcohol y otro para la de drogas.

a) PRUEBAS PARA LA DETERMINACIÓN DE ALCOHOL

En primer lugar, es oportuno mencionar que el artículo 21 del Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre, por el que se aprueba el RGC para la aplicación y desarrollo del texto articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, aprobado por el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo desarrolla lo relativo a la obligación de todos los conductores de vehículos y de bicicletas de someterse a las citadas pruebas, pero solo en lo que se refiere a la detección de las posibles intoxicaciones por consumo de alcohol. En este sentido, el RGC, en su artículo 22 y siguientes, *establece* el procedimiento (las pruebas) para la determinación del grado de impregnación alcohólica de los conductores. Concretamente, el artículo 22.1 RGC establece que estas pruebas «consistirán, normalmente, en la verificación del aire espirado mediante etilómetros»(167). Es decir, que los etilómetros son los dispositivos autorizados a los que se refiere el artículo 14.3 LTCVMSV. Los etilómetros son aparatos que determinan de forma cuantitativa el grado de impregnación alcohólica de una persona(168). Por lo tanto, aquí debemos diferenciar el procedimiento técnico mediante el que los etilómetros de precisión arrojan una citada tasa, el procedimiento (de la práctica de las pruebas) legalmente establecido (art. 23 RGC) y lo que constituye una prueba de contraste (art. 22.1 RGC).

El artículo 23.1 RGC habilita para realizar una primera prueba de detección alcohólica, y solo si esta primera prueba es positiva(169), o incluso aunque sea negativa, si el agente aprecia en la persona examinada síntomas evidentes de encontrarse bajo la influencia de bebidas alcohólicas, se someterá al interesado (para una mayor garantía y a efecto de contraste) a la práctica de una segunda prueba. Esta segunda

---

(167) Excepcionalmente, el artículo 22.2 RGC, en su punto 2, prevé que «cuando las personas obligadas sufrieran lesiones, dolencias o enfermedades cuya gravedad impida la práctica de las pruebas, el personal facultativo del centro médico al que fuesen evacuados decidirá las que se hayan de realizar».

(168) Sobre esta cuestión, vid. MESA SÁNCHEZ DE CAPUCHINO, A.: «Conducción bajo los efectos del alcohol. Etilómetro calibrado y homologado. Diferencias entre etilómetro evidencial y de precisión. Invalidez de etilómetro evidencial. Excepciones y casuística», en *Tráfico y Seguridad Vial*, núm. 180, 2014.

(169) Según el REGC, un resultado positivo es aquel que es superior a 0,5 gramos de alcohol por litro de sangre o a 0,25 miligramos de alcohol por litro de aire espirado en el caso de conductores en general, o superior a 0,3 gramos por litro, o de alcohol en aire espirado superior a 0,15 miligramos por litro si se trata de conductores profesionales o noveles.

prueba se realizará utilizando el mismo procedimiento utilizado para realizar la prueba anterior. Por lo tanto, tenemos una primera prueba necesaria y otra contingente. Ahora bien, es aquí donde resulta oportuno hacer un pequeño inciso con respecto al procedimiento (técnico) particular mediante el que los etilómetros arrojan un resultado. Debemos distinguir conceptualmente entre lo que en la práctica forense se denomina prueba, medición o insuflación. Una única prueba (la primera y la segunda) consta de dos mediciones (o insuflaciones) consecutivas. Es decir, el interesado tiene que soplar dos veces de forma consecutiva para que el aparato pueda arrojar un resultado. Si se dieran los supuestos que prevén una segunda prueba (resultado positivo o síntomas claros), el procedimiento sería exactamente el mismo, aunque la primera prueba (dos mediciones consecutivas) y la segunda (otras dos mediciones consecutivas) debe transcurrir un tiempo mínimo de diez minutos (art. 23.2 RGC). Por lo tanto, para poder acreditar evidencialmente una tasa positiva de alcohol en aire espirado (y poder denunciar administrativa o penalmente) son necesarias cuatro mediciones (o sea, cuatro insuflaciones). Finalmente, existe la posibilidad de que tenga lugar una tercera prueba, también a efectos de contraste, pero en este caso a petición del propio interesado (o por orden de la autoridad judicial). Sin embargo, aquí el procedimiento ya no es el mismo que el previsto para la primera y segunda prueba. Según el artículo 22.1 RGC (párrafo segundo), las pruebas «podrán consistir en análisis de sangre, orina u otros análogos» (ver también artículo 14.5 LTCVMSV y 23.4 RGC). Esta prueba sería opcional(170).

Para complicar aún más las cosas hay que advertir que, en la práctica forense policial, especialmente cuando la Policía Local o la Guardia Civil realizan controles específicos de alcoholemia, se suele realizar con carácter previo a las pruebas recientemente mencionadas una (única) medición o insuflación, mediante un aparato portátil de pequeñas dimensiones denominado habitualmente alcoholímetro. Este aparato, que no se debe confundir con el etilómetro de precisión, arroja un resultado digital que no tiene carácter evidencial. Los agentes lo utilizan generalmente para hacer cribados o muestreos rápidos *in situ*, a pie de carretera (en los que el conductor ni siquiera sale de su vehículo), entre los conductores. Las principales características de este aparato son su fácil portabilidad, que la medición tiene lugar mediante una única insuflación y que da un resultado instantáneo. Sin embargo, este resultado tiene un carácter meramente indiciario y carece de efectos probatorios. Por lo tanto, en el supuesto de que la

---

(170) Vid. STS 210/2017 de 28 de marzo.

tasa facilitada sea positiva, se debe someter al conductor a las pruebas o mediciones antes indicadas. En este sentido, la STS 1/2002 de 22 de marzo, analiza un supuesto de negativa a una segunda prueba emanada de quien se había sometido ya a una espiración con uno de estos alcoholímetros de muestreo. La singularidad radica, como acabamos de ver, en que esta primera comprobación se realizó por medio de un aparato de aproximación portátil o de muestreo. Es aquí donde el TS hace una distinción clara entre los resultados obtenidos por ambos aparatos o procedimientos. Es decir, el TS mantiene que se trata de un aspecto decisivo y que no se pueden extraer conclusiones absolutas y comparar los supuestos en los que la negativa a una segunda medición o mediciones procede de una primera realizada con un aparato de muestreo (indiciaria) o procede de un etilómetro (evidencial). Hay una diferencia esencial que hace que los supuestos del primer caso no pueden ser proyectables al segundo. Según el TS, en el caso analizado por la citada sentencia la primera prueba era de simple aproximación pues no se utilizó un aparato de precisión. Desde esa premisa la conclusión no podía ser otra que la condena por negarse a una segunda prueba que, en realidad, era la primera, ya que como hemos dicho, la medición con un aparato de aproximación no tiene la consideración de prueba a efectos legales. Se trata de un dato esencial relevante que rompe la simetría con los supuestos en que la primera prueba aceptada voluntariamente se realiza ya con un etilómetro de precisión.

#### b) PRUEBAS PARA LA DETERMINACIÓN DE DROGAS

En el caso de las pruebas para la determinación de presencia de drogas en el organismo el procedimiento es algo más sencillo (aunque bastante más complejo desde un punto de vista técnico y procedimental). En primer lugar, desde un punto de vista legal, el artículo 14. 3 LTCVMSV *in fine* establece que la detección (de la presencia) de (determinadas) drogas(171) en el organismo consistirá en una prueba salival mediante un dispositivo autorizado y en un posterior análisis de una muestra salival en cantidad suficiente. La primera prueba es de carácter indiciario y tendría unos efectos legales equivalentes a los obtenidos mediante el alcoholímetro para el caso del alcohol(172). La segunda prueba, que es la que se envía al laboratorio para

---

(171) Normalmente, estos aparatos detectan varios tipos o familias de sustancias. A saber, cannabis, opiáceos, cocaína, anfetaminas, metanfetaminas y benzodiacepinas.

(172) Obsérvese que la prueba indiciaria que se realiza para la detección de drogas encuentra respaldo legal en el artículo 796.7.<sup>a</sup> *in fine* LECrim. Sin embargo, la normativa relativa a la detección de alcohol en todo momento se refiere a las pruebas de carácter evidencial y nunca a las de carácter indiciario. Es decir, el RGC, la LTCVMSV

su análisis, tiene un carácter evidencial con efectos equivalentes a las realizadas con los etilómetros de precisión para el caso del alcohol.

Por otro lado, la práctica de la prueba para la detección de drogas requiere de dos únicas mediciones (no cuatro, como vimos para el caso anterior). La primera medición consiste en la toma de una muestra de saliva mediante la introducción de un hisopo (específico) debajo de la lengua del interesado (donde suele haber una mayor concentración de saliva) y su análisis *in situ* en un aparato homologado que da un resultado indiciario. Si el resultado fuera positivo, se tomará una segunda muestra de saliva (en cantidad suficiente) con otro tipo de hisopo específico y, a través de un procedimiento reglado (en el que se asegura la conservación de la saliva, así como la custodia de la prueba –ver artículo 796.7 LECrim). Posteriormente, siguiendo procedimientos rigurosos de cadena de custodia, la muestra se envía a un laboratorio homologado especializado para su análisis. El laboratorio remite en cuestión de días un informe con los resultados obtenidos. Estos resultados ya tendrían el carácter evidencial (equivalente al obtenido con el etilómetro). Todo ello, sin perjuicio de la prueba de contraste, que se efectuará en los mismos supuestos y a los mismos efectos que los previstos para el caso del alcohol (173) (ver art. 14. 1, *in fine*, y 14.5 LTCVMSV, así como el art. 23.4 RGC).

Obsérvese que la prueba indiciaria que se realiza para la detección de drogas encuentra respaldo legal en el artículo 796.7.<sup>a</sup> *in fine* LECrim. Sin embargo, la normativa relativa a la detección de alcohol en todo momento se refiere a las pruebas de carácter evidencial (en ningún caso a las de carácter indiciario). Es decir, el RGC, la LTCVMSV y la LECrim, cuando hablan de pruebas para la detección de alcohol se refieren siempre a las realizadas con el etilómetro evidencial y no las que se realizan con el alcoholímetro (que, como acabamos de mencionar, solo tendrían un carácter indiciario). El artículo 796.1 LECrim, además de habilitar a la Policía judicial a realizar pruebas para la detección de presencia de drogas en el organismo (apartado 7) en términos similares a lo establecido por la normativa administrativa en

---

y la LECrim, cuando hablan de pruebas para la detección de alcohol se refieren siempre a las realizadas con el etilómetro evidencial y no las que se realizan con el alcoholímetro (que, como acabamos de mencionar, solo tendrían un carácter indiciario).

(173) No obstante, tal y como indica el párrafo segundo del artículo 14.3 LTCVMSV, «cuando existan razones justificadas que impidan realizar estas pruebas, se podrá ordenar el reconocimiento médico del sujeto o la realización de los análisis clínicos que los facultativos del centro sanitario al que sea trasladado estimen más adecuados».



materia de tráfico(174), establece literalmente que «Cuando el test indiciario salival, al que obligatoriamente deberá someterse el conductor, arroje un resultado positivo o el conductor presente signos de haber consumido las sustancias referidas, estará obligado a facilitar saliva en cantidad suficiente, que será analizada en laboratorios homologados, garantizándose la cadena de custodia». Es decir, que mientras que la prueba indiciaria para la detección de alcohol no sería obligatoria (más allá de la obligación de todos los conductores de obedecer las órdenes de los agentes de la autoridad) ni necesaria para acreditar las tasas de alcohol en el organismo, para el caso de la detección de drogas, como acabamos de ver, el artículo 796.1. 7.<sup>a</sup> LECrim establece de forma explícita tal necesidad y obligación.

En conclusión, como acabamos de ver, los conductores sancionados (bien penal o administrativamente) por conducir con tasas de alcohol superiores a las permitidas, en el caso típico, suelen realizar hasta cinco insuflaciones (mediciones). Una primera (de carácter indiciario) con el test alcoholímetro; otras dos (consecutivas) con el etilómetro evidencial (primera prueba). En el supuesto de que esta primera prueba arrojara un resultado positivo, y tras un tiempo mínimo de diez minutos (art. 23.2 RGC), el interesado deberá realizar otras dos insuflaciones o mediciones (consecutivas) a los efectos de contraste (segunda prueba). Finalmente, de forma excepcional (y poco frecuente en la práctica) en determinados supuestos (los anteriormente mencionados), se someterá al interesado, por petición propia (o por orden de la autoridad judicial) y, también a efectos de contraste, a una tercera prueba, que, como mencionamos más arriba, serían de carácter clínico (análisis de sangre, orina u otros análogos). Para la detección de drogas, en cambio, en el caso típico se realizarán solo dos mediciones, si bien, la primera, solo tendría un carácter indiciario.

Por lo tanto ¿en qué momento se perfecciona el delito de negativa? Dicho de otra forma, ¿la negativa a cuál de las pruebas (o prueba) que acabamos de mencionar constituye la acción típica prevista en el artículo 383 CP? La interpretación sobre los efectos de la negativa a una segunda prueba, como vamos a ver en detalle, no es pacífica.

---

(174) Artículo 796.7.<sup>a</sup> LECrim «Las pruebas para detectar la presencia de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas en los conductores de vehículos a motor y ciclomotores serán realizadas por agentes de la policía judicial de tráfico con formación específica y sujeción, asimismo, a lo previsto en las normas de seguridad vial».

## 4.2 Efectos de la negativa a la segunda prueba

### a) POSTURAS DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIA

El TS, en pleno jurisprudencial y en casación en interés de la ley (art. 849.1 LECrim), aborda la discusión sobre esta controversia y analiza tres posiciones jurisprudenciales que son adoptadas generalmente por los tribunales inferiores: interpretaciones que mantienen que (I) la negativa a someterse a la segunda prueba es impune; (II), las que mantienen que es constitutiva de delito; y, finalmente (III), las que entienden que es punible cuando el afectado cuestiona el resultado de la primera prueba(175).

El TS, en STS 210/2017 de 28 de marzo, adopta una decisión jurisprudencial en la que se decanta por la punibilidad de la negativa a la segunda prueba. No obstante, en la citada sentencia también existen varios votos particulares que se alejan de esta postura mayoritaria y que se encuentran más cercanas a las otras dos posturas mencionadas(176). Por un lado, el magistrado Colmenero Menéndez emite un voto particular (al que se adhieren otros dos magistrados) en la que argumenta que la segunda prueba solo constituye una garantía para el conductor y su procedencia tiene lugar únicamente a efectos de contraste. Por lo tanto, al ser un derecho propio del afectado, que voluntariamente ha declinado ejercer, «no puede transmutarse en sanción penal»(177). Según este Magistrado, la obligación existe para el agente y no para el conductor que solamente estaría obligado por ley a someterse a la primera prueba. Un segundo voto particular (magistrado Berdugo Gómez de la Torre) mantiene que la negativa a la segunda prueba solo sería constitutiva de delito en los supuestos en los que entrañe fraude de Ley. Es decir, solamente en los supuestos en los que el conductor trate de negar la validez de la primera prueba y no cuando renuncie a lo que el magistrado considera que es una mera garantía del afectado y nunca una obligación. Finalmente, un tercer voto discrepante (magistrado Llarena Conde), también en el sentido de considerar impune la negativa a la segunda prueba, defiende que la

---

(175) Vid. STS 210/2017, de 28 de marzo; SAP de Sevilla (Sección 3.ª) 426/2021, de 9 diciembre; sobre esta cuestión vid. MAGRO SERVET, V.: «La negativa del conductor a someterse a una segunda prueba de alcoholemia», en *Tráfico y seguridad vial*, núm. 225, 2018.

(176) Aunque acatando la línea jurisprudencial del TS, la SAP de Girona (Sección 4.ª) 272/2021, de 2 junio, se muestra de acuerdo con los argumentos de los votos particulares.

(177) Vid. DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Alcohol, drogas y...*, ob. cit., p. 116.

renuncia a (lo que el magistrado interpreta que es) un derecho (del conductor) no puede ser constitutiva de delito.

i. *Posiciones que mantienen que es impune.* La primera interpretación se sustenta en que el artículo 383 CP habla de «pruebas legalmente establecidas», lo que ha llevado a algunos autores a resaltar el carácter plural de las pruebas y, en consecuencia, a interpretar que para que la negativa sea punible el conductor se debe negar a realizar todas las pruebas. Según esta interpretación, la segunda prueba sería «perfectamente renunciable por el conductor»(178). Así las cosas, no sería suficiente con una omisión parcial (a la primera prueba) sino que el tipo penal exige una omisión plural (a la primera y a la segunda prueba)(179). Como vemos, de acuerdo con esta postura, la segunda prueba estaría concebida como una garantía del afectado, y, en consecuencia, constituye un derecho renunciable(180).

Esta postura es mantenida por un importante sector de la doctrina(181) y la jurisprudencia menor(182), que defienden que la negativa a la práctica de la segunda prueba, tras haberse sometido el acusado a la primera, no constituye delito (y, en su caso, podría resultar una infracción administrativa), pues no hay que distinguir donde la ley no distingue. Esta corriente, en línea con el voto particular emitido por el magistrado Colmenero Menéndez, entiende que el conductor debe negarse a todas las pruebas para encontrarnos ante el delito de negativa(183), ya que el artículo 383 CP, como expusimos más arriba, habla de negativa «a someterse a las pruebas», en plural. Por lo tanto, si el conductor solo se niega a la segunda prueba (la de contraste) estaría realizando una conducta atípica(184).

---

(178) Vid. SAP de Zaragoza, de 7 de diciembre de 2004.

(179) Así, SAP de Barcelona, de 18 de febrero de 1999, de 22 de noviembre de 2002 y de 18 de octubre de 2016.

(180) Vid. STS 1292/2018, de 6 de abril.

(181) Vid. COLINA OQUENDO, P., MARTÍNEZ GUERRA, A., RODRÍGUEZ DE MIGUEL RAMOS, J., RODRÍGUEZ-RAMOS LADARIA, G., RODRÍGUEZ RAMOS, L.: *Código penal y leyes penales...*, ob. cit.

(182) Vid. SAP de Barcelona, de 6 de mayo de 2009; SAP 429/2016 de Madrid, de 9 de septiembre.

(183) De las pruebas ordinarias, por las razones expuestas, podríamos exceptuar las realizadas con los alcoholímetros que, como venimos defendiendo, solo tienen un carácter indiciario y no serían ni obligatorias ni necesarias para acreditar la ingesta de alcohol.

(184) Vid. DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E. M.: «La conducción bajo la influencia de drogas tóxicas o de bebidas alcohólicas y la negativa a someterse a las pruebas dirigidas a la comprobación de tales hechos: la vinculación material de los artículos 379 y 380 del Código Penal», en MORILLAS CUEVA, L. (Coord.). *Delincuencia en materia de tráfico y seguridad vial: (aspectos penales, civiles y procesales)*. Dykinson,

ii. *Posiciones que mantienen que es punible.* Los autores que mantienen que la negativa a una segunda prueba es punible(185) interpelan que esta, en realidad, también tiene un carácter imperativo, ya que la dicción literal del artículo 23.1 RGC establece que «el agente someterá» al interesado a una segunda prueba en el supuesto de que la primera prueba fuera positiva. En este caso, la segunda prueba constituye una garantía y se realiza a efectos de contraste(186). De hecho, el propio TS aclara que, en realidad, parece más exacto hablar de una única prueba que exige dos mediciones con un lapso temporal de dos pruebas diferenciadas(187). Así las cosas, esta segunda prueba constituye una garantía no solo para el interesado, sino también para el propio sistema y procedimiento penal(188). Por otro lado, tal y como pone de manifiesto el TS en STS 210/2017 de 28 de marzo, «el imperativo utilizado «someterá» concuerda con la obligatoriedad que para el conductor se proclama en los artículos 21 del Reglamento y 14 de la Ley». Por lo tanto, el único supuesto en que la segunda prueba no sería obligatoria es si el sometido arroja un resultado negativo en la primera.

En definitiva, según este planteamiento, estaríamos hablando de una única prueba que consta de dos mediciones, donde la segunda prueba es obligatoria cuando la primera ha arrojado un resultado positivo y, en consecuencia, constituye una garantía para el interesado y para el buen fin del proceso penal.

iii. *Posiciones que mantienen que es punible cuando el afectado cuestiona el resultado de la primera prueba.* Finalmente, encontramos una tercera posición intermedia que considera que la negativa a la segunda prueba es impune, pero solo en determinados casos. De acuerdo con esta postura, si el afectado queda conforme con el resultado de la primera prueba, «lo acepta y no lo discute, ni en el momento

---

Madrid, 2007, pp. 255-294; VIEIRA MORANTE, F. J.: «Artículo 57 CP», en Conde-Pumpido Tourón, C. (Dir.) y López Barja de Quiroga, J. (Coord.): Comentarios al Código penal. J. M. Bosch, Barcelona, 2007. En estos supuestos, esta segunda prueba serviría para reforzar los resultados obtenidos en la primera prueba y, por lo tanto, se podría condenar al conductor en función de la tasa arrojada en esta primera prueba.

(185) Entre los comentaristas que defienden que la negativa a la segunda prueba sería punible encontramos a DE LA ROSA CORTINA (2005), MAGALDI PATER-NOSTRO, J. M.: «El tipo del artículo 380...», ob. cit., o el propio Tribunal Supremo (entre otras, en STS 1/2002, de 22 de marzo; STS 210/2017, de 28 de marzo).

(186) Vid. DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Alcohol, drogas y...*, ob. cit.

(187) Vid. STS 1292/2018, de 6 de abril de 2018.

(188) En cualquier caso, el TC ha salido al paso para advertir que no se puede confundir el carácter imperativo de esta segunda prueba con que, tal y como subraya DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Alcohol, drogas y...*, ob. cit., p. 89, esté justificado que la misma se imponga coercitivamente mediante *vis física* (STC 265/1988, de 7 de octubre).

de realización de la prueba ni posteriormente durante el procedimiento penal que se pueda seguir, no será impune»(189). En estos supuestos, claro está, el afectado se enfrentaría a las consecuencias (penales o administrativas) de su conducta por conducir con una elevada tasa de alcohol en el organismo. Esta postura le otorga un carácter facultativo a la segunda prueba, en donde el interesado dispone del procedimiento y tiene la facultad para conformarse o exigir una segunda prueba.

iv. *Posición del TS en casación de la Ley*. Finalmente, como adelantábamos más arriba, la STS 210/2017, de 28 de marzo (en casación por interés de ley), entiende que la negativa a la segunda prueba, cuando el conductor es requerido por un agente de la autoridad y tras haber arrojado un resultado positivo en la primera prueba, constituye un delito de negativa previsto en el artículo 383 CP. El TS, como adelantábamos más arriba, justifica su decisión en base a los siguientes argumentos(190):

1.<sup>a</sup> Existe una única prueba que consta o que su finalidad plena requiere de dos mediciones con un determinado intervalo de tiempo (de mínimo diez minutos –artículo 23.2 RGC).

2.<sup>a</sup> La segunda medición constituye una garantía tanto para el conductor como para el sistema. En este sentido, se trata de una prueba que es obligatoria y en ningún caso se configura como una potestad del propio interesado.

3.<sup>a</sup> La prueba no se considera efectuada en su integridad cuando el conductor se niega a realizar la segunda prueba o fase.

4.<sup>a</sup> La normativa reglamentaria en materia de tráfico establece que el afectado está obligado a someterse a la segunda prueba o medición.

5.<sup>a</sup> El propio legislador ha creado un delito de desobediencia especial con unos requisitos específicos y objetivados.

En cualquier caso, como apunta De Vicente Martínez(191), la citada sentencia, que, como avanzamos, no contó con un consenso unánime (6 magistrados de 17 tomaron una posición discrepante y se alinearon con las posturas que mantienen que la negativa a someterse a una segunda prueba debe ser impune), no ha hecho desaparecer las interpretaciones contradictorias que existen en la materia.

En primer lugar, para el TS no es asumible que, por mucho que la dicción literal del artículo 383 CP se refiera a pruebas (en plural), sea necesario la negativa a las dos pruebas (o mediciones). El TS concluye

---

(189) Vid. DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Alcohol, drogas y...*, ob. cit., pp. 114-115.

(190) Vid. DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Alcohol, drogas y...*, ob. cit., p. 115.

(191) Vid. DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Alcohol, drogas y...*, ob. cit., p. 116.

que, «desde un punto de vista gramatical, sin embargo, parece más natural entender que ese plural no está pensando en dos pruebas sucesivas en concreto, sino en las diferentes pruebas existentes para esa verificación (alcoholemia, extracción de sangre que procederá cuando no sea posible aquellas, pruebas de detección de drogas...)»(192).

Por otro lado, de relevancia más sustantiva, la jurisprudencia del TS ha apuntado en diferentes sentencias que la segunda prueba no solo constituye una garantía del afectado (y posible futuro investigado), sino también, como decíamos, una garantía institucional(193). Por lo tanto, la segunda prueba va dirigida a alcanzar un alto grado de objetividad(194). En realidad, las garantías establecidas en favor del inculpado constituyen a la vez garantías del sistema judicial, por lo que no son ineludiblemente renunciables, ya que no se puede diferenciar de forma artificiosa entre garantías de las partes pasivas y garantías estructurales del proceso. La segunda prueba, por lo tanto, arroja certeza y contrasta los resultados obtenidos en la primera prueba. Su renuncia introduciría elementos de incertidumbre con respecto al nivel de alcohol en el organismo del conductor cuya respuesta ortodoxa y canónica en un caso en que el juzgador tiene dudas por no alcanzar la certeza que proporciona la doble medición debería llevar a la absolución (principio *in dubio*). Por lo tanto, en estos casos se debe condenar por negativa del artículo 383 CP, incluso en los supuestos en que el afectado haya desistido de la segunda espiración y haya dado por bueno los resultados obtenidos en la primera.

En cualquier caso, el TS parece asumir parte de los argumentos de los que defienden el carácter impune de la segunda prueba cuando afirma que «no tiene la misma gravedad negarse tajantemente a las dos mediciones que rehusar solo la segunda». Es decir, entiende que el desvalor de la acción es mayor para el que se niega a las dos pruebas o mediciones que el que se niega solamente a la segunda. En este sentido, el TS entiende que la diferente gravedad obligará a discriminar uno y otro supuesto, pero no mediante tipos distintos (o la impunidad de la segunda prueba), sino a través de los criterios establecidos en el artículo 66 CP, eligiendo dentro del marco penal el quantum que se considere proporcionado. El TS afirma que la negativa radical, a priori, denota una

---

(192) Vid. STS 210/2017, de 28 de marzo.

(193) Vid. STS 636/2002, de 15 de abril. Según la citada resolución, las irregularidades en la metodología afectan al derecho al proceso debido ya que, en cierta medida, constituye una prueba pericial preconstituída (STC 100/1985, de 3 de octubre) lo que reclama un cuidadoso protocolo.

(194) Según el TS, con la segunda prueba se evita, entre otras cosas, la contaminación derivada del «alcohol en boca» a la par que tienen en cuenta los márgenes de error de los etilómetros (entre un 5% y un 7,5% según informes del Centro Español de Metrología de enero de 2008 y marzo de 2010).

«rebeldía mayor y por tanto podrá merecer una penalidad mayor». Sin embargo, insiste y precisa que «esta apreciación no lleva a expulsar del tipo penal lo que también es una negativa pues la prueba no puede realizarse en su integridad cuando el sometido a ella se niega a su segunda fase, sin la que la prueba no se puede considerar finalizada». El TS concluye que eso también es negativa, aunque la gravedad esté atenuada(195).

#### b) TOMA DE POSTURA

En este trabajo nos allanamos con la postura mantenida por el TS y por los autores que consideran que la negativa a someterse a la segunda prueba sería constitutiva de un delito del artículo 383 CP. Pasamos a exponer las razones de nuestra postura que, en general, encuentran su fundamento en los argumentos esgrimidos por el propio TS.

En primer lugar, debemos entender que cuando este tipo penal habla de pruebas, en plural, en realidad está haciendo referencia al conjunto de pruebas o procedimiento (que puede variar en función del tipo de sustancia analizada e incluso del aparato utilizado para la medición) que sean necesarias para acreditar las sustancias analizadas en el organismo de un conductor. Es decir, que, tal y como establece el TS en STS 1292, de 6 de abril de 2018, no se pueden extremar estos argumentos semánticos hasta el punto de interpretar que la dicción literal «pruebas» significa que son necesarias dos pruebas (sucesivas). En realidad, como venimos defendiendo, estamos ante «una única prueba cuya fiabilidad plena (aspiración del proceso y de la justicia penal y no solo garantía del imputado) requiere dos mediciones con un intervalo de tiempo. Sin esas dos mediciones la prueba está incompleta reglamentariamente; no alcanza las cotas deseables de fiabilidad por haber quedado inacabada». El propio TS señala al informe del Fiscal en el que señala expresamente que la prueba reglamentada consta de dos mediciones con un intervalo de diez minutos.

En segundo lugar, debemos tener en cuenta que si asumimos que la negativa a la segunda prueba no es constitutiva de delito nos encontraríamos ante una incongruencia normativa, diferenciándose, sin que exista una razón suficiente para ello, los supuestos en que la negativa lo sea a someterse a las pruebas de detección de alcohol o a las de detección de drogas. Como vimos anteriormente, el Magistrado Colmenero Menéndez(196) afirma que la Ley solo obliga a los conductores a someterse a la primera prueba. Un segundo voto particular,

---

(195) Vid. STS 210/2017, de 28 de marzo.

(196) Vid. STS 210/2017, de 28 de marzo.

emitido por el magistrado Berdugo Gómez de la Torre, en la línea del anterior, entiende que la Ley no obliga a la segunda prueba y que «donde el legislador no distingue no debe hacerlo el juzgador y menos aún en perjuicio del reo». Sin embargo, con respecto a las pruebas de detección de drogas(197), el artículo 796.1.7.<sup>a</sup> LECrim establece de forma explícita que tanto la primera prueba (indiciaria) como la segunda (análisis en laboratorios homologados) constituyen una obligación irrenunciable para el sometido. Con respecto a la prueba indiciaria, el citado artículo establece que se trata de un test «al que obligatoriamente deberá someterse el conductor». Con respecto a la segunda, la de contraste, el mismo artículo 796.1.7.<sup>a</sup> LECrim *in fine* establece que el conductor «estará obligado a facilitar saliva en cantidad suficiente». Es decir, que la Ley, en realidad, sí que obliga a una segunda prueba (al menos en el supuesto de las drogas)(198).

De este modo, nos encontraríamos ante una desigualdad difícil de explicar y atentatoria contra el principio de igualdad ante la ley: los conductores que se negaran a someterse a una segunda prueba de alcoholemia se encontrarían ante un tratamiento penal distinto a aquellos que lo hagan respecto a las pruebas de detección de drogas.

A todo ello hay que añadir que la primera prueba, al tener un carácter meramente indiciario, no sería suficiente para desvirtuar (por sí misma) la presunción de inocencia. En este sentido, la prueba de contraste en el supuesto de la detección de drogas, además de obligatoria, es necesaria. Asumir lo contrario, sería equivalente a interpretar, a efectos probatorios, que los resultados obtenidos mediante el test indiciario realizado con el alcoholímetro de muestro (prueba que, como hemos mencionado, no sería obligatoria ni viene contemplada explícitamente en la Ley) serían suficientes para condenar a un conductor por un delito de conducción con tasas superiores a las penalmente permitidas (art. 379 CP). Es decir, que mientras que la primera prueba para la

---

(197) Debemos recordar en primer lugar que, según el artículo 14.3 *in fine* LTCVMSV, las pruebas de detección de drogas «consistirán» en una (primera) prueba salival mediante un dispositivo autorizado (que, según el artículo 796.1. 7.<sup>a</sup> LECrim, tendría un carácter meramente indiciario) y en un (posterior) análisis de una muestra salival en laboratorios homologados, cuyos resultados tendrían un carácter evidencial y constituirían una prueba preconstituida. Los laboratorios homologados, según el artículo 788.2 LECrim, serían aquéllos de carácter oficial en los que se sigan «protocolos científicos aprobados por las correspondientes normas». Es decir, se trata de laboratorios, públicos o privados, en los que las administraciones competentes ejercen un control de carácter permanente (Vid. DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Alcohol, drogas y...*, ob. cit., p. 93).

(198) En sentido contrario a lo que mantiene el magistrado Berdugo Gómez de la Torre en su voto particular a la (STS 210/2017, de 28 de marzo).



detección de drogas tiene un carácter indiciario, la primera prueba para la detección de alcohol ya tendría un carácter evidencial. Por lo tanto, si el propio TS ha descartado que las pruebas indiciarias de alcohol (realizadas con aparatos de muestreo) sean suficientes para condenar a un conductor por un delito del artículo 379 CP(199), sería incongruente interpretar que, para el caso de las drogas, una primera prueba, que insistimos, tiene ese mismo carácter indiciario, sí es suficiente para castigar por tal delito. Por lo tanto, en ambos casos, más si cabe en lo relativo a las pruebas de detección de drogas, la negativa a una segunda prueba debe castigarse como un delito del artículo 383 CP.

Por otro lado, como defienden, entre otras, la SAP de Madrid 429/2016, de 9 de septiembre, la prueba de contraste no solo constituye una condición necesaria desde un punto de vista reglamentario (a lo que se podría añadir, técnico), sino que es también necesaria para acreditar o no la ingesta previa de alcohol. Es decir, que, de acuerdo con la citada sentencia, la segunda prueba es necesaria, y, en consecuencia, obligatoria, ya que, si no se realiza esta segunda prueba, la primera no tendría validez y, en este sentido, al no haberse contrastado debidamente la ingesta, la negativa a realizar la segunda prueba «supondría la comisión del delito establecido en el artículo 383 del CP».

Aparte de todo lo mencionado anteriormente, hay que tener en cuenta que la segunda prueba, además, sirve para evaluar la tendencia a lo largo del tiempo (ascendente, descendente o su estabilización) de la concentración de alcohol en el organismo del conductor. El alcohol se puede detectar en el organismo a los pocos minutos de su ingesta y alcanza su máximo nivel alrededor de una hora después de la misma (entre 30 y 90 minutos). A partir de este momento, el alcohol comienza a desaparecer progresivamente(200). Por lo tanto, cuando el conductor sometido a una

---

(199) Vid. STS 1/2002, de 22 de marzo. En este sentido, el TS se muestra rotundo cuando se refiere a un supuesto de negativa a una segunda prueba cuando la primera espiración se había realizado con un alcoholímetro de muestreo. El TS destaca que la singularidad de este caso radica en que la primera de las comprobaciones se realizó por medio de un aparato de aproximación o portátil (prueba de muestreo). En este sentido, el TS no considera que este tipo de pruebas, que constituye una simple aproximación, pueda ser aceptada voluntariamente ya que su carácter indiciario no permitiría erigirse como prueba de cargo para desvirtuar la presunción de inocencia del acusado. Interpretar lo contrario, por lo tanto, sería según el TS un fraude legal, «por cuanto –dadas las características de los etilómetros con los que se practican las denominadas pruebas de muestreo– podría cuestionarse el resultado obtenido con ellos con lo que, en la práctica, devendría absolutamente ineficaz la norma legal».

(200) Esto es lo que se conoce en la literatura especializada como la *curva de la alcoholemia*. Se trata de la representación gráfica de las variaciones o tendencias de la concentración de alcohol en el organismo a lo largo del tiempo. Según la misma, existe un primer periodo tras la primera ingesta en que la concentración de alcohol en

primera prueba arroja una tasa de alcohol en aire espirado próxima (por arriba) a las tasas penalmente relevantes (p. ej. 0,66 mg/l), los resultados no serían concluyentes. Se requiere de la segunda prueba para evaluar la tendencia al alza o a la baja de las tasas, ya que, si nos «conformamos» con esta primera prueba y el conductor se encuentra ya en proceso de eliminación de alcohol del organismo, es bastante probable que el conductor arrojarase en una segunda prueba un resultado inferior a la tasa penalmente establecida (p. ej. 0,59 mg/l). En consecuencia, sobre la base de la primera prueba se podría estar condenando (por un delito del artículo 379 CP) a una persona, en principio, inocente, ya que, en función del principio de *favor libertatis y/o in dubio pro reo* (prueba preconstituida) habría que tener en cuenta la prueba más favorable para el interesado. En el sentido contrario, si el conductor arroja en una primera prueba una tasa inferior a la tasa (administrativa) legalmente establecida (p. ej. 0,22 mg/l) y se encontrase en fase ascendente, de no realizar la segunda prueba se podría permitir a un conductor que condujera con una tasa superior a la legalmente permitida (con el correspondiente peligro para la seguridad vial). En consecuencia, la segunda prueba no es solo obligatoria sino necesaria para garantizar el buen funcionamiento de la administración de justicia (no condenado a una persona inocente) y para proteger la seguridad vial (no permitiendo que un conductor circule afectado por tasas de alcohol que serían superiores a las permitidas).

En definitiva, la negativa a la segunda prueba, en cuanto que necesaria y obligatoria, entraría dentro de la conducta típica prevista en el artículo 383 CP. Solo cuando se han realizado las dos pruebas (con sus respectivas mediciones) establecidas legalmente se estaría en posición de poder determinar (con todas las garantías) la tasa de alcohol o presencia de drogas en el organismo de un conductor. Por ello, la negativa a la segunda prueba implica que el proceso para determinar la ingesta de estas sustancias es incompleto y, por lo tanto, insuficiente a tal fin. Así las cosas, la negativa a la segunda prueba, siempre y cuando se den el resto de elementos anteriormente vistos, constituye una conducta punible prevista en el artículo 383 CP.

Respecto a la conceptualización de la negativa a la segunda prueba como un derecho renunciabile del afectado, en el sentido de que se trata de una garantía que opera siempre a su favor, es necesario traer a cola-

---

sangre aumenta rápidamente que se representa con una línea en fase ascendente. Tras un periodo que gira entorno a la hora de la última ingesta, la línea parece estabilizarse y adopta una representación más o menos horizontal en lo que se conoce como fase de meseta. Finalmente, tras esta fase de estabilización, el alcohol empieza a eliminarse del organismo progresivamente, lo que se representa en una línea descendente, pero con una pendiente menos inclinada a la observada en la fase ascendente.

ción la argumentación de la Sala II del TS: no se trata solo de una garantía del afectado y posible futuro investigado, sino también de una garantía institucional. Es, sí, garantía del afectado; pero también del sistema. Las garantías establecidas en favor del inculpado constituyen a la vez garantías del sistema y por eso no indefectiblemente son renunciables. No sería correcta una artificiosa oposición entre garantías de las partes pasivas y garantías estructurales del proceso. Aquéllas son también garantías del sistema. Algunas son, por ello, irrenunciables(201). A esta consideración cabe añadir, como ya se ha indicado, que en algunos casos la segunda prueba o medición es imperativa no solo para los agentes, sino también para el afectado, por lo que constituye también un mandato y una obligación (no sólo, como se pretende, una garantía).

Consideramos congruente este modo de entender la segunda prueba o medición con la postura del TC, que considera que el delito de negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia y otras sustancias tóxicas no conculca el derecho fundamental a la defensa. Que la segunda prueba se establezca como garantía o tenga tal finalidad, del afectado y del sistema, no la eleva necesariamente (o, al menos, no directamente) al mismo nivel que el derecho fundamental inserto en el artículo 24 CE. No puede perderse de vista que la repetición de la prueba de etilometría, además, opera como un instrumento para que la prueba preconstituida venga pertrechada de un mayor grado de objetividad y pueda aportar cierta garantía institucional su utilización procesal (202).

---

(201) Vid. STS 210/2017, de 28 de marzo.

(202) En contra, el Voto Particular del magistrado Pablo Llarena Conde, inserto en la STS 210/2017, de 28 de marzo, ya citada, entiende que «si la prueba de impregnación alcohólica por aire espirado es única, y si precisa de dos momentos para alcanzar un resultado objetivo e institucionalmente estable, no acierto a entender cómo el Reglamento no obliga a reiterar la prueba cuando el primer resultado es negativo, permitiéndose a los conductores continuar su trayecto sin haberse despejado la posible existencia de un riesgo en la circulación con esa certeza objetiva. Si se trata de una sola prueba, que precisa de un doble resultado para su estabilidad institucional, no se acierta a comprender que cuando en el primer control el conductor refleje un resultado negativo, pero presente síntomas claros de encontrarse bajo los efectos de bebidas alcohólicas, baste con realizar una segunda prueba para adoptar las medidas restrictivas y no se exija una prueba dirimente que reconfirme de manera objetiva y estable la sospecha del segundo resultado (art. 23 del Reglamento). Y si la prueba precisa y exige dos mediciones (y el Reglamento no posibilita añadir otros controles), jamás podría sustentarse una condena penal por una tasa superior a 0,6 gr de alcohol, ni podrá tampoco imponerse una sanción o restricción administrativa, si las dos lecturas están enfrentadas en su antijuridicidad. Si la objetividad y estabilidad de la prueba, precisa de la reiteración del resultado incriminatorio, la coyuntura que he expresado debería haber despertado en el legislador la cautela de permitir someter al conductor a una tercera prueba dirimente, pues sería el único modo para poder apartar de nuestras carreteras (de manera objetiva y creíble) a los conductores que ponen en riesgo la circulación cuando se trasladan o

### 4.3 Diferencias entre la negativa administrativa y la penal

El artículo 383 CP, tal y como ocurre con la mayoría de los tipos penales recogidos en el Capítulo VI del Título XVII, encuentra una figura paralela en el ámbito administrativo, concretamente en el artículo 77 d) LTCVMSV. Por lo tanto, en ocasiones, no resulta pacífico establecer los límites que separan la infracción penal de la infracción administrativa, una cuestión que deviene especialmente patente en el tipo penal que nos ocupa. En este sentido, encontramos en la doctrina dos líneas interpretativas antagónicas. Una primera, a la que podríamos denominar «formal», que aplica el artículo 383 CP de forma mecánica, es decir, una vez que se constata la negativa, con independencia del motivo del requerimiento o, más relevante aún, de la existencia de síntomas o influencia en la conducción(203). Una segunda, a la que Varona Gómez y Requejo Conde denominan «material», que exige algo más, entre otras cosas, la presencia de síntomas(204).

Así las cosas, si asumimos el criterio formal, la negativa a someterse a las pruebas de determinación del alcohol o drogas en el organismo sería delictiva con independencia de que el conductor se encuentre influenciado o conduzca con síntomas evidentes de haber ingerido tales sustancias. También resultaría irrelevante, según esta corriente, el motivo de la negativa, así como las circunstancias que motivan el requerimiento. Tal interpretación implica que la infracción administrativa pierda prácticamente todo su contenido y aplicación.

Recientes sentencias del TS, y también dentro de nuestra jurisprudencia menor(205), estarían asumiendo un criterio meramente

---

retornan a sus casas». Entendemos, por el contrario, que esta elocuente argumentación traslada el problema a un asunto *de lege ferenda* o reforma del Reglamento. Además, no se niega la posibilidad de que, al margen de la realización de una segunda medición, no pueda entenderse como probado con cierta objetividad un posible delito contra la seguridad vial. El hecho relevante es que el afectado niega la posibilidad de una mayor certeza, pueda o no probarse el delito por otras vías.

(203) Vid. VARONA GÓMEZ, D.: «El delito de negativa...», ob. cit.

(204) Vid. VARONA GÓMEZ, D.: «La negativa a la práctica de las pruebas de alcoholemia (artículo 380 del nuevo Código Penal): interpretación y límites», en *Actualidad Penal*, núm. 48, 1996, pp. 969-978; REQUEJO CONDE, C.: «Las nuevas modalidades de delitos contra la seguridad vial en el Código Penal», en *Tráfico y Seguridad Vial*, núm. 132, 2009.

(205) Así, por ejemplo, en la SAP de Madrid (Sección 1.ª) 54/2009, de 29 enero se condena por este delito, indicándose que el acusado, si bien presentaba síntomas tales como olor a alcohol, ojos brillantes y enrojecidos, no constaba acreditado que condujera bajo los efectos de la ingesta previa de bebidas alcohólicas.

formal bajo el argumento principal de que el bien jurídico protegido prioritario en el artículo 383 CP es el principio de autoridad y, en consecuencia, no se exige ningún tipo de afectación a la seguridad vial(206). Sin embargo, el TS no siempre ha adoptado esta postura y en STS 3/1999, de 9 de diciembre, realiza un análisis normativo y crítico de la regulación de la negativa penal introducida en el artículo 380 CP (actual 383 CP) por la Ley 10/1995, de 23 de noviembre donde adopta una clara interpretación material(207). El TS pone de manifiesto que para condenar por el artículo 379 CP (según la regulación de entonces) es necesaria la influencia en la conducción y no el nivel o tasa de alcohol en el organismo. Es decir, que, según el TS, para que concurra el delito de conducción de vehículo de motor bajo influencia de bebidas alcohólicas del artículo 379 CP es necesario que «la conducta enjuiciada haya significado un indudable riesgo para los bienes jurídicos protegidos (la vida, la integridad de las personas, la seguridad del tráfico, etc.)». Así las cosas, la STS 3/1999, de 9 de diciembre exige para la apreciación del delito de negativa (entonces artículo 380 CP) la existencia (o, mejor dicho, un indicio) de la conducta descrita en el artículo 379 CP (conducción bajo la influencia del alcohol y/o las drogas). De esta manera, el TS fija los límites entre la sanción penal y la administrativa en base a los siguientes límites o criterios(208):

a) la negativa a someterse a las pruebas en supuestos de accidente de circulación (art. 21.1 RGC) o con síntomas evidentes (art. 21.2 RGC) tendría relevancia penal.

---

(206) Vid. SSTS 1/2002, de 22 de marzo; 210/2017, de 28 de marzo; 199/2018, de 6 de abril.

(207) Vid. VARONA GÓMEZ, D.: «El delito de negativa...», ob. cit.

(208) Hay que tener en cuenta que la reforma del 2007, como ya hemos indicado, modifica e incluye un *quantum* de tasa que su ubica en los 0,60 mg/l aire espirado o 1,2 g/l de alcohol en sangre (la mitad para conductores profesiones y noveles), lo que, en principio, pudiera privar de contenido, en parte, los argumentos de la citada sentencia. Sin embargo, entendemos que en tanto en cuanto no se alcance esa tasa objetiva de impregnación alcohólica (0,60 mg/l,) los argumentos de la STS 3/1999, de 9 de diciembre siguen estando vigentes. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B.: «La negativa a someterse al control de alcoholemia: delimitación entre el ilícito administrativo y el ilícito penal. A propósito de la sentencia del TS de 9 de diciembre de 1999», en *Tráfico y Seguridad Vial*, núm. 15, 2000, pp. 4 ss., considera que la resolución del TS «aporta un criterio válido y eficaz» pero incompleto, pues excluye del ámbito administrativo la negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia del que está implicado directamente en un accidente de tráfico cuando no presenta síntomas de embriaguez.

b) la negativa en los supuestos de infracción de tráfico (art. 21.3 RGC) o controles aleatorios (art. 21.4 RGC) precisa la siguiente distinción:

b.1) si se aprecian síntomas en la conducción estaríamos ante una negativa penal;

b.2) cuando no se adviertan tales síntomas estaríamos ante una negativa administrativa;

El elemento central que, según el TS, delimita la infracción administrativa y la penal gira en torno a la presencia de síntomas de estar conduciendo bajo los efectos de bebidas alcohólicas y/o drogas(209). De acuerdo con la sentencia citada, «cuando no se adviertan tales síntomas [...] por ser obligado el acusado a la prueba de alcoholemia en el curso de un control preventivo y sin apreciarse signos externos de embriaguez, la negativa del requerido no rebasa los límites de la sanción administrativa». Así las cosas, en el punto a) los síntomas se aprecian en la propia conducción o en la apariencia física del conductor, cuando permiten razonablemente presumir que lo hace bajo la influencia de bebidas alcohólicas (art. 21.1 RGC), algo que queda patente o se presupone en los supuestos en los que el conductor haya causado o se vea implicado en un accidente de tráfico (art. 21.2 RGC). En estos supuestos, estaríamos ante una negativa penal. En el punto b), igualmente, lo determinante siguen siendo los síntomas, a tal punto que la ausencia de los mismos nos lleva a una negativa que solo tendría relevancia administrativa.

Si bien esta interpretación fue objeto de algunas críticas por parte de la doctrina(210), al considerar que se basaba en una mera interpretación gramatical y con la finalidad de acreditar una conducción influenciada, al menos salvaba el principio de *ultima ratio* e «intro-

---

(209) Al respecto, SARRATO MARTÍNEZ, L.: «La negativa a someterse...», ob. cit., quien considera acertada la anterior interpretación jurisprudencial, entendiendo que la consideración como delictiva de la mera negativa «parece excesivo, ya que además el precepto nada dice en su redacción acerca de su ámbito de aplicación a todos los supuestos contemplados en el artículo 21 RGCir. y en concreto a los controles preventivos sin signos de embriaguez. La respuesta afirmativa al respecto, asumiendo una interpretación tan estricta del artículo 383 CP, trae como consecuencia una gran dificultad a la hora de trazar las fronteras entre el ilícito penal y el ilícito administrativo. En definitiva, no debe bastar, para considerar autor del delito a quien se niegue a las pruebas, la simple negativa».

(210) Vid. CUESTA PASTOR, P. J.: «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo 3/1999 de 10 de diciembre, acerca de la criminalización de la negativa a someterse al test de alcoholemia. Repercusiones en cuanto al principio de seguridad jurídica», en *Diario La Ley*, Ref. D-35, Tomo 2, 2000.

dujo una considerable dosis de seguridad jurídica y, a la par, una aplicación restrictiva que parecía aconsejable en un ilícito polémico»(211).

Sin embargo, el TS cambia de criterio cuando modifica su postura con respecto al bien jurídico protegido de este tipo penal a la luz de la modificación operada en el año 2007. La citada reforma elimina toda referencia al delito de desobediencia y ya no se habla de hechos descritos en el artículo anterior (influencia en la conducción) sino de comprobación de tasas de alcoholemia y presencia de drogas a las que se refieren los artículos anteriores. Por lo tanto, la negativa sin síntomas también tendría relevancia penal. Es decir, que la actual postura del TS se sustenta en un cambio de posición con respecto al bien jurídico protegido en este tipo penal según la cual, como hemos discutido más arriba, ya no sería determinante el ataque a la seguridad vial –que en el supuesto concreto puede estar presente o no–, sino que lo relevante es el ataque al principio de autoridad(212). La protección de la seguridad vial solo tendría un carácter secundario, indirecto o residual.

Sobre esta cuestión, la jurisprudencia ha tenido oportunidad de pronunciarse en términos que consideramos sumamente acertados, advirtiendo que «a la vista de esta dualidad de preceptos sancionadores –penales y administrativos– parece obligado deslindar ambos campos, lo que habrá de llevarse a cabo desde la perspectiva de la obligada interpretación estricta y rigurosa de la norma penal (art. 4.2 CC) y del principio de intervención mínima, inherente al Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE)»(213). En definitiva, ateniendo nuevamente a los principios limitadores de nuestro Derecho penal, inserto en un Estado Social y democrático de Derecho, se insiste en que no puede aplicarse «a la ligera» el delito de desobediencia grave tipificado en el artículo 383 CP(214).

Así, de seguir la interpretación manejada por la actual jurisprudencia, se vaciaría de contenido la infracción administrativa de no someterse a las pruebas de alcoholemia o sustancias estupefacientes, pues para evitar la vulneración del principio *non bis in idem*, ante una identidad de sujetos, hechos y fundamentos (puesto que el artículo 383 CP ya

---

(211) Vid. MARTÍN LORENZO, M.: «El delito de negativa...», ob. cit.

(212) Vid. STS 1292/2018, de 6 de abril.

(213) Vid. STS 3/1999, de 9 de diciembre; SAP de Castellón (Sección 3.ª) 170-A/2001, de 25 junio; TSJ de Murcia, (Sala de lo Civil y Penal) 2/2001, de 2 julio; SAP de Burgos (Sección 1.ª), de 31 mayo 2002; SAP de León (Sección 2.ª) 51/2002, de 4 julio; SAP de Madrid (Sección 15.ª) 365/2002, de 15 julio; SAP de Madrid (Sección 16.ª) 781/2003, de 18 noviembre; SAP de Madrid (Sección 1.ª) 84/2012, de 14 marzo.

(214) Vid. SAP de Alicante (Sección 1.ª) 336/1998, de 19 mayo.

no sería un medio de comprobación del delito contra la seguridad vial tendría siempre primacía el ilícito penal sobre el administrativo(215).

Hay que tener en cuenta que la anterior interpretación jurisprudencial, cuyo máximo exponente es la ya citada STS 3/1999, de 9 de diciembre, partía de dos poderosos argumentos: por una parte, la necesidad de encontrar un campo de aplicación propio tanto para el delito como para la infracción administrativa; y, en segundo lugar, de la redacción del antiguo artículo 380 CP, conectado en su dicción con el artículo 379 CP.

Como reconoce algún pronunciamiento, el primero de los argumentos se mantiene, pero no el otro, por lo que la situación actual resulta cuanto menos «confusa»(216). Y es que, a pesar de que se ha reiterado en diversas ocasiones que el anterior artículo 380 CP y el actual 383 CP son preceptos análogos y que el cambio de redacción, aunque tenía algunos efectos significativos(217) «no son esenciales»(218), lo que no impedía la aplicación de los mismos criterios interpretativos contenidos en nuestra jurisprudencia(219), la nueva línea de análisis del tipo pretende cerrar el paso a la interpretación restrictiva amparándose en que la reforma de 2007 suprimió en el actual artículo 383 CP la referencia que antes se contenía al artículo 379 CP.

Debemos posicionarnos en contra de este razonamiento, pues si bien es cierto que ya no se menciona directamente el artículo 379 CP, sin embargo se hace referencia a las tasas «a que se refieren los artículos anteriores», por lo que sigue existiendo una conexión entre ambos delitos. Constatamos que la nueva redacción del precepto sigue haciendo referencia a los ilícitos considerados delitos contra la seguridad vial, ya que tipifica la negativa a someterse a las pruebas legal-

---

(215) Vid. LAMARCA PÉREZ, C. (2020): «Delitos contra la seguridad vial», en Alonso de Escamilla, A., Lamarca Pérez, C., Mestre Delgado, E. y Rodríguez Núñez, A.: *Delitos. La parte especial del Derecho penal*. 2.<sup>a</sup> ed., Dykinson, Madrid, 2020.

(216) Vid. SJP de León 165/2019, de 4 junio.

(217) No obstante, también existen pronunciamientos que interpretan que el cambio de redacción tiene algunos efectos que no pueden ser soslayados. Así, la SAP de Gerona (Sección 4.<sup>a</sup>), de 12 de diciembre de 2013 « la nueva redacción del tipo, vigente desde el 2-12-2007, recoge en el artículo 383 del Código Penal que se sancionará, sin mencionar explícitamente que lo sea como reo de desobediencia, al «conductor que, requerido por un agente de la autoridad, se negare a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de las tasas de alcoholemia y la presencia de las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas.» Es decir, lo que el tipo sanciona ahora no es negarse a llevar a cabo unas pruebas destinadas a la comprobación de la preexistencia de un delito, sino la negativa pura y simple a someterse a dichas pruebas, con independencia de cuál sea el objeto de las mismas».

(218) Vid. SSTS 210/2017, de 28 marzo; 531/2017, de 11 julio; SAP de Madrid (Sección 6.<sup>a</sup>) 597/2019, de 11 octubre.

(219) Vid. SAP de Guipúzcoa (Sección 1.<sup>a</sup>) 306/2010, de 24 junio; SAP de Cantabria (Sección 1.<sup>a</sup>) 174/2011, de 13 abril.



mente establecidas para la comprobación de las tasas de alcoholemia y la presencia de drogas a que se refieren los artículos anteriores; es decir, no a las pruebas legalmente establecidas, en general, sino a las pruebas legalmente establecidas a que se refieren los mismos; es decir, las destinadas a determinar la concurrencia de los elementos de los hechos descritos en estos preceptos. Se mantiene, por tanto, esa directa relación de dependencia de los artículos anteriores a la que aludía el TS en relación al anterior artículo 380 CP y en la que se apoyaba para obtener los criterios orientativos que proclamaba(220).

Por otra parte, si verdaderamente se pretende entender una absoluta desconexión entre ambos preceptos, lo correcto habría sido que el legislador hubiera vaciado de contenido la infracción administrativa y, a la vez, hubiera configurado el delito de negativa con una pena no superior a la de la propia conducción bajo la influencia de sustancias, de manera que se asegurara, en todo caso, el cumplimiento de una prueba que resulta vital para evitar accidentes. Pero no ha sido así en ninguno de los dos casos, así que, con una regulación que, de partida, es ya confusa, seguramente lo menos malo es mantener la interpretación restrictiva debiendo favorecer esta confusión al acusado, de modo que en aplicación del principio *in dubio pro reo*, la solución pasaría por seguir reservando para el Derecho penal los casos de indicios cualificados de conducción bajo la influencia de sustancias, y manteniendo en el Derecho administrativo sancionador los demás(221).

Finalmente, también puede aludirse a una manifestación criminológica singular: mientras que la realización de controles aleatorios sin evidencias de influencia en la conducción de las sustancias legalmente previstas buscaría prevenir una mera conducta antisocial que no pone en peligro (*a priori*) un bien jurídico protegido y, por tanto, en caso de constatarla, sancionaría la «peligrosidad social» del individuo; en el supuesto de que sí se observe indiciariamente afectación en la conducción y, por tanto, un posible peligro para el bien jurídico protegido, la realización del control servirá como prueba de la conducta típica penalmente por haber creado un riesgo en la seguridad vial y se sancionará con base en la «culpabilidad» del sujeto.

La referencia a la seguridad vial es, en consecuencia, el «dato decisivo» para delimitar la infracción delictiva de la mera infracción administrativa(222).

---

(220) Vid. SAP de Guipúzcoa (Sección 1.ª) 306/2010, de 24 junio.

(221) Vid. SJP de León 165/2019, de 4 junio. Esta es la interpretación que parece consolidarse en la jurisprudencia (SSAP Ourense 28-4-09; AP Sta. Cruz de Tenerife 31-3-08; AP Valencia 9-5-08; AP Tarragona 9-5-08; AP Barcelona 24-7-08).

(222) Vid. SAP de Madrid (Sección 3.ª) 198/2012, de 18 abril.

## a) POSTURAS DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIA

i. *El límite penal encuentra fundamento en los síntomas del conductor*: para una parte de la doctrina, en línea con la STS 3/1999 de 9 de diciembre, la negativa a someterse a las pruebas de alcohol y drogas sin que existan indicios que presupongan que el conductor se encuentra afectado por la ingesta de estas sustancias (p. ej. en controles aleatorios o rutinarios) debe dar lugar a sanción administrativa(223). Todo ello, siempre y cuando no concurren los restantes supuestos administrativos en los que es obligatorio someterse a tales pruebas(224).

Esta corriente encuentra su fundamento en la concepción del delito de negativa como un delito de peligro(225). Según la misma, la negativa tiene relevancia penal cuando el conductor ha puesto en peligro (aunque sea un peligro abstracto o hipotético) la seguridad vial. Esto ocurre cuando se aprecian síntomas (endógenos o exógenos) en el conductor que hagan suponer que la conducción se encuentra afectada por la ingesta de alcohol y/o drogas. Por lo tanto, según esta corriente, el bien jurídico protegido no sería solo –o no tendría este carácter prioritario– el principio de autoridad, sino también –al menos, en un mismo plano– la seguridad vial. Esta postura es mantenida por la jurisprudencia menor, incluso con posterioridad a la reforma del tipo penal operada en el año 2007 y la Circular de la Fiscalía General del Estado (en adelante, FGE) de 2011(226).

(223) Así, entre otros, COLINA OQUENDO, P., MARTÍNEZ GUERRA, A., RODRÍGUEZ DE MIGUEL RAMOS, J., RODRÍGUEZ-RAMOS LADARIA, G., RODRÍGUEZ RAMOS, L.: *Código penal y leyes penales...*, ob. cit.; SERRANO GÓMEZ, A. *et al.*: *Curso de Derecho penal...*, ob. cit., p. 675; LAMARCA PÉREZ, C. (2020): «Delitos contra la seguridad vial...», ob. cit.

(224) Vid. STS 2173/2002, de 19 de diciembre; SAP de Madrid, de 18 de mayo de 2009; SAP de Pontevedra, de 2 de junio de 2009, entre otras muchas.

(225) Vid. SAP de Madrid 420/2008, 11 de septiembre.

(226) Vid. SAP de Barcelona (Sección 8.ª), de 17 septiembre 2000; SAP de Granada (Sección 2.ª) 14/2001, de 7 marzo; SAP de Madrid (Sección 16.ª) 187/2001, de 10 mayo; SAP de Barcelona (Sección 8.ª), de 28 mayo 2001; SAP de Castellón (Sección 3.ª) 170-A/2001, de 25 junio; STSJ de Murcia, (Sala de lo Civil y Penal) 2/2001, de 2 julio; SAP de León (Sección 3.ª) 75/2001, de 20 septiembre; SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 2.ª) 408/2002, de 19 abril; SAP de León (Sección 2.ª) 51/2002 de 4 julio; SAP de Madrid (Sección 16.ª) 781/2003, de 18 noviembre; SAP de Barcelona (Sección 2.ª) 894/2004, de 27 septiembre; SAP de León de 1 de septiembre de 2008, SAP de Madrid de 8 de septiembre de 2008; SAP de Castellón de 1 de octubre de 2008; SAP de Vizcaya (Sección 6.ª) 253/2010, de 11 marzo; SAP de Guipúzcoa (Sección 1.ª) 306/2010, de 24 junio; SAP de Cantabria (Sección 1.ª) 174/2011, de 13 abril; SAP de Madrid (Sección 29.ª) 239/2011, de 23 septiembre; SAP de Madrid (Sección 29.ª) 108/2012, de 16 marzo; SAP de Valladolid de 16 de febrero de 2017; SJP de León 165/2019, de 4 junio; entre otras muchas.

No obstante, en sentido contrario, tenemos, por ejemplo, la Circular 10/2011 de la FGE, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de seguridad vial. La citada Circular establece en su apartado IX.2 que «El nuevo delito del artículo 383 CP amplía su ámbito de aplicación a todos los supuestos del artículo 21 RGCir. La novedosa fórmula puntualiza que la negativa punible se refiere a «las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de las tasas de alcoholemia y la presencia de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas a que se refieren los artículos anteriores». En definitiva, quedan dentro del precepto los controles aleatorios, a través de los que se comprueba, no la influencia, sino la tasa objetivada –cuya presencia es constitutiva de delito a diferencia de la regulación anterior–. No es necesaria, por tanto, la presencia adicional de síntomas externos o comportamientos infractores en la conducción». Esta posición de la fiscalía ya se encontraba recogida con anterioridad en la Memoria de la FGE de 2008 y ha sido aplicada con carácter general por una importante parte de nuestros tribunales(227).

En cualquier caso, a pesar de la publicación de la Circular 10/2011, algunas Audiencias Provinciales continúan aplicando la interpretación anterior. Las mismas mantienen que únicamente cuando se produce la negativa concurriendo, además, la existencia de signos externos que evidencien la influencia negativa del alcohol en la conducción, nos encontraríamos en presencia de una acción típicamente delictiva, reservándose cualquier actuación que no cumpla esos presupuestos al ámbito administrativo sancionador, con lo cual así se diferencia el campo de actuación de ambos ordenamientos sancionadores y se respetarían los principios del Derecho penal anteriormente referidos.

ii. *Los motivos del requerimiento:* esta postura, en realidad, puede concebirse como una extensión de la anterior. En este sentido, cuando el motivo que fundamentan el requerimiento se asienta en la presencia de síntomas, bien si estos se aprecian de forma directa –síntomas evidentes, manifestaciones que denoten o hechos que permitan razonablemente presumir que lo hacen bajo la influencia de bebidas alcohólicas [art. 21 b) RGC]– o de forma indirecta –implicación del conductor en un accidente de circulación [art. 21 a) RGC] o la comisión de una infracción de tráfico [art. 21 c) RGC] que hagan suponer tal influencia– estaríamos ante una infracción penal; en otro caso –controles preventivos,

---

(227) Vid. SAP de Huelva (Sección 2.ª) 214/2000, de 2 mayo, un supuesto en el que los supuestos síntomas de embriaguez observados son muy leves; SAP de Las Palmas (Sección 2.ª) 189/2001, de 16 octubre, en la que solamente se observa exceso de velocidad y un derrape, pero no síntomas de ingesta de alcohol u otras sustancias; SAP de Madrid (Sección 1.ª) 54/2009, de 29 enero.

aleatorios o rutinarios [art. 21 b) RGC]– estaríamos ante la infracción administrativa. Por lo tanto, solo cuando el requerimiento se haga para comprobar las tasas de alcohol o presencia de drogas en un conductor de un vehículo a motor que presente síntomas (más o menos) evidentes de que su conducción está afectada por la ingesta de estas conductas se debería acudir a la vía penal y castigar por el artículo 383 CP.

iii. *Los sujetos legalmente obligados*: algunas otras posturas (en línea con aquellas interpretaciones que no exigen la presencia de síntomas para castigar penalmente por la negativa(228)), mantienen que la diferencia entre la negativa penal y la administrativa se fundamenta en el tipo de vehículo que conduce el requerido. En este sentido, si el requerido conduce un vehículo a motor o ciclomotor, estaríamos ante una infracción penal. Si el requerido es «cualquier usuario de la vía»(229) (implicado en un accidente de circulación) aun cuando no conduzca vehículos de motor ni ciclomotores (p. ej., una bicicleta o un patinete), o que incluso ni conduzca (p. ej., un peatón), estaríamos ante una infracción administrativa. Estos usuarios también están obligados a someterse a tales pruebas y la negativa nos llevaría a una infracción de carácter administrativo. Por lo tanto, la sanción administrativa solo tendría cabida en los casos de negativa a someterse a las pruebas legalmente establecidas, cuando no se conduce un vehículo a motor o ciclomotor. Si la negativa la realiza el que conduce un vehículo a motor o ciclomotor, con independencia de que presente síntomas o no, nos llevaría necesariamente a la infracción penal.

En definitiva, la diferencia fundamental entre la aplicación de la sanción penal y la sanción administrativa según este planteamiento es que la primera solo se aplica a conductores de vehículos a motor o ciclomotores y cuando sea para la comprobación de las tasas de alcoholemia y la presencia de las drogas(230), mientras que la segunda contempla la posibilidad de castigar, además, a los conductores de bicicletas, así como al resto de usuarios de la vía (art. 21 RGC), cuando se hallen implicados, además, en un accidente de circulación [art. 21 a) RGC],

---

(228) Por ejemplo, vid. MUÑOZ CONDE, F.: Derecho penal. Parte especial. 18.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 719, quien asegura que, con la nueva redacción del artículo 383 CP, «basta con el requerimiento como tal, aunque sea en un control de pura rutina y el conductor no haya cometido ninguna infracción que justifique ese control».

(229) Según el artículo 21 RGC, la obligación de someterse a tales pruebas alcanza a cualquier usuario de la vía o conductor de vehículo implicado directamente como posible responsable en un accidente de circulación.

(230) En este punto, la normativa penal encuentra paralelismo con el artículo 21 b) RGC, que obliga a someterse a las pruebas a «quienes conduzcan cualquier vehículo con síntomas evidentes, manifestaciones que denoten o hechos que permitan razonablemente presumir que lo hacen bajo la influencia de bebidas alcohólicas».

sean denunciados por la comisión de alguna infracción [art. 21 c) RGC] o sean requeridos en un control rutinario [art. 21 d) RGC].

b) TOMA DE POSTURA

La cuestión que se plantea en este trabajo, como ha quedado patente, no es pacífica, ni para la doctrina ni para la jurisprudencia. Nuestra opinión, y la que comparten muchos otros penalistas y parte de la jurisprudencia menor, es que, en los supuestos de negativa, en los que no existen síntomas, debemos acudir a la vía administrativa.

En primer lugar, porque nosotros defendemos que el bien jurídico protegido en (todos) los DCSV es la seguridad vial, ya que los delitos recogidos en el Título XVII del CP, son delitos contra la seguridad colectiva, y, el Capítulo IV, que se titula «Los Delitos contra la Seguridad Vial» regula una serie de delitos que protegen la seguridad vial. En este capítulo se recogen delitos de peligro (abstracto y/o concreto). Sin embargo, este peligro o riesgo no existe o no se aprecia en los supuestos de un conductor que se niega a realizar las pruebas de alcoholemia correspondientes cuando no presenta ningún síntoma. De seguirse una interpretación meramente literal del precepto contenido en el artículo 383 CP (como parece que es la tendencia), se apreciaría el injusto en la estricta, llana y terminante negativa a llevar a cabo las pruebas de alcoholemia (sean de la índole que fueren) de entre las contempladas en la disciplina vial. De aceptarse tal vía hermenéutica se olvidaría, como acabamos de mencionar, que la ubicación sistemática del precepto entre los delitos contra la seguridad vial no puede sino otorgarle una dualidad de bienes jurídicos protegidos, la preeminente seguridad vial pero también el entorpecimiento de funciones públicas, dualidad si se quiere diluida tras la reforma por LO 15/2007, de 30 de noviembre, que entró en vigor el 2 de diciembre, que hace desaparecer la mención a la desobediencia.

En segundo lugar, cuando la mera negativa a someterse a las pruebas de detección de alcohol o drogas (art. 383 CP) lleva aparejada una pena mayor que la conducción bajo la influencia de tales sustancias (art. 379 CP) debe interpretarse que la pena prevista para la negativa abarca (al menos en parte) la conducta típica prevista en el artículo 379 CP(231) (y artículos anteriores). De hecho, la mayor penalidad de la negativa (aun mayor tras la reforma del 2007) constituye una forma de disuasión (o amenaza) para evitar que el conductor «prefiera» ser condenado, en su caso, por una negativa, y no por conducir bajo la influencia o con tasas de alcohol (o drogas) superiores a las permitidas. Es decir, la negativa supone una forma de disuasión para aquellos que

---

(231) Vid. VARONA GÓMEZ, D.: «El delito de negativa...», ob. cit.

habiendo ingerido alcohol piensen que pueden librarse de (o ver minorada) las consecuencias con la mera negativa. Así las cosas, el delito de negativa implica la desobediencia a los agentes, pero en los supuestos en que estos perciben síntomas en el conductor y le solicitan que se someta a las pruebas. Es decir, que, en aplicación del principio de proporcionalidad, las penas deberían variar en función del desvalor total de la acción. En este sentido, la sanción para el que se niega a someterse a las pruebas de detección de alcohol y/o drogas cuando conduce un vehículo a motor o ciclomotor bajo la influencia de tales sustancias debe ser mayor (infracción penal) que para el que se niega a las mismas sin tal influencia (infracción administrativa). Todo ello, en los mismos términos o bajo los mismos fundamentos con los que se castiga por diferentes vías en los supuestos en los que, superando unas determinadas tasas [administrativas(232)] o con la mera presencia de drogas en el organismo, existe influencia en la conducción (infracción penal) o no existe tal influencia (infracción administrativa). De hecho, la tasa objetiva penal constituye una presunción *iuris et de iure* por parte del legislador mediante la que se asume (conforme a estudios clínicos realizados) que a partir de 0,60 mg/l siempre existe tal influencia.

#### 4.4 **Concurso de delitos en los supuestos de negativa con influencia y causas de exención o atenuación de la responsabilidad penal**

Finalmente, en este apartado discutimos sobre la aplicación de los concursos de delitos en los supuestos en los que, además de la negativa (art. 383 CP), el conductor presenta síntomas evidentes de encontrarse bajo la influencia de bebidas alcohólicas y/o drogas tóxicas (art. 379 CP). Así mismo, analizamos la posible afectación al principio *ne bis in idem* en estos casos o la posible aplicación de alguna o algunas de las causas de exención o atenuación de la responsabilidad penal en los supuestos de negativa con influencia.

Tal y como ocurre en el resto de cuestiones tratadas en este trabajo, la aplicación de un tipo de concurso de delitos (real o ideal) o incluso de leyes, así como la afectación del principio *ne bis in idem* y de aplicación de circunstancias modificativas de la responsabilidad, dependen de la concepción del bien jurídico protegido adoptada. Es

---

(232) El artículo 20 RGC establece que no se podrá circular por las vías con una tasa de alcohol en sangre superior a 0,5 gramos por litro, o de alcohol en aire espirado superior a 0,25 miligramos por litro (o superior a 0,3 gramos por litro, o de alcohol en aire espirado superior a 0,15 miligramos por litro si se trata de conductores profesionales o noveles).

decir, si prevalece el principio de autoridad o la protección de la seguridad vial.

a) SUPUESTOS DE NEGATIVA CON SÍNTOMAS. ¿CONCURSO DE DELITOS O CONCURSO DE LEYES?

De acuerdo con el TS, solo desde esa diferenciación entre los bienes jurídicos protegidos son admisibles las generalizadas soluciones de concurso real entre ambas infracciones(233). Esta postura pone en un primer plano el principio de autoridad y, en consecuencia, es admisible el concurso real de delitos entre el artículo 383 CP y el 379 CP en tanto en cuanto el primero protege el principio de autoridad y el segundo la seguridad vial. Así lo entiende, por ejemplo, la FGE cuando en su Circular de 2011 concluye que, en la aplicación de las reglas del concurso entre los del 379 CP y los del 383 CP, los Sres. Fiscales considerarán la aplicación del concurso real de delitos (en el sentido de que, como sabemos, la Fiscalía entiende que no es necesario presentar síntomas para cometer el delito de negativa).

En la misma postura encontramos otros autores, como Colina Oquendo *et al.*, cuando afirman que existe concurso de delitos entre ambos preceptos(234), pero siempre y cuando se acredite junto a la desobediencia la existencia de influencia en la conducción a través de medios probatorios diversos al test de alcoholemia –como sería la diligencia de síntomas realizada por los agentes de la autoridad(235). Esta postura, como avanzamos más arriba, encuentra su fundamento en una diferenciación de los bienes jurídicos protegidos por cada precepto (evitación de peligros para la vida e integridad corporal y patrimonial en el ámbito de la seguridad vial frente a conducciones generadoras de esos riesgos, en el artículo 379 CP; y el principio de autoridad y la seguridad del tráfico general, en el artículo 383 CP). Por lo tanto, según esta corriente, se descarta la aplicación de un concurso de normas cuya aplicación acumulada lesionaría el derecho a la *no bis in idem*(236).

(233) Vid. STS 214/2010, de 12 de marzo; STS 163/2018, de 6 abril.

(234) Vid. COLINA OQUENDO, P., MARTÍNEZ GUERRA, A., RODRÍGUEZ DE MIGUEL RAMOS, J., RODRÍGUEZ-RAMOS LADARIA, G., RODRÍGUEZ RAMOS, L.: *Código penal y leyes penales...*, ob. cit.

(235) Vid. SAP de Madrid, de 26 de mayo de 2009

(236) Vid. SAP de Almería (Sección 1.ª) 69/1998, de 22 junio; SAP de Madrid (Sección 6.ª) 518/2000, de 14 diciembre; SAP de Granada, de 31 de marzo de 2001; SAP de Huesca 100/2002, de 16 mayo; SAP de Vizcaya (Sección 6.ª) 288/2002 de 23 mayo; SAP de Soria (Sección Única) 11/2003, de 10 marzo; SAP de Barcelona (Sección 6.ª) de 4 abril 2003; SAP de Madrid (Sección 17.ª) 269/2004, de 15 abril; SAP de Las Palmas (Sección 6.ª) 81/2010, de 6 abril; SAP de La Coruña, de 13 de marzo

No obstante, también existen resoluciones contrarias(237). Por otro

---

de 2009; SAP de Asturias, de 23 de abril de 2009; SAP de Jaén (Sección 3.ª) 285/2010, de 21 diciembre; SAP de Cádiz (Sección 1.ª) 68/2011, de 31 marzo; SAP de Cádiz (Sección 1.ª) 290/2011, de 20 octubre; SAP de Barcelona (Sección 5.ª) 202/2012, de 7 febrero; SAP de Guipúzcoa (Sección 1.ª) 138/2012, de 23 marzo; SAP de Madrid (Sección 3.ª) 198/2012, de 18 abril; SAP de Soria (Sección 1.ª) 32/2012, de 19 abril; AP de Las Palmas (Sección 6.ª) 190/2012 de 27 julio; SAP de Madrid (Sección 6.ª) 586/2012, de 13 diciembre; SAP de A Coruña (Sección 2.ª) 447/2013, de 19 julio; SAP de Islas Baleares (Sección 1.ª) 285/2013, de 13 noviembre; SAP de A Coruña (Sección 2.ª) 748/2013, de 30 diciembre; SAP de Albacete (Sección 2.ª) 138/2016, de 3 marzo; SAP de Ourense (Sección 2.ª) 200/2016, de 25 mayo; SAP de Barcelona (Sección 2.ª) 524/2016, de 12 julio; SAP de A Coruña (Sección 2.ª) 543/2016, de 30 septiembre; SAP de A Coruña (Sección 2.ª) 605/2016, de 18 octubre; SAP de A Coruña (Sección 2.ª) 132/2017, de 17 marzo; SAP de A Coruña (Sección 1.ª) 546/2017, de 13 diciembre; SAP de Córdoba (Sección 2.ª) 518/2017, de 14 diciembre; SAP de Albacete (Sección 2.ª) 490/2017, de 18 diciembre; SSTS, 210/2017, de 28 de marzo, 419/2017, de 8 de junio y 531/2017, de 11 de julio, entre otras muchas.

(237) Vid. SAP de Granada, de 25 de noviembre de 1998, de 25 de enero, 16 de abril y 25 de junio de 1999; SAP de Madrid (Sección 16.ª) 427/2000, de 1 diciembre; SAP de Barcelona (Sección 2.ª) 5/2001, de 8 enero; SAP de Córdoba, de 28 de diciembre de 2001; SAP de Madrid (Sección 16.ª) 556/2001, de 18 octubre; SAP de Madrid, de 23 de octubre de 2001; SAP de Madrid (Sección 16.ª) 443/2002, de 10 junio; SAP de Madrid (Sección 16.ª) 733/2002, de 23 octubre; SAP de Madrid (Sección 16.ª) 820/2002, de 29 noviembre; SAP de Vizcaya (Sección 1.ª) 237/2003, de 16 abril; SAP de Madrid (Sección 16.ª) 621/2003, de 24 septiembre; SAP de Las Palmas (Sección 6.ª) 81/2010, de 6 abril; SAP de Valencia (Sección 2.ª) 416/2010, de 15 junio; SAP de Madrid (Sección 17.ª) 1132/2011, de 28 noviembre; SAP de A Coruña (Sección 6.ª) 62/2012, de 18 mayo; SAP de A Coruña (Sección 6.ª) 93/2013, de 27 marzo; SAP de Valencia (Sección 3.ª) 384/2013, de 31 mayo; SAP de Pontevedra (Sección 5.ª) 306/2013, de 1 julio; SAP de A Coruña (Sección 1.ª) 242/2015, de 14 mayo; SAP de A Coruña (Sección 6.ª) 231/2015, de 30 junio; SAP de A Coruña (Sección 1.ª) 645/2015, de 4 diciembre; SAP de A Coruña (Sección 1.ª) 269/2016, de 28 abril; SAP de A Coruña (Sección 1.ª) 550/2016, de 14 octubre; SAP de Pontevedra (Sección 5.ª) 544/2016, de 9 diciembre; SAP de A Coruña (Sección 1.ª) 51/2017, de 7 febrero. Debe destacarse la SAP de Islas Baleares (Sección 2.ª) 344/2012, de 7 diciembre, cuyo razonamiento diferencia entre distintos tipos de casuística: «y aunque nos posicionamos con el criterio mantenido por aquellas Audiencias Provinciales del país que consideran que la condena por los delitos de los artículos 379 y del 383 CP resulta compatibles, en tanto en cuanto se trata de hechos distintos, de modo tal que descartan por completo el concurso de leyes y la lesión de uno y otro delito contemplan bienes jurídicos distintos, o al menos el contenido del injusto del artículo 383 es más amplio por tener carácter pluriofensivo (se lesiona tanto la seguridad vial como el funcionamiento de un servicio público) que el que contempla el 379, sin embargo caben supuestos de incompatibilidad de ambas conductas. (...) Nos referimos a aquellos casos en los cuando se produce por parte de la fuerza actuante el requerimiento al conductor para someterse a la prueba de la alcoholemia, la influencia en la conducción, cuya prueba precisamente se pretende acreditar y demostrar a partir de la realización de las pruebas etilométricas a las que el conductor se niega realizar, aparece y fluye ya acreditada antes de su realización con diafanidad incontrovertida, de tal modo que en esos supuestos aparece innecesaria, irrelevante y superfluo el requerimiento para la realización del test etilométrico, sin que por ello exista ya en el negativa un plus de antijuridicidad, ni tampoco se vea comprometido el bien



lado, como apuntan Colina Oquendo *et al.*, el TC apuntaba a la posibilidad de la punición concurrente en diversas sentencias(238), si bien en estas primeras resoluciones no se pronuncia al respecto, considerando que es una cuestión de legalidad ordinaria, que corresponde resolver a los tribunales ordinarios en cada caso concreto.

Sin embargo, si se le otorga prioridad a la protección de la seguridad vial o, al menos, se la coloca en un plano de igualdad con respecto al principio de autoridad, algunos autores entienden que la solución no puede ser otra que rechazar la posibilidad de aplicación de tal concurso pues, como mantienen Serrano Gómez *et al.*, no se puede aplicar al delito del artículo 379.2 CP ya que la influencia constituye un elemento integrante del tipo penal del artículo 383 CP(239). Es decir, si el delito de negativa (art. 383 CP) presupone la existencia de síntomas (art. 379 CP ss.), la solución pasa por aplicar un concurso (aparente) de leyes entre estos delitos pues, como afirma Varona Gómez, la aplicación del delito de negativa ya basta para dar cuenta del desvalor total de la conducta. Este concurso de leyes se debería resolver en base al principio de consunción (art. 8.3 CP), ya que el artículo 383 CP es un precepto más amplio o complejo que absorbería el desvalor contenido en el artículo 379 CP. Por lo tanto, según este sector de la doc-

---

jurídico que se pretende proteger con el tipo penal del artículo 383 del CP, que no es otro que el funcionamiento del servicio público y a través de ello se quiere demostrar la influencia que el alcohol previamente ingerido ha producido en el conductor que se niega a someterse a la prueba etilométrica. En tales situaciones, como ocurre en el presente caso, en el que la fuerza actuante había observado antes de su detención que el conductor recurrente circulaba de forma irregular, conducta que tras comprobar la sintomatología externa que presentaba el apelante no podía deberse a otra causa que a la influencia del alcohol que previamente había ingerido, pues otra razón no hay que explique esa sintomatología e irregular circulación, estamos de acuerdo con el recurrente y con la Jurisprudencia que cita en su recurso y otros precedentes en igual sentido, en que aunque el conductor incurre en dos delitos, en la medida en que su negativa a someterse a la prueba de la alcoholemia no es más que otra evidencia de la influencia en la conducción antecedente, motivo por el cual el conductor y sabedor de ello no quiere someterse a la prueba, para evitar incurrir en una doble incriminación, para la punición de estas situaciones aparece más acertado acudir al criterio del concurso de normas del artículo 8 del CP –porque en definitiva en estos casos estamos en presencia de una unidad de hecho en su valoración jurídica, aunque puede que no en su aspecto material–, y aplicar la regla prevista en el número 4, sancionando de los dos delitos el más gravemente penado y por tanto el previsto en el artículo 383 del CP». Favorable a esta interpretación, SAP de A Coruña (Sección 2.ª) 447/2013, de 19 julio.

(238) Vid. STC 161/1997, de 2 de octubre y STC, 234/1997 de 18 de diciembre; también ATC 165/2000, de 28 de junio.

(239) Vid. SERRANO GÓMEZ, A. *et al.*: Curso de Derecho penal..., ob. cit. p. 676.

trina, una interpretación material de este delito nos debe llevar a la aplicación de un concurso de leyes y no de delitos(240).

En definitiva, tanto la doctrina como la jurisprudencia incardinadas en esta línea interpretativa entiende que el concurso de leyes debería resolverse por absorción porque describe un tipo más complejo, absorbiendo la conducta descrita en el artículo 379 CP, o por haciendo uso del principio de alternatividad porque prevé una pena más grave.

Se trata de una cuestión especialmente problemática que no vaticina ninguna solución fácil, ni íntegramente satisfactoria sea cual sea la línea de argumentación que se escoja. Tampoco parece que la discusión se agote, como han tratado de solventar los diferentes autores precitados, con la alusión al bien jurídico protegido del artículo 383 CP. A la hora de resolver esta cuestión, debe acudir, en primer término, a la doctrina constitucional sobre el principio *non bis in idem* y sus requisitos: identidad del sujeto, hecho y fundamento(241).

El propio TC se pronunció, *obiter dicta*, sobre esta cuestión respecto a la anterior regulación, explicando que la identidad de autor, hecho y fundamento jurídico de las dos infracciones que la vulneración del indicado principio exige, no concurre en el presente supuesto, «desde el momento en que el hecho sancionado en el artículo 379 CP consiste en conducir un vehículo a motor o un ciclomotor bajo la influencia de, entre otras, bebidas alcohólicas, mientras que el delito tipificado en el artículo 380 CP sanciona la negativa a someterse a pruebas legalmente establecidas para la comprobación de que se conduce bajo la influencia de bebidas alcohólicas. La disimilitud de conductas típicas excluye la vulneración del principio *non bis in idem*»(242).

---

(240) Vid. VARONA GÓMEZ, D.: «El delito de negativa...», ob. cit.

(241) Vid. SSTC 2/1981, de 30 enero; 159/1985, de 27 noviembre; 23/1986, de 14 febrero; 66/1986, de 23 mayo; 94/1986, de 8 julio; 21/1987, de 19 febrero; 160/1987 de 27 octubre; 51/1989, de 22 febrero; 98/1989, de 1 junio; 107/1989, de 8 junio; 112/1990, de 18 junio; 154/1990, de 15 octubre; 150/1991, de 4 julio; 234/1991, de 10 diciembre; 152/1992, de 19 octubre; 270/1994 de 17 octubre; 204/1996, de 16 diciembre; 222/1997, de 4 diciembre; 221/1997 de 4 diciembre; 177/1999, de 11 octubre; 129/2002, de 3 junio; 159/2003, de 15 septiembre; 229/2003, de 18 diciembre; 188/2005, de 7 julio; 334/2005, de 20 diciembre; 115/2006, de 24 abril; 48/2007, de 12 marzo; 23/2008, de 11 febrero; 60/2008, de 26 mayo; 91/2008, de 21 julio; 126/2011, de 18 julio; 70/2012, de 16 abril; 189/2013, de 7 noviembre; 3/2019, de 14 enero y AATC 150/1984, de 7 marzo; 90/1985, de 6 febrero; 781/1985, de 13 noviembre; 1079/1987, de 30 septiembre; 263/1989, de 22 mayo; 355/1991, de 25 noviembre; 329/1995, de 11 diciembre; 365/1997, de 10 noviembre; 26/2002, de 26 febrero; 39/2003, de 10 febrero; 59/2003, de 12 febrero; 239/2003, de 14 julio; 277/2003, de 25 julio; 357/2003, de 10 noviembre; 141/2004, de 26 abril; 513/2005, de 19 diciembre; 438/2006, de 11 diciembre; 197/2009, de 20 junio.

(242) Vid. STC 1/2009, de 12 enero.

Aunque la similitud de las redacciones en cuanto a la conducta típica, no alterada sustancialmente con la reforma, parecen avocar a una idéntica solución, es preciso realizar el análisis completo conforme a los requisitos constitucionales del principio *non bis in idem*.

Teniendo en cuenta las exigencias precitadas –identidad de sujeto, hecho y fundamento–, parece que no es posible dudar de la primera de ellas, atendiendo a que el sujeto de ambas infracciones penales será el mismo: el conductor. Como ya se ha defendido, esta especificación del sujeto activo vincula el artículo 383 CP a la protección de la seguridad vial.

La incógnita recae, por tanto, en la coincidencia de hecho y fundamento. Si bien, previamente, es necesario realizar algunas precisiones: en primer lugar, el *idem* del principio requiere identidad completa y estricta del hecho pluralmente sancionado; en segundo lugar, dentro del hecho y del fundamento, en el ámbito jurídico penal se incluye la identidad de ilícito, esto es, de injusto y, por tanto, de desvalor de la conducta puesto que estamos hablando de delitos de peligro. El TC lo expone de un modo claro cuando indica que se requeriría la identidad fáctica de lo enjuiciado y que la condena tenga su sustrato en una idéntica valoración jurídica; es decir, que se vuelva a valorar desde la misma perspectiva jurídica lo ya valorado. La interdicción que el principio supone no recae meramente sobre la sanción de los mismos hechos, sino esencialmente sobre la sanción de la misma infracción(243).

En lo que concierne a la esfera jurídico-penal, el principio *non bis in idem* aparece vinculado a la problemática referida al concurso de delitos. Advierte el TC que la naturaleza más o menos compleja del delito cuya imputación ha determinado la doble condena penal no supone óbice alguno para estimar la vulneración del principio: siempre que exista identidad fáctica, de ilícito penal reprochado y de sujeto activo de la conducta incriminada, la duplicidad de penas es un resultado constitucionalmente proscrito(244).

Utilizando la germanía constitucional, el principio *non bis in idem*, en su vertiente material (doble sanción por unos mismos hechos dentro de un mismo procedimiento), es aplicable «a una pluralidad de sanciones principales ante una identidad de sujetos, hechos o fundamentos, objeto o causa material y acción punitiva». Incluso, también pueden tenerse en cuenta, dentro del fundamento, razones preventivas pues «se impide sancionar doblemente por un mismo delito, desde la misma perspectiva de defensa social, o sea que por un mismo delito recaiga sobre un sujeto una sanción penal principal doble o plural, lo

---

(243) Vid. ATC 329/1995, de 11 diciembre.

(244) Vid. STC 221/1997, de 4 diciembre.

que también contradiría el principio de proporcionalidad entre la infracción y la sanción, que exige mantener una adecuación entre la gravedad de la sanción y la de la infracción. Esa adecuación lleva al legislador a calificar el delito en un determinado nivel de gravedad fijando unas sanciones proporcionales a tal calificación, dentro de los que habrán de actuar los criterios de graduación, pero aplicada una determinada sanción a una específica infracción, la reacción punitiva ha quedado agotada. Dicha reacción ha tenido que estar en armonía o consonancia con la acción delictiva, y la correspondiente condena ha de considerarse como «autosuficiente» desde una perspectiva punitiva, por lo que aplicar otra sanción en el mismo orden punitivo representaría la ruptura de esa proporcionalidad, una reacción excesiva del ordenamiento jurídico al infligirse al condenado una sanción desproporcionada respecto a la infracción que ha cometido»(245).

En esta última cita se encuentra uno de los principales problemas en la valoración conjunta de los artículos 379.2 y 383 CP: el grado de (des)proporcionalidad asignado a la pena de este último. Y es que uno de los cometidos del principio *non bis in idem* es, precisamente, evitar una reacción punitiva desproporcionada, en cuanto dicho exceso punitivo hace quebrar la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones, pues la suma de la pluralidad de sanciones crea una sanción ajena al juicio de proporcionalidad realizado por el legislador y materializa la imposición de una sanción no prevista legalmente(246).

Pero, antes de entrar en esta cuestión, prosigamos analizando los requerimientos del principio *non bis in idem*.

En cuanto a la identidad de hecho, *a priori* no se aprecia esa coincidencia fáctica imprescindible para que resulte operativa la prohibición que representa el principio *non bis in idem*. Ambos ilícitos mantienen modalidades de comisión y elementos objetivos delimitados y diferenciados. Sin embargo, el precitado argumento recogido por el TC para la anterior regulación podría entenderse como no definitivo, puesto que conforme a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), recogida por nuestra jurisdicción constitucional, para considerar inaplicable la prohibición de incurrir en *bis in idem*, no basta con que las infracciones aplicadas presenten diferencias, o que

---

(245) Vid. STC 154/1990, de 15 octubre.

(246) Acerca de esta problemática en la aplicación conjunta de los artículos 379.2 y 383 CP, vid. SAP de Segovia (Sección 1.ª) 89/2021, de 30 noviembre. No obstante, se resuelve acudiendo a la eminente protección del principio de autoridad en el artículo 383 CP, cuestión que nosotros consideramos discutible, por cuando existen otro argumentos para descartar el *ne bis in idem* y apreciar el concurso real de delitos.

una de ellas represente solo un aspecto parcial de la otra(247), pues la cuestión de si se ha violado o no el principio *non bis in idem* protegido en el artículo 4 del Protocolo 7 CEDH, «atañe a las relaciones entre los dos ilícitos» aplicados. De este modo, entiende el TEDH que «el mero hecho de que un solo acto constituya más de un ilícito no es contrario a este artículo», pero no por ello deja de reconocer que este artículo despliega sus efectos cuando «un acto ha sido perseguido o sancionado penalmente en virtud de ilícitos solo formalmente diferentes»(248). Un ejemplo obvio sería un acto que constituyera dos ilícitos, uno de los cuales contuviera precisamente los mismos elementos que el otro más uno adicional. Puede haber otros casos en los que los ilícitos únicamente se solapen ligeramente. Así, el Tribunal debe examinar si dichos ilícitos tienen o no los mismos elementos esenciales»(249).

Teniendo en cuenta todas estas cuestiones atinentes al principio *non bis in idem*, puede constatarse que en el plano del «hecho» en sí mismo, nos encontramos ante dos comportamientos típicos diferentes: se trata de dos acciones autónomas, aunque relacionadas entre sí. El artículo 383 CP no conforma una suerte de tipo complejo que absorbe la conducta establecida en el artículo 379.2 CP, por más que la negativa sea para la ulterior comprobación de las tasas de alcoholemia y la presencia de las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas «a que se refieren los artículos anteriores». Ninguna de ellas es presupuesto indispensable de la otra: podría hipotéticamente ser condenado un conductor por el delito de desobediencia al mismo tiempo que ser absuelto por no quedar acreditada la conducción del automóvil bajo la influencia de bebidas alcohólicas.

En consecuencia, no parece existir el ídem: no nos encontramos con que una misma conducta se castigue dos veces, sino que nos encontramos con dos acciones jurídico-penales, con dos conductas distintas en sus presupuestos fácticos y jurídicos.

En la misma línea, se añade que ambas acciones o hechos tienen lugar en momentos temporales distintos, que en ocasiones tienen lugar en un lapso de tiempo importante, por lo que no podemos llegar a la conclusión de que estemos ante un mismo supuesto de hecho, sino ante hechos distintos, de distinta estructura, que vulneran principios distintos y que se desarrolla en tiempos distintos, y hasta distantes.

Tampoco el fundamento parece ser el mismo y ello aunque se mantenga, como hacemos en este trabajo, que el bien jurídico protegido

---

(247) Vid. STEDH, 23 de octubre de 1995, caso Gradinger c. Austria.

(248) Vid. STEDH de 29 de mayo de 2001, caso Franz Fischer c. Austria.

(249) Vid. SSTEDH de 29 de mayo de 2001, caso Franz Fischer c. Austria; de 30 de mayo de 2002, caso W. F. c. Austria; y de 6 de junio de 2002, caso Sallen c. Austria.

por ambos preceptos sea eminentemente la seguridad vial. La circunstancia de una parcial coincidencia de los bienes jurídicos defendidos sólo sería relevante si existiera también una plena identidad fáctica.

En el caso del artículo 383 CP, la razón de emitir la orden de someterse a las pruebas tiene un alcance probatorio (por más que éste se quiera negar en algunas resoluciones) y funcional que ayuda a velar por el cumplimiento de una esfera concreta del ordenamiento jurídico: las normas reguladoras y protectoras de la seguridad vial. Además de ello, también se defiende que en el tipo penal se protege, aunque sin darle la relevancia principal que le otorga la nueva jurisprudencia de la Sala II del TS, el principio de autoridad desde la perspectiva limitada por nuestra Estado social y democrático de Derecho. Asimismo, la propia definición del concurso real de delitos engloba la posibilidad de que dos tipos penales lesionen el mismo bien jurídico, pero de un modo distinto(250). Ni estamos ante un mismo hecho, es decir, no hay aquí un «supuesto» contemplado por dos o más normas penales, ni el bien jurídico protegido lo es respecto del mismo ataque. El bien jurídico seguridad vial se conculca desde una perspectiva diversa en los dos tipos penales implicados.

Tampoco la solución del concurso de normas penales aparece como una opción sin fisuras: la consunción o absorción implica la existencia de una cierta progresión delictiva, de modo que el delito más simple quede contenido en el más complejo, una relación cercana al aforismo *a maiori ad minus*. En este supuesto, sin embargo, no siempre que se comete el delito de negativa, estaremos en presencia de un delito de conducción bajo los efectos del alcohol o la superación de determinadas tasas.

Ahondando en el fundamento que inspira la punición de los dos tipos penales, la valoración jurídica es diferente en cada caso: el artículo 383 CP por sí solo no abarca todo el desvalor de la conducta, pues no contempla el injusto predicable de quien conduce un vehículo a motor o un ciclomotor bajo la influencia del consumo de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas; por otro lado, tampoco lo hace el artículo 379.2 CP, por cuanto el fundamento de punición del delito de negativa es más amplio. La conducción «real» bajo los efectos de estas sustancias no integra un elemento del tipo de negativa, sino que constata un indicio que justifica, desde la óptica penal, el requerimiento y posible castigo. Podría decirse, en consecuencia, que mientras que en el caso del artículo 379 CP es condición objetiva de punibilidad la conducción bajo la influencia de las sustan-

---

(250) Vid. STS 419/2017, de 8 de junio; SAP de Málaga (Sección 3.ª) 164/2021, de 29 abril.

cias o la superación de determinadas tasas, en el artículo 383 CP solamente se exige un indicio de conducción errática o influida por el alcohol, drogas, etc., como condición objetiva de punibilidad en determinados supuestos (por ejemplo, como aquí se sostiene, en el caso de controles rutinarios o aleatorios). En similares términos, mientras que los signos externos de afectación por sí solos no siempre son concluyentes a la hora de determinar que puede concurrir el artículo 379 CP, siendo necesario comprobar la influencia en la conducción, estos signos externos sí pueden ser considerados como el indicio que permite y legitima el castigo penal de una ulterior negativa a someterse a las pruebas de comprobación. En ausencia de estos indicios en controles preventivos, en nuestra opinión, solamente cabe el recurso a la sanción administrativa ante la negativa.

Más aún, algunos autores<sup>(251)</sup> postulan que el injusto de la negativa al sometimiento de las pruebas basa su desvalor no en la incidencia causal lesiva de la negativa de un conductor aislado respecto al bien jurídico seguridad vial, sino en el efecto perturbador que su comisión masiva tendría para el mismo, al obstaculizar el efecto preventivo del tipo de conducción influenciada. De este modo, lo identifican como un delito de carácter acumulativo.

Cuestión diferente, como ya hemos apuntado, es que, a nivel penológico, el artículo 383 CP no guarde la adecuada proporcionalidad, castigando una conducta más alejada de la inmediata puesta en peligro del bien jurídico protegido seguridad vial con una pena mayor que la conducción bajo los efectos de determinadas sustancias<sup>(252)</sup>.

Por supuesto, en tanto que ambos ilícitos protegen la seguridad vial según nuestro posicionamiento, hay una inexorable relación entre ellos. Tal relación con la conducción y la seguridad del tráfico rodado ya ha sido expuesta. No obstante, no debe entenderse que uno de los tipos sea el presupuesto del otro. Como indican algunas resoluciones, y nosotros hemos explicado *supra*, en el caso del delito de negativa, la orden o mandato desobedecido tiene una concreta finalidad y se refiere al cumplimiento de una esfera concreta del ordenamiento jurídico (la que atañe a la seguridad vial), y no por eso la desobediencia

---

(251) Vid. MARTÍN LORENZO, M.: «El delito de negativa...», ob. cit.

(252) Algunos autores han basado su argumento en esta razón, estimando que «la pena ahora es compuesta incluyendo la privación del derecho a conducir, lleva a concluir, que la negativa a someterse a la prueba ya incluye la penalidad de la conducción bajo los efectos del alcohol que queda absorbida por el delito más gravemente castigado»; Cfr. TRABADO ÁLVAREZ, C.: «*Non bis in idem* por la condena conjunta contra la seguridad del tráfico, alcoholemia y de negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia», en *Diario La Ley*, núm. 7681, 26 de julio de 2011.

de aquélla se identifica o subsume en el posible delito que suponga el quebrantamiento de la indicada normativa.

Elocuentemente, alguna resolución ha clarificado esta cuestión, aduciendo que no es cierto que el peligro se haya «consumado» cuando se constate la previa conducción en estado de intoxicación y la negativa del conductor a someterse a las pruebas no suponga incremento de riesgo –razonamiento que lleva al callejón sin salida de no poder explicar por qué el segundo delito se pena más gravemente que el primero–. Aunque cuando el conductor se niega a realizar las pruebas de medición, el delito contra la seguridad del tráfico ya se había consumado, no cabe estimar que la posterior negativa del conductor no suponga una nueva situación de riesgo que ponga otra vez en peligro dicha seguridad vial. La previa conducción consume el delito del artículo 379.2 CP, mientras que el del artículo 383 CP sólo surge con la negativa a someterse a las pruebas, respecto de las cuales la actuación anterior sólo indirectamente se tiene en cuenta en cuanto «posible indicio» que justifique su requerimiento(253). El artículo 379.2 CP se agota en conducir bajo la influencia del alcohol, mientras que la negativa a someterse a las pruebas, inspirada en el indicio de un evidente estado de ebriedad del conductor (lo que justifica su práctica y el posible castigo penal de no atender al requerimiento), se realiza posteriormente.

Como advierte un sector de la jurisprudencia, si el legislador ha resuelto sancionar penalmente estos comportamientos de forma específica, sin conformarse con el delito genérico de desobediencia, es porque ha entendido, con mayor o menor acierto, que ello contribuiría de manera mediata a procurar una mayor seguridad en el tráfico facilitando la investigación de posibles comportamientos previos.

Otro de los argumentos que conducen a la estimación de un concurso de delitos es que la previsión concursal contenida en el artículo 382 CP: si el legislador hubiera pretendido castigar uno solo de los delitos cuando se ejecutan los dos, así lo hubiera establecido.

También se han expuesto poderosas razones de cariz preventivo(254) y práctico: la solución del concurso de leyes conduciría a la indeseable consecuencia de que resultaría igualmente sancionado el

---

(253) Vid. SAP de Salamanca (Sección 1.ª) 83/2009, de 8 junio.

(254) Así, la SAP de Málaga (Sección 3.ª) 164/2021, de 29 abril, indica «a mayores, si todo el espíritu de la reforma legislativa va encauzado a un endurecimiento punitivo y a un auténtico refuerzo penal de lo que hasta ahora eran meras infracciones administrativas (como los excesos de velocidad y la mera conducción bajo un índice de alcoholemia determinado), no cabe entender que la negativa a la práctica de la pericia de alcoholemia se haya visto suavizada mediante una redacción que permita excluir el concurso de delitos y dar pie a un concurso de normas». También SAP de Madrid (Sección 16.ª) 559/2021, de 21 octubre.



comportamiento de quien se niega a someterse a las pruebas de alcoholemia, pero no circula verdaderamente bajo los efectos de bebidas alcohólicas, que quien se niega a la práctica de aquellas pruebas circulando bajo los efectos de bebidas alcohólicas e, incluso, podría resultar este último favorecido por la aplicación de alguna circunstancia atenuante relacionada, paradójicamente, con la previa ingesta de alcohol.

Así, se ha dicho por parte de nuestra jurisprudencia menor, que la posibilidad de comprobar los hechos descritos en el artículo 379.2 CP es un «presupuesto esencial de la eficacia preventiva de la norma» y de su realización con la pena que se castigan. Por ello de forma mediata se protege la seguridad vial y por tanto la vida e integridad de las personas. En el delito contra la seguridad vial del artículo 379.2 CP la modalidad de afectación del bien jurídico de la seguridad vial en relación vida e integridad de las personas es distinta.

Por más que se defienda, acertadamente en nuestra opinión, que el bien jurídico protegido en el artículo 383 CP es la seguridad vial, este argumento no puede erigirse como la solución definitiva al problema(255). La falta de identidad de las conductas y su fundamento, tanto desde el punto de vista naturalístico como valorativo o jurídico, impedirían estimar que estemos ante una vulneración del principio *non bis in idem* desde una perspectiva constitucional. Desde la perspectiva penal, esta distinción entre diversas acciones y la distinta modalidad de ataque al bien jurídico protegido, así como la imposibilidad de copar la antijuridicidad total de ambas conductas en el artículo 383 CP (que, dicho sea de paso, no es ni más complejo ni más completo), sugieren descartar la opción del concurso de normas penales y abrazar la solución del concurso de delitos.

Por otra parte, es la falta de adecuación punitiva de los tipos penales lo que genera la sensación –ciertamente intuitiva, teniendo en cuenta que la pena de los delitos refleja el desvalor de la conducta– de que el artículo 383 CP engloba, o parte de, la conducta recogida en el artículo 379.2 CP(256). Sin embargo, lo cierto es que aunque el delito de negativa no resulta acorde con el principio de proporcionalidad(257), no puede decirse, en puridad, que contenga la conducta (las acciones son radicalmente diferentes) o el desvalor de la conducta del artículo 379.2 CP. Una simple cuestión penológica no genera la aplicación del concurso de normas, pues también deben tenerse en cuenta los fines preventivos disuasorios que el legislador ha querido introducir,

---

(255) Vid. SAP de Madrid (Sección 17.ª) 343/2021, de 21 junio.

(256) Por ejemplo, vid. SAP de A Coruña (Sección 6.ª) 62/2012, de 18 mayo.

(257) Sobre esta cuestión, vid. SAP de Málaga (Sección 3.ª) 164/2021, de 29 abril.

tendientes a impedir que el artículo 379.2 CP se convierta en un precepto virtual, ya que sin la prueba de tasas no puede aplicarse el mismo.

Por este motivo, en el ejercicio de individualización de la pena, sobre todo, en aquellos casos en los que no concurren ni atenuantes ni agravantes, la discrecionalidad judicial permitida por el artículo 66.1.6 CP debería operar para rebajar o adecuar la sanción penal entre ambos preceptos para no sobrepasar los límites del principio de proporcionalidad.

#### b) EXIMIENTE DE INTOXICACIÓN ETÍLICA

Antes de abordar la posible aplicación de circunstancias modificativas de la responsabilidad a los supuestos de negativa con síntomas, analizamos la postura de los tribunales con respecto a la aplicación genérica de las mismas a los delitos contra la seguridad vial. Aunque es cierto que en líneas generales no es posible aplicar la eximente por intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos al conformar precisamente un elemento del tipo penal de los artículos 379 y 380 CP, existe algún supuesto de alcoholismo crónico demostrado en el que se ha llegado a eximir parcialmente de responsabilidad penal al sujeto activo. También en algunos casos en los que se produce una ingesta de cantidades muy pequeñas de alcohol que, sin embargo, producen una afectación exagerada en el sujeto activo. Ciertamente, se trata de una situación bastante excepcional, pues, normalmente, la jurisprudencia estima que «respecto de la apreciación de la eximente de embriaguez, no resulta ello posible, si tenemos en cuenta que este tipo penal en concreto castiga precisamente el encontrarse bajo la influencia de bebidas alcohólicas, y además el alcoholismo crónico no convierte sin más a quien lo padece en un inimputable, no constando deterioro cognitivo alguno en el recurrente». Sin embargo, sí se ha apreciado en algunos supuestos muy aislados y minoritarios.

En este sentido, la doctrina ha sido bastante esclarecedora. En principio, ninguna razón excluye la aplicación de la eximente ni de las atenuantes de intoxicación, si se dan sus respectivos requisitos. Sin embargo, la tesis mayoritaria mantenida por la jurisprudencia hasta la fecha ha sido contraria a esta posibilidad. Y ello es así porque no tienen en cuenta una cuestión esencial que permite diferenciar entre dos situaciones diferentes: la circunstancia no es aplicable al sujeto que va a conducir y decide beber o ingerir otras sustancias, pero sí lo es a quien bebe o toma sustancias e, influenciado por ellas, se pone a los mandos de un vehículo. En otras palabras, la solución correcta se obtiene a partir de una adecuada aplicación de la teoría de la *actio libera in causa*; solo en el segundo caso realiza el sujeto el comporta-

miento típico en una situación de imputabilidad disminuida, que no puede salvarse mediante referencia a un momento anterior de plena responsabilidad penal. En este sentido, en un caso en el que la conducción fue posterior a que el individuo llegara a una situación de completa carencia de su capacidad cognoscitiva y volitiva derivada de ingestión de alcohol, se aplicó la eximente de intoxicación plena completa del artículo 20.2 CP(258); de forma similar, en un caso de alcoholismo crónico(259); igualmente como atenuante(260); también, como eximente incompleta, en quien intenta suicidarse ingiriendo fármacos y después conduce un automóvil(261). El TS ha refrendado esta posibilidad en alguna sentencia. Así, admite que podría aplicarse la eximente o atenuante en supuestos limitados en los que la ingesta sea anterior y esté totalmente desconectada de la decisión de conducir temerariamente(262). Diversas resoluciones apelan a la *actio libera in causa* para justificar el castigo(263).

Así las cosas, y dependiendo de la posición adoptada con respecto al bien jurídico protegido del delito de negativa y/o de si asumimos un criterio de interpretación formal o material, cabría aplicar (o no) circunstancias atenuantes (no tanto eximentes) a los supuestos del conductor que presenta síntomas evidentes de encontrarse bajo la influencia de alcohol y/o drogas y se niega a realizar las pertinentes pruebas de determinación de tales sustancias(264). Si adoptamos la postura que en los últimos años parece emerger como la mayoritaria, o sea, la que mantiene que el bien jurídico protegido es el principio de autoridad, la solución en estos casos debe ser la aplicación de la circunstancia atenuante analógica de embriaguez del artículo 21.7.º CP en relación con los artículos 21.2.º y 20.2.º CP. Es decir, la aplicación de eximentes o atenuantes de este tipo solo parece posible en el supuesto de que el artículo 383 CP se interprete como un delito formal que únicamente atenta contra el principio de autoridad(265). En caso contrario, si adoptamos un criterio formal y/o si entendemos que el artículo 383 CP también atenta contra la seguridad vial, encontraría-

---

(258) Vid. SAP Madrid, de 14 de mayo de 2011.

(259) Vid. SAP de Castellón, de 21 de diciembre de 1998.

(260) Vid. SAP de Orense, de 25 de mayo de 2016.

(261) Vid. SAP de Vizcaya, de 11 de junio de 1989.

(262) Vid. STS 1464/2005, de 17 de noviembre.

(263) Vid. SAP de Cantabria, de 6 de noviembre de 2007; SAP de La Rioja, de 3 de julio de 2007.

(264) Vid. SERRANO GÓMEZ, A. *et al.*: Curso de Derecho penal..., ob. cit., p. 676. Con refrendo jurisprudencial: SAP de Barcelona (Sección 9.ª) 382/2021, de 20 septiembre.

(265) Vid. VARONA GÓMEZ, D.: «El delito de negativa...», ob. cit.

mos las mismas dificultades para aplicar las eximentes y atenuantes relacionadas con la embriaguez o la drogadicción que las que existen en relación con el artículo 379 CP(266). En estos casos, cabría aplicar todo lo dicho anteriormente con respecto a los supuestos genéricos (extremos o residuales) de aplicación de circunstancias modificativas a los delitos contra la seguridad vial.

Un supuesto paradigmático en el que es posible la aplicación de la eximente de intoxicación etílica en el delito de negativa es aquel en el que las capacidades intelectivas y volitivas del sujeto que se niega a la práctica de las mismas se encuentran anuladas en grado tal que no es posible la comprensión del requerimiento y, por tanto, de la ilicitud de la negativa. Dicho en otros términos, que el grado de intoxicación sea tal que el sujeto no pueda comprender adecuadamente la obligación de sometimiento a las pruebas y las consecuencias que se derivan del incumplimiento. En estos casos, la objetivación de la prueba de alcoholemia no es necesaria al existir suficiente acervo probatorio al menos respecto a la influencia de estas sustancias en la conducción, pero es que, además, el sujeto no resulta idóneo para la realización de la misma. Ciertamente, con tal argumento nuestra jurisprudencia menor habitualmente ha aplicado directamente el criterio de innecesariedad de la prueba, dejando impune la negativa sin necesidad de acudir a la eximente completa de embriaguez. Se entiende en estos supuestos que resulta inocuo o carece de sentido castigar la no realización de las pruebas de detección de la impregnación alcohólica, hasta el punto de convertir la conducta renuente a la práctica de las mismas en un comportamiento exento de antijuridicidad material(267).

Sin embargo, habría que tener en cuenta que en estos supuestos el argumento para la despenalización de la conducta no tiene por qué incardinarse exclusivamente en el criterio de que la prueba no estaría justificada, ni ordenada a la determinación de la influencia del alcohol en la conducción, sino que es posible basarlo en la incompreensión de la antijuridicidad de la conducta. Entendemos que no son supuestos análogos y es preciso diferenciar: no es equivalente la negativa amparada en un reconocimiento de los hechos y de la propia ingesta de alcohol (autoinculpación), a aquella renuencia persistente que se deriva de la incompreensión (incluso incapacidad) de la situación derivada de una intoxicación etílica muy grave. En el primero de los casos, como se ha defendido, aun sería posible, obligatoria y necesaria la realización de la prueba objetiva; en el segundo, el sujeto actúa sin culpabilidad al tener mermadas sus capacidades para comprender la situación.

---

(266) Vid. VARONA GÓMEZ, D.: «El delito de negativa...», ob. cit.

(267) Vid. SAP de Vizcaya (Sección 6.ª) 90008/2017, de 17 enero.

## c) TOMA DE POSTURA

Una posición ecléctica que podría dar solución a todos los problemas aquí planteados pasa por entender que el artículo 383 CP es un delito pluriofensivo, en el que se protege *a un mismo nivel* el principio de autoridad y la seguridad del tráfico(268). Es decir, se entiende que la negativa a someterse a las pruebas de alcohol o drogas no es un delito de desobediencia genérico (tal y como podría interpretarse antes de la reforma del 2007), sino que es la desobediencia de un conductor que presenta síntomas de haber ingerido ciertas sustancias. En nuestra opinión, las últimas resoluciones jurisprudenciales interpretan en términos puramente formalistas el tipo penal de negativa a someterse a las pruebas, dando primacía al principio de autoridad como objeto de tutela penal. De ello derivan toda una serie de consecuencias, como es el caso de la posibilidad de castigar conjuntamente, en concurso real de delitos, las conductas tipificadas en los artículos 379.2 y 383 CP. Aunque nos posicionamos de acuerdo con la solución del concurso real de delitos, consideramos que existen otros argumentos de peso que conducen a aplicar esta solución, sin que sea necesario denostar la protección de la seguridad vial. Sin ir más lejos, la correcta aplicación de la doctrina constitucional sobre el *ne bis in idem*, la consideración al diferente ataque a un mismo bien jurídico protegido, así como cuestiones de cariz preventivo y de política criminal, justifican tal posibilidad. Cuestión diferente, que merece una enconada crítica, es la desatención al principio de proporcionalidad que evidencia el artículo 383 CP y del que, creemos, parten muchos de los problemas concursales aquí tratados. Aunque se haya justificado la concreta penología del precepto con razones preventivas, *de lege ferenda* se recomienda la revisión del quantum de pena contenida en el delito de negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia y sustancias estupefacientes.

Finalmente, también consideramos que la defensa del bien jurídico protegido seguridad vial en el artículo 383 CP no es óbice para poder aplicar, aunque en casos excepcionales, las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal derivadas del estado de ebriedad del sujeto. En este aspecto, importa más atender al caso concreto para dilucidar la correcta aplicación de las mismas que a consideraciones abstractas respecto a la tutela penal que lleva a cabo el precepto.

---

(268) En este sentido, vid. SALVADOR CONCEPCIÓN, R.: «Cuestiones relevantes...», ob. cit., pp. 419 ss.; QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.): *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. 9.<sup>a</sup> Aranzadi, Pamplona, 2011, p. 1504.

## V. CONCLUSIONES

Como afirma el propio TS, la cuestión nuclear que está en el centro de todas estas controversias hay que situarla en una pregunta esencial que condiciona el curso del debate: ¿Cuál es el bien jurídico protegido por el delito del artículo 383 CP?(269) Como acabamos de mencionar, la evolución jurisprudencial del TS en esta materia parece asumir un criterio en huida de los principios generales del Derecho penal. No obstante, no existe una postura unánime con respecto a las cuestiones aquí tratadas, aunque parece que la tendencia marcada por el TS va en la línea de asumir que el bien jurídico protegido es principalmente el principio de autoridad. Sin embargo, como venimos defendiendo en este trabajo y en contra de la postura adoptada por el TS en sus últimas resoluciones, el bien jurídico protegido por este tipo penal es, además, la seguridad del tráfico. Esta era desde luego la intención del legislador en la reforma operada por LO 15/2007. El propio TS así lo reconoce cuando dice que «No puede dudarse de que el legislador tenía eso en mente», así como que «Desde una perspectiva de política criminal es innegable su vinculación [del delito de negativa] con la seguridad del tráfico vial»(270). Por lo tanto, si interpretamos las normas en base a un criterio sistemático (el Código penal ubica este tipo penal dentro del Título XVII De los delitos contra la seguridad colectiva) y lo hacemos atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de la norma (criterio teleológico) por parte del legislador (art. 3 CC) –que como hemos visto parece claro incluso para el TS– la solución más plausible parece la aquí planteada.

En sentido contrario, una interpretación tan amplia como la que hacen el TS y la propia Fiscalía, sería, a mayor abundamiento, contraria a ciertos principios constitucionales tales como el de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) o el de tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), así como un alejamiento de los principios penales de intervención mínima, de proporcionalidad de las penas, de *ultima ratio*; a lo que hay que añadir la ubicación sistemática del artículo 383 CP y el carácter fragmentario y subsidiario del Derecho penal(271). Todos estos

---

(269) Vid. STS 210/2017 de 28 de marzo; STS 163/2018 de 6 abril.

(270) También Vid. SAP de Segovia (Sección 1.ª) 89/2021, de 30 noviembre: «Sin duda en la conformación legislativa del tipo se está pensando en tutelar la seguridad vial. Es ese un innegable objetivo de política criminal inmanente a esa tipicidad. Se alcanza ese propósito blindando con una singular protección penal la autoridad de los agentes que velan por tal seguridad cuando intervienen para comprobar la tasa de alcohol de cualquier conductor».

(271) Vid. VARONA GÓMEZ, D.: «El delito de negativa...», ob. cit.

argumentos exigen la necesaria vinculación entre el delito de negativa (art. 383 CP) y los delitos que castigan la influencia de alcohol/ drogas en la conducción (art. 379, 380 y 381 CP)(272). Lo contrario nos llevaría, a nuestro juicio, a una administrativización intolerable del Derecho penal.

Adoptar la postura reciente del TS supone, entre otras cosas, que no sea necesario exigir el requisito de sintomatología para castigar por negativa. Sin embargo, como ya hemos expuesto más arriba, nosotros defendemos que la negativa a someterse a las pruebas solo debería ser constitutiva de delito en los supuestos en que el requerimiento tenga como fin comprobar la existencia de alguno de los delitos comprendidos en los artículos 379.2, 380 y 381 CP, bien porque el conductor lo hacía de forma irregular, porque presentaba síntomas externos de ingestión de alcohol o drogas, porque había cometido alguna infracción administrativa o porque se ha visto involucrado en un siniestro. Lo que sí es necesario es un mandato legal y expreso del agente de la autoridad, que se dé a conocer al acusado y que éste se niegue «abierta y ostensiblemente al sometimiento a las pruebas de determinación del alcohol»(273).

En línea con lo anterior, creemos que la negativa a la segunda prueba también debe ser constitutiva de delito, ya que la segunda prueba, además de obligatoria y, por lo tanto, necesaria, constituye una garantía para el interesado y para el sistema penal. Por último, estimamos que el debate acerca del bien jurídico protegido en el artículo 383 CP ha soslayado otros argumentos técnicos, tal vez incluso más poderosos, que permiten congraciarse con la postura mantenida por el TS respecto al concurso de delitos entre el artículo 379.2 y el artículo 383 CP o la aplicación limitada de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal basadas en la ingesta de alcohol, consumo de sustancias estupefacientes o grave adicción a ambas. De estos argumentos hemos dado buena cuenta en este trabajo, tratando de recopilar las bases doctrinales y jurisprudenciales suficientes para aportar una diferente respuesta a problemas bien conocidos en la práctica forense.

---

(272) Vid. VARONA GÓMEZ, D.: «La negativa a la práctica de las pruebas de alcoholemia (artículo 380 del nuevo Código Penal): interpretación y límites», en *Actualidad Penal*, núm. 48, 1996, pp. 969-978; DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E. M.: «La conducción bajo la influencia...», ob. cit.

(273) Vid. SAP de Vizcaya, de 10 de diciembre de 2002; SAP de Huelva, de 28 de julio de 2003, y SAP de Valladolid, de 28 de abril de 2009.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO RIMO, A.: «La negativa a someterse a las pruebas de detección de alcohol, drogas tóxicas o sustancias similares como modalidad de desobediencia penal (estudio del bien jurídico protegido en el artículo 380 CP)», en *Revista de Derecho y proceso penal*, núm. 10, 2003.
- «El delito de negativa a someterse a las pruebas de detección de alcohol o drogas tóxicas desde la perspectiva de la reforma penal de 2007», en Vidalés Rodríguez, C. y Mera Redondo, A. (Coords.). *Seguridad Vial. (Especial referencia a la reforma operada en el Código Penal mediante la Ley Orgánica 15/2007, de 30 de noviembre)*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2008.
- CARDOZO POZO, R. C.: *Bases de política criminal y protección penal de la seguridad vial*. Tesis Doctoral. Universidad de Salamanca, 2009.
- COLINA OQUENDO, P., MARTÍNEZ GUERRA, A., RODRÍGUEZ DE MIGUEL RAMOS, J., RODRÍGUEZ-RAMOS LADARIA, G., RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Código penal y leyes penales especiales y complementarias (concordado y comentado con jurisprudencia sistematizada)* [3.<sup>a</sup> ed. (Dir. Rodríguez Ramos, L.); (Coord. Martínez Guerra, A.)]. La Ley, Madrid, 2009.
- CUESTA PASTOR, P. J.: «La criminalización de la negativa a someterse al test de alcoholemia del artículo 380 del Código Penal», en *Tráfico y Seguridad Vial*, núm. 11, 1999.
- «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo 3/1999 de 10 de diciembre, acerca de la criminalización de la negativa a someterse al test de alcoholemia. Repercusiones en cuanto al principio de seguridad jurídica», en *Diario La Ley*, tomo II, 2000.
- *El delito de obstáculo: tensión entre política criminal y teoría del bien jurídico*. Comares, Granada, 2002.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *El delito de negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia o de detección de drogas*. Bosch, L'Hospitalet de Llobregat, Barcelona, 2012.
- «Dos sentencias del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que han unificado el escenario de los delitos contra la seguridad vial», en *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, núm. 47, 2017.
- *Alcohol, drogas y delitos contra la seguridad vial*. Reus, Madrid, 2018.
- DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E. M.: «La conducción bajo la influencia de drogas tóxicas o de bebidas alcohólicas y la negativa a someterse a las pruebas dirigidas a la comprobación de tales hechos: la vinculación material de los artículos 379 y 380 del Código Penal», en Morillas Cueva, L. (Coord.). *Delincuencia en materia de tráfico y seguridad vial: (aspectos penales, civiles y procesales)*. Dykinson, Madrid, 2007.
- FERNÁNDEZ BAUTISTA, S.: «El delito de negativa a la realización de las pruebas de alcoholemia (art. 383 CP)», en *Diario La Ley*, núm. 6841, 2007.
- «El delito de negativa a la realización de las pruebas de alcoholemia (art. 383 CP)», en *Tráfico y seguridad vial*, núm. 109, 2008.



- FERNÁNDEZ BERMEJO, D.: «Algunas cuestiones relativas al delito de negativa a someterse a las pruebas de medición de alcohol y drogas», en *Anuario de la Facultad de Derecho UAH*, núm. 9, 2016.
- «El delito de conducción de vehículos de motor bajo la influencia de los efectos del alcohol», en *La Ley Penal*, núm. 119, 2016.
- «Sobre el bien o bienes jurídicos protegidos de los artículos 379.2 (inciso primero) y 383 del Código penal. Su relación concursal», en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 25, 2016.
- «Sobre el delito del artículo 384 del Código Penal: de la sanción administrativa a la sanción penal», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, vol. 71, 2018.
- GANZENMÜLLER, C., ESCUDERO MORATALLA, J. F. y FRIGOLA VALLINA, J.: «El nuevo delito de negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia, considerado como desobediencia grave a la autoridad», en *Diario La Ley*, tomo II, 1997.
- GARCÍA VALDÉS, C., MESTRE DELGADO, E. y FIGUEROA NAVARRO, M. C.: *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*. 2.ª ed., Edisofer, Madrid, 2015.
- GÓMEZ PAVÓN, P.: «La reforma de los delitos contra la seguridad vial», en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 25, 2012, pp. 119-148.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. y VIDALES RODRÍGUEZ, C.: «La Reforma del Código Penal en materia de Seguridad Vial», en *Revista Xurídica Galega*, núm. 55, 2007.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., MATALLÍN EVANGELIO, A., ORTS BERENGUER, E. y ROIG TORRES, M.: *Esquemas de Derecho Penal. Parte especial*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, A. E.: «El bien jurídico protegido en el delito relativo a la negativa a someterse a pruebas de alcoholemia tras la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2017», en *Diario La Ley*, núm. 8977, 11 de mayo de 2017.
- IGLESIAS RÍO, M. A. y LOZANO GARCÍA, C.: «El delito de negativa a someterse a la prueba de alcoholemia (art. 380 CP) (A propósito de las SSTC 161/1997, de 2 de octubre, y 234/1997, de 18 de diciembre)», en *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 1845, 1999.
- LABORDA VALLE, E.: «La seguridad del tráfico en la actuación del Código Penal. Estudio del sometimiento a la prueba», en *Tráfico y Seguridad Vial*, núm. 76, 2005.
- LAMARCA PÉREZ, C.: «Delitos contra la seguridad vial», en Alonso de Escamilla, A., Lamarca Pérez, C., Mestre Delgado, E. y Rodríguez Núñez, A.: *Delitos. La parte especial del Derecho penal*. 2.ª ed., Dykinson, Madrid, 2020.
- LLOBET ANGLÍ, M.: «Atentados contra la autoridad y los funcionarios públicos. Resistencia y desobediencia», en Molina Fernández, F. (Coord.): *Memento Práctico Penal*. Francis Lefebvre. Madrid, 2017.

- LUZÓN CUESTA, J. M.: *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial*. 16.<sup>a</sup> ed., Madrid, 2009.
- MAGALDI PATERNOSTRO, J. M.: «El tipo del artículo 380 del Código Penal: una propuesta interpretativa», en *Estudios de derecho judicial*, núm. 114, 2007, pp. 191-228.
- MAGRO SERVET, V.: «Delimitación penal de los delitos y faltas en materia de seguridad vial», en *Guía práctica de actuación de la Policía Local*, 1.<sup>a</sup> ed. El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 2011.
- MAGRO SERVET, V.: «La negativa del conductor a someterse a una segunda prueba de alcoholemia», en *Tráfico y seguridad vial*, núm. 225, 2018.
- MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B.: «La negativa a someterse al control de alcoholemia: delimitación entre el ilícito administrativo y el ilícito penal. A propósito de la sentencia del TS de 9 de diciembre de 1999», en *Tráfico y Seguridad Vial*, núm. 15, 2000.
- MARTÍN LORENZO, M.: «El delito de negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia como delito contra la seguridad vial. Consecuencias para su aplicación», en *Diario La Ley*, núm. 7451, 22 de julio, 2010.
- «Negativa a someterse a las pruebas de medición de alcohol o de detección de drogas», en Gutiérrez Rodríguez, M. (Coord.). *Protección penal de la Seguridad Vial*. 2.<sup>a</sup> ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- MESA SÁNCHEZ DE CAPUCHINO, A.: «Conducción bajo los efectos del alcohol. Etilómetro calibrado y homologado. Diferencias entre etilómetro evidencial y de precisión. Invalidez de etilómetro evidencial. Excepciones y casuística», en *Tráfico y Seguridad Vial*, núm. 180, 2014.
- MIRÓ LLINARES, F.: «La interpretación del delito de negativa al sometimiento de la prueba de alcoholemia tras la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 2002», en *Actualidad Penal*, núm. 2, tomo II, 2003.
- «Artículo 383», en Cobo del Rosal, M. (Dir.). *Comentarios al Código Penal. Segunda época, tomo XI. Libro II: Título XVII, de los delitos contra la seguridad colectiva (artículos 359 al 385)*. Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas, Madrid, 2008.
- MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal. Parte especial*. 18.<sup>a</sup> ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- MUÑOZ CUESTA, F. J.: «Delito de negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia y detección de drogas: problemas que suscita la interpretación del artículo 383 CP», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2, 2009.
- POLAINO-ORTS, M.: «Delitos contra la Seguridad Vial: visión crítica de la nueva regulación Española», en Campos Domínguez, F., Cienfuegos Salgado, D., Rodríguez Lozano, L. y Zaragoza Huerta, J. (Coords.): *Entre libertad y castigo: dilemas del Estado contemporáneo, Estudios en homenaje a la maestra Emma Mendoza Bremauntz*. Laguna, México, 2011, pp. 681-705.
- QUERALT JIMÉNEZ, J.: *Derecho Penal Español. Parte Especial*, 6.<sup>a</sup> ed., Atelier, Barcelona, 2010.
- QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.): *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. 9.<sup>a</sup> ed. Aranzadi, Pamplona, 2011.

- REQUEJO CONDE, C.: «Las nuevas modalidades de delitos contra la seguridad vial en el Código Penal», en *Tráfico y Seguridad Vial*, núm. 132, 2009.
- SARRATO MARTÍNEZ, L.: «La negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia: al límite entre la infracción penal y la infracción administrativa», en *Diario La Ley*, núm. 7162, 27 de abril 2009.
- SALVADOR CONCEPCIÓN, R.: «Cuestiones relevantes de la Prueba de Alcoholemia en el Proceso Penal», en *Revista de Derecho UNED*, núm. 13, 2013.
- SERRANO GÓMEZ, A., SERRANO MAÍLLO, A., SERRANO TÁRRAGA, M. D. y VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.: *Curso de derecho penal: Parte especial*. 5.ª ed. Dykinson, Madrid, 2019.
- SOLERA CALLEJA, I.: «La negativa a someterse a la segunda prueba de determinación de la tasa de alcohol en aire espirado mediante un etilómetro autorizado de forma oficial es constitutiva del delito del artículo 383 del Código Penal. Principio de autoridad como bien jurídico.: Sentencia de la STS (Sala 2.ª), de 6 de abril de 2018», en *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro*, núm. 7, 2018.
- TRABADO ÁLVAREZ, C.: «*Non bis in idem* por la condena conjunta contra la seguridad del tráfico, alcoholemia y de negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia», en *Diario La Ley*, núm. 7681, 26 de julio de 2011.
- TRAPERO BARREALES, M. A.: «Los delitos contra la seguridad vial, una valoración crítica desde la vigencia de los principios limitadores del *Ius Puniendi*», en Luzón Peña, D. M. (Dir.): *Derecho penal del Estado social y democrático de derecho. Libro homenaje a Santiago Mir Puig*. La Ley, Madrid, 2010.
- Los delitos contra la Seguridad Vial: ¿Una reforma de ida y vuelta?* Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- VARONA GÓMEZ, D.: «La negativa a la práctica de las pruebas de alcoholemia (artículo 380 del nuevo Código Penal): interpretación y límites», en *Actualidad Penal*, núm. 48, 1996.
- «El delito de negativa a las pruebas de alcoholemia (art. 380 CP) tras la sentencia de 9-12-1999», en *Jueces para la democracia*, núm. 37, 2000.
- VIEIRA MORANTE, F. J.: «Artículo 57 CP», en Conde-Pumpido Tourón, C. (Dir.) y López Barja De Quiroga, J. (Coord.): *Comentarios al Código penal*. J. M. Bosch, Barcelona, 2007.

# El delito de odio con fundamento en la aversión al colectivo de las personas sin hogar por situación familiar: exégesis del artículo 510.1 a) del Código penal

ALFREDO ABADÍAS SELMA  
Profesor Contratado Doctor  
Universidad Internacional de La Rioja (UNIR)  
Grupo de investigación Penalcrim

*A María Rosario Endrinal «Charo».*

## RESUMEN

*De todos es conocido que en los últimos tiempos se han producido agresiones y acciones de clara discriminación a personas sin hogar. Se trata de un colectivo altamente vulnerable que tiene muy poca visibilidad y que genera pocas denuncias. Todo y así, el Código penal español dentro de los delitos de odio recogidos en el artículo 510 no contempla como agravante específica del tipo la situación socioeconómica de este tipo de víctimas tan vulnerables e invisibles, que incluso llegan a formar parte de una perversa «normalidad» de algunos barrios.*

*Hasta el momento y de forma mayoritaria nuestros tribunales se han limitado a condenar agresiones contra las personas sin hogar de conformidad al delito de lesiones del artículo 147 del Código penal, o en relación con el artículo 173.1 del CP, como delito contra la integridad moral, entre otros.*

*Todo y así, el artículo 510.1 del Código penal contiene una de las causas de discriminación que entendemos es fundamental y que poco se aplica, que es la «situación familiar». Se sabe que en la gran mayoría de casos las personas que duermen a la intemperie, en rincones de las calles, cajeros automáticos, etc., los llamados «sin techo», «sin hogar», «indigentes», «homeless», «habitantes de la calle», etc. tienen una historia familiar turbulenta con rupturas que en algún momento han terminado con la calle como lar en un destino final y fatal.*

*En el presente artículo vamos a abordar el delito de odio basado en el origen de la situación familiar como detonante de la discriminación que contiene el tipo penal*

*señalado, no sin dejar de recordar que el legislador ante una dura y cruda realidad contrastada ha tenido que reconocer e incorporar en 2021 el agravante de aporofobia, que entendemos que ya debería formar parte del tipo del artículo 510.1 CP(1).*

*Nos preguntamos si el marco penal actual es suficiente para el castigo de conductas de discriminación tan abominables con el análisis del tipo en base al relato de hechos acaecidos con el apoyo de la mejor y más reciente doctrina.*

Palabras clave: *delitos de odio, discurso del odio, incitación al odio, discriminación, intolerancia, aporofobia.*

## ABSTRACT

*Everyone knows that in recent times there have been attacks and actions of clear discrimination against homeless people. It is a highly vulnerable group that has very little visibility and generates few complaints. All in all, the Spanish Criminal Code within the hate crimes included in article 510 doesn't contemplate as a specific aggravating circumstance the socioeconomic situation of this type of vulnerable and invisible victims, who even become part of a perverse «normality» of some neighbourhoods.*

*Until now, and for the most part, our courts have limited themselves to condemning attacks against homeless people in accordance with the crime of injuries in article 147 of the Criminal Code, or in relation to article 173.1 of the CP, as a crime against moral integrity, among others.*

*It is why the article 510.1 of the Criminal Code contains one of the causes of discrimination that we understand is fundamental and that little is applied, which is the «family situation». It is known that in the vast majority of cases people who sleep outdoors, in corners of the streets, etc., called «homeless», «destitute», «street dwellers, etc. They have a turbulent family history with breakups that at some point have ended with the street as a final and fatal destination.*

*In this article we are going to address the hate crime based on the origin of the family situation as a trigger for the discrimination contained in the aforemen-*

---

(1) En el año 2017 la profesora Dra. Adela Cortina Orts, Catedrática de Ética y Filosofía Política de la Universidad de Valencia, publicaba su interesante libro «Aporofobia, el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia», proponiendo a la RAE la adopción de un término de nuevo cuño, el de aporofobia (del griego *áporos*, pobre, y *fóbeo*, espanto), entendido como el rechazo o el odio a la persona pobre. En diciembre de ese mismo año la RAE incluyó en su diccionario esta palabra y la definió como la «fobia a las personas pobres o desfavorecidas». Véase al respecto CORTINA ORTS, A., *Aporofobia, el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia*, Paidós, Barcelona, 2017. El término «Aporofobia» se recogió por vez primera en el artículo publicado por Adela Cortina Orts bajo este título en el diario *ABC Cultural* el 1 de diciembre de 1995 (Cortina Orts, A., «Aporofobia», en *ABC cultural*, 1995, núm. 213, p. 63). De estos textos podemos entender por aporofobia el rechazo, la aversión o el desprecio hacia los pobres, sin recursos, como consecuencia de su relación desigual con quienes los excluyen. Estos últimos tienen mejores condiciones socioeconómicas y ven como una amenaza a los primeros, porque los pobres no pueden ofrecer nada a la sociedad.

*tioned criminal type, not without forgetting that the legislator, faced with a harsh and harsh contrasted reality, has had to recognize and incorporate in 2021 the aggravating circumstance of aporophobia, which we understand should already be part of the type of article 510.1 PC(2).*

*We wonder if the current criminal framework is sufficient for the punishment of such abominable discriminatory conduct with the analysis of the type based on the account of events that occurred with the support of the best and most recent doctrine.*

*Keywords: hate crimes, hate speech, hate speech, discrimination, intolerance, aporophobia.*

SUMARIO: I. Introducción.–II. Delimitación y concepto entre «discurso del odio» y «delitos de odio».–III. Análisis de la estructura del delito de odio basado en la situación familiar.–IV. Conclusiones finales.–V. Bibliografía.

## I. INTRODUCCIÓN

El 17 de octubre es el día en el que se conmemora mundialmente el denominado Día Internacional para la Erradicación de la Pobreza. Sin duda, una lamentable pero necesaria conmemoración que nos recuerda como miembros del Estado de Bienestar que, por ejemplo, cuando se declaró la pandemia de la Covid-19 en marzo de 2020, ya vivían en España 4,5 millones de personas en una situación de pobreza extrema. Este dato hay que contextualizarlo para poder comprender la

---

(2) In 2017, the Professor of Ethics and Political Philosophy at the University of Valencia, Dr. Adela Cortina Orts, published her interesting book «Aporophobia, the rejection of the poor. A challenge for democracy», proposing to the RAE, the adoption of a new word, aporophobia (from the Greek aporos, poor, and fobeo, fright), understood as the rejection or hatred of the poor person. In December of that same year the RAE included this word in his dictionary and defined it as the «phobia of poor or disadvantaged people». See in this regard CORTINA ORTS, A., *Aporophobia, the rejection of the poor. A challenge for democracy*, Ed. Paidós, Barcelona, 2017. The term «Aporophobia» was collected for the first time in the article published by Adela Cortina Orts under this title in the *ABC Cultural* newspaper on December 1, 1995 (Cortina Orts, A., «Aporofobia», in *ABC Cultural*, 1995, núm. 213, p. 63). From these texts we can understand the meaning of aporophobia as the rejection, aversion or contempt towards the poor, without resources, as a consequence of their unequal relationship with those who exclude them. The last ones have better socioeconomic conditions and see the first ones as a threat, because the poor cannot offer anything to society.

magnitud del problema, pues desde 2008 –año del estallido de la «burbuja inmobiliaria»– ha habido un incremento de nada menos que un millón de personas que se encuentran en esta lamentable situación.

La pobreza golpea con crueldad inmisericorde a la sociedad española, configurando un colectivo muy concreto de personas que se encuentran en una vulnerabilidad extrema. Además, este colectivo se retroalimenta de otro que está formado por personas que están en riesgo de pobreza, y que están sobreviviendo en condiciones muy precarias(3).

Ya es algo habitual escuchar que predominantemente nuestros mayores, los que construyeron con enorme esfuerzo la España democrática en una histórica etapa tan convulsa como la Transición, viven en una situación de pobreza, no llegan a fin de mes con sus míseras pensiones y acuden a las mantas en lugar de la calefacción por el desorbitado precio de un bien de primerísima necesidad como es la electricidad(4), también sufren las diferentes formas de «mobbing inmobiliario» que perturba su paz existencial en la recta final de sus vidas, e incluso podemos ver anuncios sobre hipotecas inversas que

---

(3) Es preciso distinguir entre «Población en riesgo de pobreza relativa» (tasa de riesgo de pobreza), que es el porcentaje de personas que viven en hogares cuya renta total equivalente anual está por debajo del umbral de pobreza. Por otra parte, está el «Umbral de riesgo de pobreza», que se fija en el 60% de la mediana de los ingresos por unidad de consumo de los hogares a nivel nacional, y por último está el colectivo de «Población en riesgo de pobreza relativa en las personas con trabajo», que es el porcentaje de personas que tienen trabajo y su renta disponible equivalente está por debajo del umbral de riesgo de pobreza (60% de la renta disponible mediana equivalente). Sobre estos conceptos y la situación actual de España puede consultarse INE, Disponible en: [https://www.ine.es/ss/Satellite?param1=PYSDetalle&c=INESecion\\_C&param3=1259924822888&p=%5C&pagename=ProductosYServicios%2FPYSLayout&cid=1259925455948&L=0](https://www.ine.es/ss/Satellite?param1=PYSDetalle&c=INESecion_C&param3=1259924822888&p=%5C&pagename=ProductosYServicios%2FPYSLayout&cid=1259925455948&L=0). (Fecha de última consulta: 10 de abril de 2022).

El primero de los objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas para 2030 es reducir a un máximo del 3 % de la población mundial la pobreza. Con la finalidad de poder cuantificar este fenómeno, el Banco Mundial distingue tres tipos de situaciones: la pobreza extrema, en la que se encuentran quienes tienen un ingreso diario menor a 1,90 \$; la pobreza que corresponde a quienes reciben menos de 5,50 \$ diarios y la vulnerabilidad a la pobreza, que incluye a quienes por tener ingresos que no superan los 13 \$ al día tienen una alta probabilidad de caer en la pobreza si todavía empeoran más las condiciones de la economía en la que viven.

(4) Aquí queremos recordar el triste y lamentable óbito de una mujer de 81 años que vivía sola y que falleció en la madrugada del 14 de noviembre en Reus (Tarragona) al incendiarse el colchón de su cama. El fuego fue provocado porque la señora hacía dos meses que tenía cortado el suministro de electricidad y utilizaba una vela para poder ver en una situación de auténtica miseria. Vid. agencias, «Una anciana de Reus que tenía la luz cortada muere en un incendio causado por una vela», en *El País*. Disponible en: [https://elpais.com/ccaa/2016/11/15/catalunya/1479194257\\_868133.html](https://elpais.com/ccaa/2016/11/15/catalunya/1479194257_868133.html). (Fecha de última consulta: 13 de abril de 2022).

les endeudan de forma abusiva, o son víctimas de productos financieros depredadores como las «Preferentes», que esquilmaron los ahorros de toda una vida de miles de ciudadanos.

La pobreza es un problema de todos los españoles(5), no solo de los que duermen en las calles, la tenemos más cerca de lo que a veces pensamos, y no podemos mirar hacia otro lado mientras la situación no mejora, pues ello genera una vulnerabilidad que es aprovechada por delincuentes desalmados que sin ningún tipo de escrúpulo atacan con odio y discriminando a aquellos a los que la vida se lo ha puesto muy difícil.

Así las cosas y rememorando nuestro «reciente pasado», en la tarde del 15 de diciembre de 2005, dos jóvenes con mayoría de edad entraron en un cajero de una entidad financiera de la ciudad de Barcelona situado en pleno centro. Allí se encontraba Rosario Endrinal, que pretendía pasar la noche en el citado cajero resguardada de las duras inclemencias del pleno invierno, pero aquellos dos jóvenes empezaron a increparla y a lanzarle objetos. Rosario se defendió como pudo y forcejeando consiguió cerrar el pestillo del cajero. Aquellos jóvenes que habían agredido a Rosario se fueron a cenar con unos amigos y tres horas más tarde, volvieron al cajero ebrios y acompañados de un menor, de nombre Juan M., que en aquel entonces tenía tan solo 16 años. Juan M. consiguió convencer a Rosario para que abriese la puerta del cajero (que suponemos que tenía videovigilancia desde una central de seguridad) y habiendo conseguido cinco litros de disolvente de una obra que estaba cercana, se ayudó de Ricard, para lanzar el líquido inflamable sobre Rosario. Este último tiró un cigarrillo a la señora y ello causó una deflagración que produjo quemaduras de segundo y tercer grado en un 70 % del cuerpo. Rosario Endrinal falleció en el Hospital Vall d'Hebrón de Barcelona después de dos días de agonía en la unidad de quemados.

Dos de los asesinos ya tenían antecedentes de agresiones contra personas sin hogar, e incluso uno de ellos había tenido relación con grupos de neonazis de la ciudad condal. Tiempo después se supo que

---

(5) En este contexto, y con la finalidad de poder dibujar un panorama lo más actualizado posible sobre el impacto de la pobreza y la exclusión social en las diferentes comunidades autónomas de España, puede acudirse a «El Estado de la Pobreza. España 2021 XI Informe anual sobre el riesgo de pobreza y exclusión» elaborado por EAPN España. En este décimo informe, se muestran los cambios registrados en el número de personas en riesgo de pobreza y/o exclusión social mediante el estudio de la evolución del indicador AROPE (*At-Risk-Of Poverty and Exclusion*) y de sus componentes, entre los años 2008 y 2020. Vid. EAPN España., «El Estado de la Pobreza. España 2021 XI Informe anual sobre el riesgo de pobreza y exclusión». Disponible en: <https://www.eapn.es/estadodepobreza/>. (Fecha de última consulta: 6 de abril de 2022).



un amigo de estos agresores había llegado a proferir que «los indigentes no son personas»(6).

El 16 de diciembre de 2015, cuando se cumplían diez años del brutal asesinato, varias entidades del barrio protagonizaron un sentido homenaje a Rosario Endrinal «Charo», para recordar y denunciar aquel crimen que tenía su raigambre putrefacta en el odio, en la aporofobia(7), en un cruel sinsentido. Desde aquel entonces, cada año se conmemora el luctuoso hecho que la sociedad española no puede olvidar jamás para evitar que vuelva a repetirse algo parecido.

La Fundación Asís, que se dedica a proteger al colectivo de personas sin hogar del barrio donde ocurrieron los hechos, creó un espacio dedicado a las mujeres que están en una situación de máxima vulnerabilidad que lleva por nombre Rosario Endrinal(8).

Pero ¿qué puede llevar a tres jóvenes a cometer delitos de tanta gravedad?, fundamentalmente entendemos que la total falta de valores prosociales y el odio.

¿Cómo son estos jóvenes condenados por delitos de odio? Sin ánimo de exhaustividad, podemos afirmar que el perfil sociodemográfico tiene rasgos comunes como: son más jóvenes que la población en general y penitenciaria, son en su mayoría nacionales, solteros y convivientes con

---

(6) Los dos mayores de edad asesinos confesos de Rosario, Ricard Pinilla y Oriol Plana, fueron condenados por asesinato a una pena de 17 años, mientras que el menor fue sentenciado a 8 años de internamiento en un centro de menores y 5 más de libertad vigilada. Vid. GARCÍA, J. M., «El autor del crimen del cajero se confiesa 11 años después y pide perdón», en *La Vanguardia*, 30 de noviembre de 2016. Disponible en: <https://www.lavanguardia.com/sucesos/20161130/412265150854/ricard-pinilla-barnes-crimen-cajero-barcelona.html>. (Fecha de última consulta: 8 de abril de 2022).

(7) En cuanto a la aporofobia y el odio Bustos Rubio señala de forma muy diáfana lo siguiente «[...] La aporofobia presenta, además, como dato particular (lo que aproxima este concepto a otros como el de racismo o xenofobia) que no se trata de una historia de odio o animadversión contra un individuo atendida su historia personal, sino de un rechazo a una persona por su pertenencia a un determinado grupo o colectivo al que algunos consideran despreciable. La existencia de una creencia en una cierta relación de asimetría por parte de quien odia o discrimina por algún motivo, es característica compartida en este tipo de «fobias» grupales, pues quien desprecia lo hace siempre motivado por una actitud de superioridad respecto al otro, a quien consideran inferior por uno o varios motivos concretos, considerando el primero su conducta como un «odio legitimado» por tal razón, y atentando contra la dignidad del otro». En este caso el grupo al que pertenecía la víctima es el de las personas sin hogar, y precisamente por ello quienes les atacan se sienten superiores y legitimados para el maltrato. Vid. BUSTOS RUBIO, M. «Aporofobia, motivos discriminatorios y obligaciones positivas del Estado: el artículo 22.4a CP entre la prohibición de infraprotección y la subinclusión desigualitaria», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 23-04, 2021, p. 3. Disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/23/recpc23-04.pdf>. (Fecha de última consulta: 12 de abril de 2022).

(8) Vid. ASSÍS. «Cap dona sense llar». Disponible en: <https://www.donessensellar.org/llar-rosario-endrinal>. (Fecha de última consulta: 8 de abril de 2022).

la familia de origen, tienen un nivel educativo básico, y no tienen trabajo remunerado e ingresos económicos suficientes para autogestionarse.

En cuanto a la perfilación criminal y el historial delictivo sabemos que: presentan un historial familiar con una ideología proclive al odio, suelen pertenecer o tienen relación con grupos normalmente organizados con ideologías relacionadas con el odio como, por ejemplo: neonazis, extrema izquierda, ultras de ciertos equipos de fútbol(9). Además, se sabe que se trata de jóvenes con una carencia muy definida de factores de protección como un trabajo estable y que pertenecen a círculos de amistades que suelen reforzar prejuicios racistas, asimismo suelen ser personas que resuelven sus problemas con la violencia, pero no atacan normalmente a miembros de su propia familia ni a sus parejas, sino que se ensañan contra personas que normalmente desconocen(10).

Lamentablemente tenemos más episodios todavía más recientes de ataques contra personas que sufren marginación social.

El 19 de junio de 2021 dos menores de nacionalidad española en la ciudad de Málaga se mofaron de una persona indigente que estaba intentando dormir en un vehículo en plena calle. En un primer momento los jóvenes abandonaron el lugar corriendo, pero al poco tiempo volvieron y aprovecharon que aquella persona asomó la cabeza por una ventanilla que estaba tapada con plásticos y fue en ese momento que le golpearon fuertemente en el rostro con un tablón de madera.

La Policía, después de corroborar los hechos con informaciones de testigos que vieron lo acaecido localizaron a los dos menores cerca del lugar de los hechos y fueron reconocidos por la víctima, que tuvo que ser trasladada a un hospital donde se le atendió quirúrgicamente requiriendo puntos de sutura en el entrecejo y la nariz. La víctima relató a la Policía que había sido agredido en varias ocasiones(11).

---

(9) Sobre esta cuestión puede verse RÍOS CORBACHO, J. M., «Incitación al odio, Derecho penal y deporte», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2014, núm. 16-15, p. 15:1-15:27. Disponible en <http://criminnet.ugr.es/recpc/16/recpc16-15.pdf>. Fecha de última consulta: 9 de abril de 2022.

(10) Vid sobre el tema con profusión en PÉREZ RAMÍREZ, M., GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, A., MÉNDEZ LORENZO, R. C., SUÁREZ MARTÍNEZ, A. y CHICLANA DE LA FUENTE, FIADYS, S., (Fundación para la Investigación Aplicada en Delincuencia y Seguridad). Secretaría General de Instituciones Penitenciarias. *Informe del estudio sobre delitos de odio: Perfil de las personas condenadas por delitos de odio a prisión y a penas y medidas alternativas a la prisión*, p. 4. Disponible en: [https://www.fiadys.org/wp-content/uploads/2021/01/2021\\_INFORME-DEL-ESTUDIO-SOBRE-DELITOS-DE-ODIO.pdf](https://www.fiadys.org/wp-content/uploads/2021/01/2021_INFORME-DEL-ESTUDIO-SOBRE-DELITOS-DE-ODIO.pdf). (Fecha de última consulta: 8 de abril de 2022).

(11) EFE., (26 de junio de 2021)., «Detenidos dos menores por agredir a un indigente y mofarse de él en Málaga», en *El Mundo*. Disponible en: <https://www.elmundo.es/andalucia/malaga/2021/06/26/60d6f535e4d4d87e208b4577.html>. (Fecha de última consulta: 10 de abril de 2022).

Por otra parte, en octubre de 2021 la Comisaría Provincial de Alicante abrió una investigación interna para poder dilucidar si hubo una agresión por parte de un agente contra una persona indigente. Dicha investigación fue iniciada para investigar si los hechos revestían reproche disciplinario o penal.

Varios vecinos del barrio grabaron con sus móviles y colgaron en las redes el momento en el que un agente dio una bofetada a una persona que vive en la calle.

En el video se pudo ver a dos policías del CNP y como uno de ellos pateaba las pocas pertenencias de la persona agredida. Después de la agresión física siguieron insultos como «imbécil» y una actitud desafiante del policía ante los vecinos que lo estaban viendo, dirigiéndose a ellos diciendo «grabad todo lo que queráis».

Los vecinos denunciaron el trato de los agentes hacia esta persona, que padecía una enfermedad mental, declarando que la misma «no debería estar en la calle ni ser tratada así» y que este comportamiento solo hacía que «empeorar» la situación en el vecindario. Por lo visto, esta persona hacía sus necesidades en plena calle siendo molesta para quienes habitan en aquel lugar.

En relación con estos hechos la entidad «Hogar sí»(12) emitió un comunicado condenando los hechos. Esta entidad señaló que según HATento(13) dos de cada tres sucesos de este tipo basados en el odio

---

(12) Sobre esta organización no gubernamental puede verse: Hogar Sí. Disponible en: <https://hogarsi.org/>. (Fecha de última consulta: 10 de abril de 2022). Esta ONG afirma que en España hay, al menos, 33.000 personas viviendo en la calle y que el 44 % de las mismas lleva más de tres años en esta situación. De la web se extrae también que cada día duermen en la calle en nuestro país unas 8000 personas y que el 74 % de las plazas de albergues son de carácter temporal.

(13) Véase sobre esta ONG HATento., Disponible en: <http://hatento.org/somos/>. (Fecha de última consulta: 10 de abril de 2022). Se trata del observatorio de delitos de odio contra las personas sin hogar. Este observatorio pretende aunar las fuerzas, el conocimiento y los recursos de varias organizaciones de atención a personas sin hogar y de defensa de los derechos humanos para generar un conocimiento fiable sobre este tema y poder actuar contra los delitos de odio. HATento es un proyecto impulsado por RAIS que cuenta con la colaboración de diferentes entidades: RAIS: Entidad coordinadora del Observatorio Hatento que trabaja para conseguir que ninguna persona viva en la calle; APDHE: ONG dedicada a los derechos humanos: a su defensa y promoción, a la prevención y persecución de sus violaciones, en España y en cualquier parte; ASSÍS Centre d'Acollida: Asociación de voluntarios ubicada en Barcelona que tiene como objetivo mejorar la calidad de vida de las personas en situación de sin hogar, ofreciendo un espacio de relación positiva y haciéndolos protagonistas de sus procesos de cambio; Asociación Bokatas: Entidad sin ánimo de lucro, de iniciativa social, aconfesional e independiente cuyo objetivo es acabar con la exclusión social de las personas sin hogar; RAIS Euskadi; UNIJEPOL: La Unión Nacional de Jefes y Directivos de Policía Local (Unijepol) es una asociación

eran presenciados por varias personas y que en un 68,4% permanecían sin hacer nada, contribuyendo ello a una mayor impunidad.

Desde esta misma entidad se indicaba que trabajaban en estrecha colaboración con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, y que de acuerdo con sus investigaciones un 10% de casos eran incidentes o delitos de odio protagonizados por los propios agentes. Recordaban también que un 47% de las personas que sufrían «Sinhogarismo» (14) habían sido víctimas de al menos un incidente o delito de odio y que casi se llegaba a un 25% de agresiones físicas por causas relacionadas con la aporofobia (15).

En este caso vemos que ha sido agredida una persona sin hogar, un «Outsider», alguien que literalmente está excluido de nuestra sociedad, y lo más grave, es que ha sido agredida por un agente de la autoridad. Siguiendo a Becker (16) y su (*Labeling theory*) «Teoría del etiquetamiento» las fuerzas policiales forman parte de un poder elemental en el proceso de selección de las personas que están etiquetadas, puesto que son el primer eslabón de aplicación del control penal, existiendo un mayor interés en la persecución de actividades más fáciles de averiguar produciéndose una desviación de las normas impuestas y reafirmando los valores de la cultura que tiene mayoría. Mientras muchas personas pueden ser responsables de delitos, solamente unas pocas son aprehendidas por violación de la ley, según Hikal (17).

---

de carácter nacional que agrupa a jefes y mandos de las Policías Locales, así como a otros profesionales, directivos y técnicos que trabajan o tienen competencias profesionales relacionadas con la Seguridad Local; Asociación Zubietxe: Tiene como misión facilitar la incorporación social de personas en situación o riesgo de exclusión, ofreciendo oportunidades y acompañando individualmente en cada proceso de acceso a la plena ciudadanía y de mejora de la calidad de vida.

(14) Encontramos una definición de «Sinhogarismo» en Centre d'acollida Assís, referida a las personas que: «no pueden acceder o conservar un alojamiento adecuado, adaptado a su situación personal, permanente y que proporcione un marco estable de convivencia, ya sea por razones económicas u otras barreras sociales, o bien porque presentan dificultades personales para tener una vida autónoma». Vid. Centre d'acollida Assís., *Violencia directa, estructural y cultural contra personas sin hogar*, 2016.

(15) Vid sobre el caso TOMÁS, C. y CERRADA, P. «La Comisaría abre una investigación por la bofetada de un policía a un indigente en Alicante», en *Información*. (25 de octubre de 2021). Disponible en: <https://www.informacion.es/alicante/2021/10/25/agresion-policia-alicante-altozano-58783058.html>. (Fecha de última consulta: 10 de abril de 2022).

(16) BECKER, H., *Outsiders. Hacia una sociología de la desviación*, Siglo XXI, México, 2010.

(17) HIKAL, W., «Howard Becker: ¿el contemporáneo de la escuela de Chicago? La teoría del etiquetamiento en el proceso de la criminalización», en *Sociedad Mexicana de Criminología*, núm. 1, 2017.

Por otra parte, el estudio de la Fundación Mambré(18) intitulado «Violencia directa, estructural y cultural contra las personas en situación de sin hogar en España 2006» recopiló informaciones periodísticas relevantes referidas a la delincuencia por aporofobia(19). Del estudio se extrajo que en el año 2006 fallecieron 85 personas sin hogar en nuestro país y que el 73 % de los sucesos fueron en la vía pública. La misma Fundación puso de relieve que hay una cifra negra de muertes que podría llegar a ser el doble de las que conocemos.

Asimismo, es de especial relevancia el informe del Ministerio del Interior(20) en relación con la evolución de los delitos de odio en España de 2019, si bien hemos de tener en cuenta que solo se registran aquellos casos de los que se ha tenido noticia. En este informe se hacía referencia a un total de 12 casos claros de agresiones a personas sin hogar. A efectos de contabilizar hay que remarcar que las personas que sufren estos ataques suelen ser muy reacias a denunciar.

---

(18) Vid. Fundación Mambré. Disponible en: <https://www.fundacionmambre.org/>. (Fecha de última consulta: 12 de abril de 2022).

(19) El primer proyecto de ley español buscando penalizar los delitos motivados por la aporofobia se remonta a 2018. La proposición de ley aprobada en octubre de 2018 con apenas un voto contrario en el Senado buscaba insertar la expresión «las razones de aporofobia o exclusión social» como nuevas motivaciones discriminatorias en las circunstancias agravantes del artículo 22.4 del Código Penal español.

Finalmente, la introducción de la aporofobia y la exclusión social en el Código Penal, se materializó a través de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de Protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, y en su Preámbulo, punto segundo se indica que «[...] dentro del espíritu de protección que impulsa este texto legislativo, se ha aprovechado la reforma para incluir la aporofobia y la exclusión social dentro de estos tipos penales, que responde a un fenómeno social en el que en la actuación delictiva subyace el rechazo, aversión o desprecio a las personas pobres, siendo un motivo expresamente mencionado en el artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea».

En su artículo 3 J) se preceptúa que específicamente se pretende «[...] j) Garantizar la erradicación y la protección frente a cualquier tipo de discriminación y la superación de los estereotipos de carácter sexista, racista, homofóbico, bifóbico, transfóbico o por razones estéticas, de discapacidad, de enfermedad, de aporofobia o exclusión social o por cualquier otra circunstancia o condición personal, familiar, social o cultural [...]». Se modifica la circunstancia 4.ª del artículo 22, que queda redactada como sigue: «4.ª Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, edad, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, de aporofobia o de exclusión social, la enfermedad que padezca o su discapacidad, con independencia de que tales condiciones o circunstancias concurren efectivamente en la persona sobre la que recaiga la conducta». Lamentablemente el reconocimiento de la aporofobia y la exclusión social no afecta al artículo 510 CP.

(20) Ministerio del Interior., *Informe sobre la Evolución de los Delitos de Odio en España*, 2019, p. 6.

Es de destacar que con la finalidad de luchar contra los delitos de odio se creó la Oficina Nacional de Lucha Contra los Delitos de Odio, dependiente de la Dirección General de Coordinación y Estudios del Ministerio del Interior, mediante Instrucción núm. 1/2018, de la Secretaría de Estado de Seguridad. De este organismo se elaboró la Encuesta sobre los Delitos de Odio (EDO 2021)(21) que se realizó a través de una página web. Aquí ya tenemos el primer escollo para las personas que no tienen hogar o con recursos muy limitados, pues lo más normal es que tampoco tengan Internet para poder responder a esta encuesta.

Para esta encuesta se recabaron datos desde el 18 de diciembre de 2020 y el 31 de marzo de 2021, consiguiéndose un total de 782 respuestas. El informe de referencia de 2021 presta gran atención al fenómeno de la infradenuncia, pues se extrajo que, de 437 respuestas, un 89,24 por ciento respondió que no presentó denuncia por el delito que sufrió. Serrano Maíllo(22) indica expresamente que esta encuesta no cuenta con una muestra representativa, y que trata de inferir parámetros de población desconocidos, hecho frecuente en investigaciones españolas. El investigador citado señala también que existen varios intereses, ya sean políticos, ideológicos o científicos que están alrededor de los delitos de odio y que pensamos que pueden alterar la objetividad de la investigación científica

Achutegui Otaolaurruchi, desde una visión criminológica, apunta que el odio al pobre es motivo de discriminación y una de las características que soporta uno de los colectivos que está en mayor riesgo de exclusión social, ya que «si la situación socioeconómica es un factor que no se tiene en cuenta [la aporofobia] es el que se queda el último» (23)[...] «hay motivaciones discriminatorias que son especialmente victimizantes como la aporofobia, cuyo colectivo requiere de una especial protección. Si la cifra negra de los delitos de odio está valo-

(21) Véase Ministerio del Interior., LÓPEZ GUTIÉRREZ, J., FERNÁNDEZ VILLAZA, T., MÁÑEZ CORTINAS, C. J., SAN ABELARDO ANTA, M.<sup>a</sup> Y., GÓMEZ ESTEBAN, J., SÁNCHEZ JIMÉNEZ, F., HERRERA SÁNCHEZ, D., MARTÍNEZ MORENO, F., RUBIO GARCÍA, M., GIL PÉREZ, V., SANTIAGO OROZCO, A. M.<sup>a</sup>, GÓMEZ MARTÍN, M. Á., *Informe sobre la encuesta de delitos de odio 2021*. Disponible en: [http://www.interior.gob.es/documents/642012/13622471/Informe+de+la+encuesta+sobre+delitos+de+odio\\_2021.pdf/0e6ffac6-195e-4b7b-924e-bf0b9c4589b5](http://www.interior.gob.es/documents/642012/13622471/Informe+de+la+encuesta+sobre+delitos+de+odio_2021.pdf/0e6ffac6-195e-4b7b-924e-bf0b9c4589b5). (Fecha de última consulta: 12 de abril de 2022.

(22) SERRANO MAÍLLO, A., «Consideraciones metodológicas sobre la encuesta de sobre delitos de odio de 2021 de la Oficina Nacional de Lucha contra los Delitos de Odio», en Teijón Alcalá, M. (Dir.), *El odio como motivación Criminal*, Wolters Kluwer La Ley, Madrid, 2022, pp. 265 ss.

(23) Achutegui Otaolaurruchi, P., «Victimización de los delitos de odio. Aproximación a sus consecuencias y a las respuestas institucional y social», en *Revista de Criminología*, núm. 5, 2017, p. 46.

rada en torno al 80%, este colectivo supera ampliamente dicha cifra. Además, por sus características personales son víctimas especialmente vulnerables ya que tienen un mayor riesgo de exclusión social»(24).

## II. DELIMITACIÓN Y CONCEPTO ENTRE «DISCURSO DEL ODIO» Y «DELITOS DE ODIO»

El artículo 510.1 CP castiga con la pena base de prisión de uno a cuatro años y multa de 6 a 12 meses tres clases de conductas dirigidas contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad. Esos comportamientos punibles son:

a) Públicamente fomentar, promover o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia.

b) La producción, elaboración, posesión con finalidad de distribución, facilitación a terceras personas del acceso, distribución, difusión o venta de escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para fomentar, promover, o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra aquellos grupos o personas y por los motivos indicados.

c) «Públicamente nieguen, trivialicen gravemente o enaltezcan los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, o enaltezcan a sus autores, cuando se hubieran cometido contra un grupo» o persona perteneciente al mismo y por los motivos mencionados, pero siempre y cuando de este modo «se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos».

El apartado 2 castiga con penas de prisión de seis meses a dos años y multa de 6 a 12 meses para: a) La lesión de la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos objeto de protección y referidos en el apartado anterior; y los actos de producción o distribución de material idóneo por su contenido para lesionar la dignidad de las personas. b) El enaltecimiento o justificación por cualquier medio de expresión o

---

(24) *Ibidem.*, p. 57.

de difusión de los delitos cometidos contra los grupos o personas y por los motivos discriminatorios definidos; se imponen las penas del apartado 1 cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mencionados grupos(25).

El concepto de «discurso del odio» o *hate speech*(26) fue acuñado por primera vez mediante la Recomendación (97) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre el discurso de odio que fue aprobada el 30 de octubre de 1997(27). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos(28) en 1999 indicó que un discurso del odio consiste en todas aquellas formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia incluyendo también la intolerancia religiosa(29).

---

(25) Concordancias: artículo 1.1 de la Constitución española que protege la igualdad como valor superior; también así el artículo 14 CE, los derechos de los extranjeros del artículo 13 de nuestra carta magna, y en especial hay que hacer referencia al artículo 20 que protege la libertad de expresión e información y los artículos 53 y 54 sobre garantías de los derechos fundamentales. En cuanto al Código penal tenemos concordancias con el artículo 18 que castiga la provocación a delinquir, el agravante de discriminación y aporofobia del artículo 22.4 CP, también el artículo 174 que castiga la tortura y los artículos 208 a 210 sobre las injurias.

Concuerdan también con los delitos contra los trabajadores del artículo 304 del Código penal y con el 512 del mismo cuerpo legislativo que consiste en denegar una prestación profesional de modo discriminatorio. Ello en concordancia con el artículo 515.5 del Código penal que castiga a las asociaciones que promuevan la discriminación. Asimismo, hay concordancia con el artículo 607 del Código penal que castiga el genocidio y el 611.6 CP en relación con la segregación racial en un conflicto armado. También hay que mencionar la ley orgánica 4/2000 de 11 de enero sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social reformada por la ley orgánica 2/2009 de 11 de diciembre.

(26) Vid. WHILLOCK, R. K., «The use of hate as a stratagem for achieving political and social goals», en Whillock, R. K. y Slayden, D. (Eds.), *Hate Speech*, Sage, 1995, p. 32, en donde el autor concreta que este discurso es intencional al servirse de vocablos, audiovisuales, simbología, teorías conspiratorias que tienen como finalidad el difamar.

(27) Encontramos manifestaciones de este tipo de discurso en la negación del Holocausto nazi, como bien afirma Waldron, en WALDRON, J., *The Hate in Harm Speech*, Oxford University, 2012.

(28) Sobre la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el discurso del odio véase Esquivel Alonso, Y., «El discurso del odio en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en *Revista Mexicana de Derecho constitucional*, núm. 35, 2016. Disponible en: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1405919318300015#fn0090>. (Fecha de última consulta: 11 de abril de 2022).

(29) STEDH, de 4 de diciembre de 2003, caso Günduz contra Turquía. Esta sentencia nos puede servir de ejemplo en cuestiones de protección de expresiones extremistas. La decisión judicial condenó a cuatro años y dos meses de prisión a un



La Decisión marco 2008/913/JAI del Consejo de Europa, de 28 de noviembre de 2008, señala que el concepto del «odio» se refiere al odio basado en la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico(30).

En relación con el concepto del discurso del odio Landa Gorostiza, indica que es «claro en su núcleo y difuso en su alcance»(31) y Bertoni(32) señala que los discursos de odio pueden definirse tanto por su intención como por su objetivo. Con respecto a la intención, el discurso de odio es aquel diseñado para intimidar, oprimir o incitar al odio o a la violencia.

En este ámbito cabría la posibilidad de que pueda existir en la incitación de forma indirecta una ruptura según la doctrina con una garantía constitucional en relación con el llamado test de Brandenburg V. Ohio de 1969(33). Aquí el Tribunal Supremo norteamericano llegó a

---

líder de una secta islámica que había realizado una serie de declaraciones en televisión contra el régimen democrático. Entre las declaraciones llegó a decir que la democracia y el laicismo van totalmente en contra del Islam desde su etiología y que la administración del Estado no puede ser ajena a las creencias de las personas. El reo llegó a decir que la democracia es despótica, despiadada e hipócrita y proponía su destrucción para establecer un régimen basado en la ley *Sharia*. Respecto al asunto, el TEDH señaló que si bien las expresiones del líder del Islam se pueden considerar como polémicas al ser un llamamiento a esta religión, las declaraciones se realizaron dentro de un debate público, que fue televisado y además existía el derecho de réplica. Así pues, se consideró que estas manifestaciones estaban amparadas al albur del artículo 10 del convenio en relación con la libertad de expresión.

En el mismo sentido, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas aprobó el 20 de diciembre de 2012 una resolución que reprobó la glorificación del nazismo, y de quienes fueron en su día miembros de la organización Walffen-SS. 127 países miembros de la ONU votaron a favor, 54 se abstuvieron, y solo Estados Unidos votó en contra. Según fuentes diplomáticas estadounidenses, la resolución puso en duda el principio de libertad de expresión.

(30) Vid. Consejo de Europa., *Decisión marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la Lucha contra Determinadas Formas y Manifestaciones de Racismo y Xenofobia mediante el Derecho Penal*, párrafo 9. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:328:0055:0058:es:PDF> (Fecha de última consulta: 11 de abril de 2022).

(31) LANDA GOROSTIZA, M., *Los delitos de odio* (1.ª ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 38.

(32) BERTONI, E. A., *Libertad de expresión en el Estado de derecho. Doctrina y jurisprudencia nacional, extranjera e internacional*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007, p. 179.

(33) En 1964, en un momento en el que el Ku Kux Klan golpeaba duramente la democracia de los EE. UU., Clarence Brandenburg, representante por Ohio de esa organización racista, pronunció públicamente un discurso en el que reclamaba «vengarse» de los negros y judíos. La idea que proponía era la de expulsarlos a África e Israel, respectivamente. En una primera instancia, los tribunales del estado de Ohio condenaron a Brandenburg con una pena de hasta 10 años de prisión, por-

afirmar que el Estado solo puede prohibir el apoyo moral a la comisión de delitos cuando el mismo: primero, se dirija a incitar directamente a la comisión de conductas ilícitas y segundo, sea idóneo para incitar a tales acciones. Esto tuvo una repercusión directa en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que interpretó el artículo 10.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos(34) en el sentido de indicar que para que sea legítima una injerencia de este tipo en la libertad de expresión(35), debemos encontrarnos ante una conducta que incite a la comisión de delitos de manera tal que aumente de forma real el riesgo de la comisión.

Y en relación con lo dicho, vemos que llegados a este punto puede haber una tensión con el derecho a la libertad de expresión, y como muy bien indica Gómez Sánchez(36) existe una importancia fundamental de la misma en relación con la configuración y desarrollo de una sociedad democrática. En las sociedades democráticas esta libertad ocupa un lugar muy relevante en el elenco de los derechos fundamentales, relevancia que, por otro lado, ha sido destacada tanto por las jurisdicciones constitucionales como por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pues es imprescindible en orden a permitir una opinión pública libre como elemento capital de un sistema democrá-

---

que consideraban que el discurso del partidario del Klu Kux Klan incitaba a la violencia. No obstante, el Tribunal Supremo del país anuló la decisión, apelando que el Estado no puede sancionar los llamamientos abstractos a la violencia o la desobediencia.

(34) Vid. en relación a la libertad de expresión el artículo 2.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH) que reza: «El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial».

(35) El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, desde la sentencia *Handyside* contra Reino Unido, de 7 de diciembre de 1976, reitera que «la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y una de las condiciones primordiales de su progreso y del desarrollo de cada uno (SSTEDH *Castells* contra España, de 23 de abril de 1992 [parágrafo 42], y *Fuentes Bobo* contra España, de 29 de febrero de 2000 [parágrafo 43])». En parecidos términos se ha expresado posteriormente, con cita de las anteriores, la STC 112/2016, de 20 de junio, pudiendo verse los antecedentes de nuestra jurisprudencia constitucional ya en la STC núm. 291/1991, de 13 de diciembre («caso *León Degrelle/Violeta Friedman*») y 176/1995, de 11 de diciembre («Caso *Makoki*»).

(36) Vid. GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *Derechos fundamentales*, Aranzadi, Navarra, 2020, p. 300.

tico, si bien entendemos con una serie de límites legales(37) a veces en complejo equilibrio.

Estamos en lo que Habermas(38) denomina como «espacio público-político», que es un marco donde existe una continua interacción entre la sociedad civil y el sistema político. Debido a lo que demanda la sociedad, el Estado ha de actuar para conseguir que haya un marco pacífico y que exista un libre intercambio de ideas.

Llegados aquí, es necesario traer a colación la conocida como «Paradoja de la tolerancia» de Karl Popper(39), la cual nos aporta una explicación a la tensión expuesta: «Si extendemos la tolerancia ilimitada aún a aquellos que son intolerantes; si no nos hallamos preparados para defender una sociedad tolerante contra las tropelías de los intolerantes, el resultado será la destrucción de los tolerantes y, junto con ellos, de la tolerancia».

La Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI) del Consejo de Europa Recomendación general núm. 15(40) relativa a la lucha contra el discurso de odio y memorándum explicativo adoptada el 8 de diciembre de 2015, reconoce que existen varias formas de perfilar el sentido y significado del discurso del odio en distintos países de Europa, y en relación con esta diversidad de criterios, la Recomendación aporta una serie de pautas para conseguir una homogeneización, que conforman las siguientes conductas:

I) Fomentar, promocionar, instigar en cualquiera de sus tipologías el odio, la humillación o menosprecio de una persona o grupo de

(37) Aquí es de relevancia el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente. En consonancia a los límites que comentamos es necesario acudir al artículo 9:

«Artículo 9. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos.

2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás».

(38) HABERMAS, J., *Facticidad y validez*, Trotta, Madrid, 1998, p. 439.

(39) POPPER, K., *La sociedad abierta y sus enemigos*, Paidós, Barcelona, 2010, p. 585.

(40) Vid. Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), *Recomendación general núm. 15 relativa a la lucha contra el discurso de odio y memorándum explicativo adoptada el 8 de diciembre de 2015*. Disponible en: <https://rm.coe.int/ecri-general-policy-recommendation-n-15-on-combating-hate-speech-adopt/16808b7904>. (Fecha de última consulta: 4 de abril de 2022).

personas. También se recoge el acoso, descrédito, la difusión de modelos negativos y la estigmatización o amenaza en relación con las personas o grupos de personas. Se recoge también la justificación de estas manifestaciones por razón de raza, color, ascendencia, origen nacional o étnico, edad, discapacidad, lengua, religión o creencias, sexo, género, identidad de género, orientación sexual y otras características o condiciones personales.

II) Reconoce que el discurso de odio puede adoptar la forma de negación, trivialización, justificación o condonación públicas de los delitos de genocidio, los delitos de lesa humanidad o delitos en caso de conflicto armado cuya comisión haya sido comprobada tras recaer sentencia en los tribunales o el enaltecimiento de las personas condenadas por haberlos cometido.

III) Reconoce también que hay formas de expresión que ofenden, perturban o trastornan pero que, por sí mismas, no constituyen discurso de odio y que la lucha contra el discurso de odio debe servir para proteger a las personas y grupos de personas más que a credos, ideologías y religiones en concreto.

IV) Reconoce que el discurso de odio puede reflejar o promover la suposición injustificada de que quienes lo profieren son, de algún modo, superiores a la persona o al grupo de personas a las que se dirigen. Siendo este el caso de las personas que agreden a otras por el mero hecho de que las segundas no tienen hogar y viven en situación de pobreza.

V) Reconoce que el discurso de odio puede tener por objeto incitar a otras personas a cometer actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación contras aquellos a quienes van dirigidas, o cabe esperar razonablemente que produzca tal efecto, y que ello constituye una forma de expresión especialmente grave (41).

---

(41) Vid. STC 174/2006, de 5 de junio (BOE núm. 161, de 07 de julio de 2006) ECLI: ES: TC:2006:174 que en su Fundamento jurídico 4.º indica que «[...] De acuerdo con la misma, y en palabras de la STC 20/2002, de 28 de enero, FJ 4, «el derecho a la libertad de expresión tiene por objeto la libre expresión de pensamientos, ideas y opiniones, concepto amplio dentro del cual deben incluirse las creencias y juicios de valor. Según hemos dicho con reiteración, este derecho comprende la crítica de la conducta de otro, aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige (SSTC 6/2000, de 17 de enero, FJ 5; 49/2001, de 26 de febrero, FJ 4; y 204/2001, de 15 de octubre, FJ 4), pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin lo cual no existe «sociedad democrática» [...]» y más concretamente, la STC 235/2007, de 7 de noviembre (BOE núm. 295, de 10 de diciembre de 2007) ECLI: ES: TC:2007:235, que en su Fundamento jurídico 4.º señala «[...] Por ello mismo hemos afirmado rotundamente que «es evidente que al resguardo de la libertad de opinión cabe cualquiera, por equivocada o peligrosa que pueda parecer al lector, incluso las que ataquen al propio sistema democrático. La

Pero ¿qué es fomentar, promover o incitar directa o indirectamente al odio? Con Magro Servet(42), entendemos que si hay conductas que puedan suponer un escarnio o burla hacia un grupo de personas por cuestión de sentimiento religioso, sexo, género o discapacidad estas han de estar incluidas en el artículo 510 del Código penal. Y aquí pensamos que se ha de incluir aquella macabra burla que se produce en afrenta a las personas sin hogar con demasiada frecuencia.

La Recomendación núm. 15 de la ECRI en aras de una correcta interpretación sigue matizando que hay que valorar una serie de circunstancias en las que se materializa el discurso del odio, y que son:

I) el grave peligro que tiene el discurso de odio para la cohesión de una sociedad democrática que pretende proteger los derechos humanos y el estado de derecho.

II) la gravedad especial del discurso del odio que va dirigido a las mujeres por razón de sexo, género y/o identidad de género cuando a estas circunstancias se le suman más características, como entendemos que puede ser la pobreza.

III) el reconocimiento del discurso del odio perpetrado a través de los medios de comunicación electrónicos que aumentan su efecto nocivo, y que además el problema se agrava porque hay una falta importante de recogida de datos e información de forma sistematizada.

IV) la ignorancia y el dominio insuficiente de los medios de comunicación que pueden llegar a provocar alienación, discriminación, adoctrinamiento y marginalización. Puede fomentar el discurso del odio sin que los que lo utilizan se den cuenta de las graves consecuencias que ello comporta.

---

Constitución –se ha dicho– protege también a quienes la niegan» (STC 176/1995, de 11 de diciembre, FJ 2). Es decir, la libertad de expresión es válida no solamente para las informaciones o las ideas acogidas con favor o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que contrarían, chocan o inquietan al Estado o a una parte cualquiera de la población (STEDH De Haes y Gijssels c. Bélgica, de 24 de febrero de 1997, § 49)». Esta tendencia jurisprudencial también ha sido analizada por ROIG TORRES, M., «El enaltecimiento de la tiranía nacionalsocialista en el derecho alemán. ¿Un referente para penalizar el ensalzamiento del franquismo?», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2021, núm. 23-07, p. 20. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/23/recpc23-07.pdf>. Fecha de última consulta: 12 de abril de 2022, en donde se recoge «[...] Por lo tanto, el Tribunal Constitucional deja claro que la exposición y divulgación de opiniones proclives a una dictadura pertenece a la libertad de expresión. Por el contrario, no están cubiertas por ese derecho las declaraciones que lesionan el honor de las víctimas, las que incitan a la violencia, o crean un ambiente de tensión en el que es razonable esperar que se produzcan actos delictivos».

(42) MAGRO SERVET, V., «Casuística y alcance interpretativo del delito de odio del artículo 510 del Código Penal», en *Diario La Ley*, núm. 8960, Sección Dossier, 12 de abril de 2017, Wolters Kluwer, p. 12.

V) la importancia de la educación en base a la prevención para terminar con falsedades y creencias equivocadas que son la base del discurso de odio sobre todo entre los jóvenes.

VI) condenar todo tipo de discurso de odio que tienda a marginar a otras personas por su condición, por ejemplo, de pobreza.

VII) reconocer la gran importancia de los líderes espirituales y políticos de enorme influencia.

VIII) reconocer la importancia de la autorregulación y los códigos de conducta voluntarios que podrán servir para la prevención y para condenar el discurso de odio.

IX) reconocer que los destinatarios habrán de poder contrarrestar los argumentos que reciben apoyados por los tribunales competentes.

X) tener claro que nadie puede estar exento de una posible condena penal para conductas graves relacionadas con los delitos de odio.

XI) valorar el contexto en el que se producen los actos.

XII) valorar el léxico que se utiliza, que puede ser engañoso y provocar violencia.

XIII) tener en cuenta el medio que se haya utilizado, pues puede provocar una respuesta inmediata o no de la audiencia.

XIV) valorar la naturaleza de la audiencia, pues no es lo mismo si tiene una propensión a la violencia, hostilidad o discriminación. Entendemos que aquí es muy necesario aquilatar si hay una alta probabilidad de cometer daño con el discurso del odio(43).

Sumner identifica el discurso del odio como «cualquier forma de expresión cuyo propósito principal sea el de insultar o denigrar a los miembros de un grupo social identificado por características tales como su raza, etnia, religión u orientación sexual, o para despertar enemistad u hostilidad contra él»(44).

La Fiscalía General del Estado en su Memoria de 2021 realiza una muy interesante reflexión sobre el concepto en los siguientes términos: «[...]En muchas ocasiones, para referirse a esta materia se utili-

(43) Siguiendo a CUEVA FERNÁNDEZ, R., «A propósito de la Sentencia...», *op. cit.*, p. 105, en su comentario a la STS 259/2011, de 12 de abril, respecto a la incitación indirecta a través del discurso del odio, puesto que, en cuanto a la violencia, parece que solo el contexto de la promoción podría aportar el indicador que señalara las probabilidades de su acacimiento.

(44) Vid SUMNER, L. W., «Incitement and the Regulation of Hate Speech in Canada: A Philosophical Analysis», en Hare, I. & Weinstein, J., *Extreme Speech and Democracy*, Oxford University Press, New York, 2009, pp. 207 y 208. A mayor abundamiento puede verse Cueva Fernández, R., «A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo 259/2011: Discurso del odio, incitación y derecho al honor colectivo. ¿Una nueva vuelta de tuerca contra la prohibición del *hate speech*?», en *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 2, 2012, p. 100.

zan de forma poco rigurosa términos con significación próxima pero que conceptualmente son dispares. Así, se habla de delito de odio, incidente de odio, discurso del odio, delito de discurso de odio o de delito motivado por odio. Cada una de estas expresiones tiene un significado propio y diferenciado [...]»(45).

Podemos decir que estamos ante una serie de delitos(46) que castigan las conductas que pueden vulnerar algunos de los derechos más relevantes que la Constitución garantiza a toda persona, fundamentalmente el derecho a la igualdad del artículo 14 CE y a la dignidad de la persona *ex* artículo 10 CE.

La OSCE (Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa)(47) en su Decisión núm. 4/03, conceptualiza los delitos de odio como: «toda infracción penal, incluidas las cometidas contra las personas o la propiedad, donde el bien jurídico protegido, se elige por su, real o percibida, conexión, simpatía, filiación, apoyo o pertenencia a un grupo. Este grupo se basa en una característica común de sus miembros, como su «raza», real o percibida, el origen nacional o étnico, el lenguaje, el color, la religión, la edad, la discapacidad, la orientación sexual, u otro factor similar».

Según Boeckmann & Turpin-Petrosino(48) la definición de «delito de odio» (*Hate Crime*) que se utiliza en distintos países está fundamentada en dos elementos: por una parte, ha de haber un prejuicio del autor hacia la víctima basado en que esta pertenece a un colectivo vulnerable

(45) Fiscalía General del Estado., *Memoria 2021*, p. 1081. Disponible en: [https://www.fiscal.es/memorias/memoria2021/FISCALIA\\_SITE/recursos/pdf/capitulo\\_III/cap\\_III\\_12\\_1.pdf](https://www.fiscal.es/memorias/memoria2021/FISCALIA_SITE/recursos/pdf/capitulo_III/cap_III_12_1.pdf) (Fecha de última consulta: 23 de marzo de 2022).

(46) La Fiscalía General del Estado considera delitos de odio los siguientes: las amenazas a determinados colectivos previstas en el artículo 170.1 del Código penal; el delito de torturas por razón de discriminación del artículo 174.1 CP; el delito de discriminación en el ámbito laboral del artículo 314 CP; el delito de provocación al odio y a la discriminación del artículo 510 CP; el delito de denegación discriminatoria de servicios públicos del artículo 511 CP, y así como la figura en el ámbito de actividades profesionales o empresariales del artículo 512 CP; el delito de asociación ilícita para promover o incitar a la discriminación del artículo 515.4.º CP; los delitos contra los sentimientos religiosos previstos en los artículos 522 a 524 CP; el delito de escarnio o vejación previsto en el artículo 525 CP; el delito de enaltecimiento o justificación del terrorismo del artículo 578 CP y cualquier otro delito en el que se aprecie la circunstancia agravante del artículo 22 4.ª del Código penal. Vid. *ibídem*, p. 1081.

(47) La Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) es el mayor organismo regional de seguridad. Fue creado con el objetivo de prevenir, gestionar y remediar los conflictos en Europa y su entorno. La OSCE tiene su origen en la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa (CSCE), celebrada en Helsinki en 1975.

(48) Cfr. BOECKMANN, R. J. & TURPIN-PETROSINO, C., «Understanding the Harm of Hate Crime», en *Journal of Social Issues*, 2002.

y, por otra parte, que ello constituya una infracción punible penalmente. Es por ello por lo que hay una intención clara por parte del autor de dañar a la víctima porque esta pertenece de forma real o presunta a un colectivo vulnerable que es objeto de una especial protección. Entendemos que es el caso de las personas sin hogar que han llegado a esta situación por motivos de una situación familiar desfavorable.

En EE. UU. el FBI se sirve del concepto de *Bias crime*(49), que son crímenes motivados por prejuicio, y lo hace con la finalidad de conseguir homogeneizar todos aquellos informes que estén en relación con los crímenes de odio sin tener en cuenta su etiología.

El concepto de delito de odio hemos de señalar que no es unívoco según la doctrina penal, y si bien adolece de unos perfiles bien definidos constituye una seria preocupación para todos los países que gozan de un estado social y democrático de derecho, pues ello socava los cimientos de este conculcando derechos fundamentales de las víctimas, como la igualdad y la dignidad, generando *ad exemplum* marginación social que puede tener su origen en una situación familiar desestructurada o en situación de ruptura.

En este sentido y como bien apunta Fuentes Osorio(50), el «delito de odio» no es una categoría que sea homogénea, y su nacimiento y evolución ha estado marcada por tres factores, que son: la presencia de una aversión discriminatoria, las necesidades preventivas de los colectivos vulnerables y la defensa de los valores de la comunidad puestos en cuestión. Estos tres factores han modificado de forma progresiva el concepto de odio a efectos penales y ello ha repercutido dando lugar a otros subgrupos de delitos de odio.

Perry(51) también pone de manifiesto la dificultad que existe en calificar unos hechos como delitos de odio, pues existe muy poco consenso en su definición.

Así pues, estamos ante un concepto que por lo grave de su contenido entendemos que hay que acotar para encontrar su prístino significado. Así las cosas, discurso de odio y delitos de odio no son siempre conceptos sinónimos y así Dolz Lago(52) lleva a cabo una interesante

---

(49) Vid. DÍAZ LÓPEZ, J. A., *El odio discriminatorio como circunstancia agravante de la responsabilidad penal*, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2012.

(50) FUENTES OSORIO, J. L., «El odio como delito», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2017, núm. 19-27, pp. 1-52. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/19/recpc19-27.pdf>. (Fecha de última consulta: 17 de marzo de 2022).

(51) Perry, B., *In the name of hate: understanding hate crimes*, Routledge, 2001.

(52) DOLZ LAGO, M. J., «Órdo a los delitos de odio: algunas cuestiones claves sobre de la reforma del artículo 510 CP por LO 1/2015», en *Diario La Ley*, núm. 8712, 2016.



distinción crítica en lo que denomina discurso del odio contra los delitos de odio, y plantea a su vez lo innoble del sentimiento que inspira estos delitos, para llegar a preguntarse si en las sociedades democráticas son admisibles penalmente conductas que literalmente «dinamitan» su orden social so pretexto del ejercicio de las libertades en las que se basan esas democracias. En definitiva –en singular pensamiento–, si pueden tener libertad los enemigos de la libertad. García Álvarez(53) también distingue entre «discurso de odio» y «delito de odio» indicando que el origen de la confusión radica en la pretensión de criminalizar cualesquiera conductas que estén enmarcadas en la expresión de «discurso de odio», hecho que guarda una estrecha relación con los límites al ejercicio del derecho a la libertad de expresión que encuentra amparo en la Constitución española. Estamos con Rey Martínez(54) cuando afirma que es un error que se interprete el concepto de discurso de odio a partir del concepto de delitos de odio.

Al hilo de lo dicho nuestra jurisprudencia también ha evolucionado y el Tribunal Constitucional en sentencia 235/2007 de 7 de noviembre(55) aseveraba lo siguiente en su fundamento jurídico sexto: «[...] nuestro ordenamiento constitucional no permite la tipificación como delito la mera transmisión de ideas, ni siquiera en los casos en que se trate de ideas execrables por resultar contrarias a la dignidad humana que constituye el fundamento de todos los derechos que recoge la Constitución y, por ende, de nuestro sistema político[...]». En los fundamentos jurídicos octavo y noveno de la misma sentencia se concluye que para que la expresión de ideas u opiniones pueda llegar a ser constitutiva de delito ha de constatarse que estas constituyen una incitación, aunque sea indirecta al delito de genocidio, o una incitación(56) directa a la violencia contra determinados grupos, o bien una provocación al odio contra los mismos, siempre y cuando se lleve a cabo de forma tal que esa provocación represente un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que podrá concretarse en actos específicos de discriminación. El Tribunal

---

(53) GARCÍA ÁLVAREZ, P., «El efecto perverso de la recepción del fenómeno de los delitos de odio en el sistema penal español», en Teijón Alcalá, M. (Dir.), *El odio como motivación Criminal*, Wolters Kluwer La Ley, Madrid, p. 59.

(54) REY MARTÍNEZ, F., «Discurso del odio y racismo líquido», en Revenga Sánchez, M. (Dir.), *Libertad de expresión y discursos del odio*, Universidad de Alcalá de Henares, Servicio de Publicaciones, Alcalá de Henares, 2015.

(55) Sentencia 235/2007, de 7 de noviembre (BOE núm. 295, de 10 de diciembre de 2007) ECLI: ES: TC:2007:235.

(56) Nuestro Tribunal Constitucional en STC 335/2007, de 7 de noviembre y nuestro Tribunal Supremo (STS 259/2011, de 12 de abril han vinculado el discurso del odio a la incitación a la comisión de hechos que de forma concreta son violentos.

Supremo en sentencia 259/2011 de 12 de abril también argumenta en el mismo sentido(57).

Según el Plan de Acción de Rabat(58) a la hora de interpretar el concepto de discurso del odio, recomienda que se lleve a cabo una clara diferenciación dentro del mismo entre la expresión que constituye un delito, la que no se puede castigar penalmente pero que sí se podría por la vía civil o administrativa, y aquella expresión que no es tributaria de sanciones penales, civiles ni administrativas, pero que provoca una problemática con la tolerancia y el respeto de los derechos de los demás. Así las cosas, entendemos que en relación con el discurso del odio hay una prohibición legal, pero que puede ser no penal, y una vía abierta que encuentra apoyo en la libertad de expresión.

Cuando se hace referencia al discurso del odio en muchas ocasiones se olvida que el mismo precisa de un contexto sociopolítico muy concreto y proclive(59).

---

(57) Nuestro Alto Tribunal argumentó que «[...] aunque sean siempre frontalmente rechazables, los contenidos negativos de (...) ideas o doctrinas basadas en la discriminación o la marginación de determinados grupos y sus integrantes como tales, no conducen necesariamente a que la respuesta se configure penalmente en todo caso, debiendo quedar reservada la sanción penal (...) para los ataques más graves, considerando tanto el resultado de lesión como el peligro creado para los bienes jurídicos que se trata de proteger[...]». Fundamento jurídico de derecho primero. Vid. CUEVA FERNÁNDEZ, R., «A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo 259/2011: Discurso del odio, incitación y derecho al honor colectivo. ¿Una nueva vuelta de tuerca contra la prohibición del hate speech?», en *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 2, 2012, p. 3.

(58) Informe del alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre los talleres de expertos sobre la prohibición de la incitación al odio nacional, racial o religioso, A/HRC/22/17/Add.4, 11 de enero 2013.

(59) Por ejemplo, en la homogeneidad social y económica que fomenta la globalización. Vid al respecto las reflexiones de GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, E., ROMÁN MAESTRE, B. y GARCÍA SOLÉ, M., «Sociedad abierta y delitos de odio en la era de la globalización», en *Eguzkilo*, núm. 17, 2003, pp. 121 ss. La globalización es producto del avance de la tecnología de las comunicaciones, y de allí que los teóricos de este concepto la definen como un proceso de interconexión total en el espacio global. Sin embargo, algunos estudiosos sobre la materia se refieren que a partir de ella existe una pérdida de soberanía, e incluso se extingue la noción del Estado-nación. Existe una pérdida de atribuciones legislativas porque las normas aplicadas en el proceso de intercomunicación siguen las directrices de valores globales y no imposiciones nacionales, concretándose una aficción para el dictado de reglas de conducta que no provienen del derecho positivo, sino de los usos y costumbres internacionales que denomina «Derecho anacional». En este proceso histórico de la Globalización vemos que el mundo se polariza y la sociedad también, pues los ricos cada vez lo son más y los pobres cada vez son más pobres. Es preocupante la impersonalización existente hoy día en el trato social que se debe dispensar a los más necesitados, quizás fruto también de una sociedad de la información y digitalización que a no todo el mundo llega por igual, privando de oportunidades a quienes más lo necesitan. Vid. LANDAETA CIPRIANI, C. J., *Derecho penal internacional y jurisdicción penal*

Ya en 2010 Alcácer Guirao(60) aseveraba con meridiana claridad que: «[...] «discurso de odio» es un término cargado emocionalmente y utilizado, en muchas ocasiones, con una finalidad persuasiva, configurándose su ámbito de significado en función de las valoraciones e intenciones del hablante de censurar una determinada clase de discurso y de excluirlo, de ese modo, de lo que se considera social o jurídicamente lícito [...]».

No podemos soslayar que también en el concepto de delitos de odio hay una importante carga emocional y un amplio margen de interpretación(61), que hay que delimitar para poder acercarnos a un estricto análisis jurídico del mismo, si bien es habitual que un discurso de odio termine provocando delitos de odio en una clara relación de causa y efecto(62).

Un claro ejemplo de la distinción de conceptos lo tenemos cuando la Oficina para las Instituciones Democráticas y los Derechos Humanos (ODIHR) de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OCSE) señala que los apelativos «delitos de odio» y «motivación de odio» pueden comportar un error de concepto si los tomamos en su literalidad.

El discurso de odio es un concepto autónomo, pues no está vinculado por la clasificación que realizan los jueces de los tribunales de cada país(63), y el punto 23 del Memorándum explicativo de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), Recomendación general núm. 15 relativa a la lucha contra el discurso de odio y memorándum explicativo adoptada el 8 de diciembre de 2015, llega a indicar que no se conoce exactamente cuál es el alcance del discurso de odio, si bien parece como refleja la Recomendación que se está derivando hacia algo que es más habitual de lo que pensamos.

---

*universal: Relación frente a la soberanía de los estados, legalidad de la ley penal, prohibición de doble juzgamiento y cosa juzgada*, Colex, A Coruña, 2019, p. 43.

(60) ALCÁCER GUIRAO, R., «Discurso del odio y discurso político: En defensa de la libertad de los intolerantes», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 14-02, 2012, pp. 5 ss. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/14/recpc14-02.pdf>, (Fecha de última consulta: 16 de marzo de 2022).

(61) En este sentido, ALONSO ÁLAMO, M., «Sentimientos y Derecho Penal», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 106, 2012, pp. 49-50.

(62) En relación con ello puede verse VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., *Inmigración, Diversidad, y Conflicto cultural. Los delitos culturalmente motivados cometidos por inmigrantes (especial referencia a la mutilación genital femenina)*, Dykinson, Madrid, 2010.

(63) Vid. QUESADA ALCALÁ, C., «La labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno al discurso de odio en los partidos políticos: coincidencias y contradicciones con la jurisprudencia española», en *Revista electrónica de estudios internacionales*, núm. 30, 2015, p. 8.

Con las tecnologías de la información este tipo de discurso tiene todavía mucha mayor potencialidad de expansión y peligro en forma de «Cyberhate Speech» o «Ciberodio»(64). Sobre la fuerza que tiene Internet para expandir el odio, Rodríguez Fernández(65) expresa de forma muy acertada que «[...] Parece evidente que la comunicación violenta adquiere una especial significación al llevarse a cabo en el ciberespacio. Por una parte, Internet(66) aumenta exponencialmente los efectos comunicativos de cualquier tipo de discurso, al facilitar la forma de expresión y multiplicar significativamente el número de destinatarios potenciales del mismo. Por otra parte, los mismos caracteres del ámbito no solo incrementan los receptores potenciales del mensaje, sino que facilitan la acción de los emisores: estos no solo no necesitan proximidad física para verter mensajes racistas u otras comunicaciones violentas, sino que se aprovechan de la transnacionalidad del ciberespacio para evitar ser perseguidos y del anonimato que da el medio para tomar la decisión de perpetrar la comunicación violenta sin temor a consecuencias negativas en forma de estigmatización social o de sanciones formales».

Compartimos lo que afirma Ibarra Blanco en «Semiótica de la intolerancia(67)» que, de forma muy acertada, apuntaba a una realidad poliédrica, a la que añadiríamos dinámica y multifactorial, en la que el discurso del odio es uno solo de sus «detritus»(68).

---

(64) A mayor abundamiento puede verse, MIRÓ LLINARES, F., *El cibercrimen. Fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio*, Marcial Pons, 2012, p. 114. Vid. también, del mismo autor, «La oportunidad criminal en el ciberespacio. Aplicación y desarrollo de la teoría de las actividades cotidianas para la prevención del cibercrimen», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 13, 2011, pp. 4 ss.

(65) Vid. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, S., «El ámbito de aplicación del actual artículo 510 CP en retrospectiva y en prospectiva tras la reforma penal de 2015», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, UNED, 3.ª época, núm. 12 (julio de 2014), p. 221. En cuanto al binomio compuesto por Internet y terrorismo puede verse al respecto y a mayor abundamiento, CANO PAÑOS, M.Á., «Internet y terrorismo islamista: aspectos criminológicos y legales», en *Eguzkilore*, núm. 22, 2008, pp. 67-88.

(66) Puede verse a GÓMEZ MARTÍN, V., «Odio en la Red», en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 3.ª Época, 20, 2018, pp. 411-449.

(67) En relación con ello y tomando como base la definición del Consejo de Europa, podríamos definir la intolerancia como «el rechazo a las personas que no compartan nuestras condiciones personales». Definición tomada de la Web oficial del Consejo de Europa., Disponible en: <https://www.coe.int/es/web/compass/council-of-europe>, (Fecha de última consulta: 1 de abril de 2022).

(68) IBARRA BLANCO, E., «Semiótica de la intolerancia y discurso del odio», en *Movimiento contra la Intolerancia: Materiales didácticos*, núm. 12., *Intolerancia y Discurso de Odio: Amenazas para la Democracia*, 2016, p. 5 ss. Disponible en: <https://www.educatorolancia.com/wp-content/uploads/2017/06/material-didactico12.-Discurso-de-Odio.pdf>. (Fecha de última consulta: 24 de marzo de 2022).

Los delitos de odio no son una realidad novedosa, sino que entendemos que existen desde tiempos inmemoriales, discriminando a determinados colectivos vulnerables por razones ideológicas, étnicas, religiosas, sexuales, etc.(69).

Ya en 1938 encontramos una explicación de Thorsten Sellin(70) en *Culture conflict and crime*, que se basa en la confrontación de culturas y en la marginación que surge de la misma. Años más tarde, el congresista John James Conyers Jr.(71) se convirtió en uno de los líderes del movimiento de derechos civiles de los EE. UU. y fue quien de alguna forma hizo llegar a la conciencia popular el término de «crímenes de odio».

Desde la semántica se indica que estamos ante una situación de «antipatía y aversión hacia algo o alguien cuyo mal se desea»(72). En este sentido y siguiendo a Gómez Rivero(73), el concepto de odio es indeterminado, entendido como la generación de un estado de antipatía y aversión que tiene móviles discriminatorios con el riesgo de que su interpretación pueda suponer una restricción de la libertad ideológica y de expresión.

En este ámbito vemos que el concepto lingüístico de odio ultrapasa los límites que se imponen desde el punto de vista legal, pues no podemos olvidar que el pensamiento con un contenido de aversión, antipatía, rechazo, etc. no es punible(74). Así pues, el pensamiento no

(69) Vid. BLEICH, E., «Responding to racist violence in Europe and the United States», en Goodey, J. & Aromaa, K. (Eds.), *Hate Crime. Papers from the 2006 and 2007, Stockholm Criminology Symposiums*, Criminal Justice Press, Helsinki, 2008, p. 9.

(70) SELLIN, T., «Culture Conflict and Crime», en *American Journal of Sociology*, Vol. 44, núm. 1, 1938, pp. 97-103.

(71) ROSA PARKS, conocida por su papel destacado en el boicot de autobuses de Montgomery, Alabama, se mudó a Detroit y sirvió en el personal de Conyers entre 1965 y 1988.

(72) *Diccionario RAE*, 23.ª ed., Voz «odio». Disponible en: <https://dle.rae.es/odio>. (Fecha de última consulta: 16 de marzo de 2022).

(73) GÓMEZ RIVERO, C., «Violencia habitual contra las personas vinculadas al agresor», en CORTÉS BECHIARELLI, E.; NIETO MARTÍN, A. y NÚÑEZ CASTAÑO, E., *Derecho penal parte especial*, Tecnos, Madrid, 2021, pp. 234 ss.

(74) Si existe solo una exposición de ideas que no constituya una incitación directa a la violencia o entrafie, al menos, un peligro cierto de generar un clima de violencia, es una conducta que no debe ser sancionada penalmente, y de esta forma quedó claramente argumentado en el Auto de 8 de septiembre de 2017, de la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Murcia, al sostener que: «... la mera difusión de ideas, por sí sola, nunca puede constituir delito» ya que –y continúa– «En otro caso, se produciría la sanción penal sin concurrir lesión ni puesta en peligro de bien jurídico alguno, ante la simple posibilidad de que alguien pudiera ser convencido por el discurso de modo que pudiera acomodar su conducta futura al mismo» (FJ Tercero).

delinque y así también lo defiende Bustos Rubio(75) cuando nos indica que el sujeto activo solamente puede responder por el hecho que haya cometido.

A tenor del principio de la *ultima ratio*, el Derecho penal ha de ser ajeno a una valoración del pensamiento, una ideología, animadversión, en incluso a una forma comportamental, a no ser que se genere una situación de peligro real. Así, tampoco pueden castigarse los sentimientos, como indica Dolz Lago(76) con meridiana claridad: «... no puede desconocerse que las conductas típicas penales son descripciones de conductas humanas y que estas se inspiran, básicamente, en la condición humana, es decir, también en los sentimientos humanos, entre los que se encuentran aquellos que son destructivos, como el odio...» (77). En esta línea tampoco pueden castigarse las ideologías o pensamientos, ni los sentimientos de odio cuando estos no vulneren o entrañen un peligro(78) real para un bien jurídico protegido y se extrapolen en hechos.

Pero hay que tener cautela, pues la libertad de expresión no puede amparar el llamado «discurso del odio», pues cualesquiera conductas que estuviesen dentro de esta esfera quedarían *ipso facto* fuera del ejercicio de este. Esta conclusión se incluye en la Circular 7/2019 de 14 de mayo de la Fiscalía General del Estado español sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código penal(79) donde además se hace especial inciso en que el «discurso del odio» ha de ser punible cuando: a) se manifieste en una pluralidad de conductas, b) ha de ser una conducta relevante y c) exige que haya una «motivación discriminatoria».

Señala la STS 4/2017, de 18 de enero (80) que: «no todo mensaje inaceptable o que ocasiona el normal rechazo de la inmensa mayoría de la ciudadanía ha de ser tratado como delictivo por el hecho de no hallar cobertura bajo la libertad de expresión. Entre el odio que incita

(75) BUSTOS RUBIO, M., «¿*Cogitationis poenam nemo patitur*? La agravante de discriminación en la encrucijada: principio de legalidad penal vs. Principio del hecho», en Teijón Alcalá, M. (Dir.), *El odio como motivación criminal*, Wolters Kluwer La Ley, Madrid, 2022, p. 244.

(76) DOLZ LAGO, M. J., «Oído a los delitos de odio...», *op. cit.*, p. 18.

(77) *Ibidem*, p. 7.

(78) En este sentido Sánchez-Ostiz señala que «si el legislador prohíbe una conducta peligrosa es –o debería ser– porque afecta de manera relevante a las condiciones de la vida social». Vid. SÁNCHEZ OSTIZ, P., *A vueltas con la parte especial (Estudios de Derecho penal)*, Atelier, Barcelona, 2020, p. 83.

(79) Fiscalía General del Estado., *Circular 7/2019 de 14 de mayo de la Fiscalía General del Estado español sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código penal*. Disponible en: [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-7771](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-7771). (Fecha de última consulta: 22 de marzo de 2022).

(80) Ponente Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez. ECLI: ES: TS:2017:31.

a la comisión de delitos, el odio que siembra la semilla del enfrentamiento y que erosiona los valores esenciales de la convivencia y el odio que se identifica con la animadversión o el resentimiento, existen matices que no pueden ser orillados por el juez penal con el argumento de que todo lo que no acoge la libertad de expresión resulta intolerable y, por ello, necesariamente delictivo».

Puesto que el Derecho penal no puede sancionar el sentimiento del odio de las personas siempre y cuando no se conculquen derechos y libertades de otras, entendemos con Lorenzo Copello que sería más preciso hablar de delitos de «discriminación»(81), pues ello implica un trato peyorativo que niega la igualdad entre todos los seres humanos en una dimensión personalista que, a su vez, se enfrenta al modelo de convivencia Constitucional, y amenaza a los valores de pluralismo, tolerancia y respeto de las diferencias, que forman parte esencial de la base de nuestro Estado social y democrático de Derecho. Así y en esta misma línea, Cámara Arroyo(82), entendemos que de forma muy atinada, es del parecer que ya que el Derecho penal no puede castigar el sentimiento de odio, pues todos somos libres de odiar y transmitir nuestras opiniones siempre que no conculquen los derechos y libertades de los demás, se inclina por la denominación de delitos ideológicamente condicionados, motivados por la intolerancia o, simplemente, delitos de discriminación.

Pensamos que hay una notoria diferencia entre el odio que se siente y que queda en el fuero interno de una persona –por muy perversa que sea– y el que se siente y se exterioriza generando una situación peligrosa con fuerza expansiva que daña la pacífica convivencia social que debería presidir siempre las relaciones interpersonales. En este sentido, estamos también de acuerdo con Cámara Arroyo, cuando afirma que, en caso de prejuicio, este debe materializarse en una exteriorización, pasando de la opinión al hecho(83).

El odio en sí mismo, no es un hecho ilícito, y mucho menos un delito, sino una emoción de las personas y, es por ello por lo que, la penalización de la provocación al odio supone castigar la incitación al rechazo hacia determinadas personas debido a su pertenencia a los grupos mencionados en el artículo 510 CP. El odio o la hostilidad son

---

(81) LAURENZO COPELLO, P., «La discriminación en el Código Penal de 1995», en *Estudios penales y criminológicos*, núm. 19, 1996, pp. 228-230.

(82) CÁMARA ARROYO, S., «Delitos de odio: concepto y crítica: ¿límite legítimo a la libertad de expresión? (1)», en *La Ley Penal*, núm. 130, Sección Legislación aplicada a la práctica, enero-febrero 2018, Wolters Kluwer, p. 4.

(83) CÁMARA ARROYO, S., «El concepto de delitos de odio y su comisión a través del discurso. Especial referencia al conflicto con la libertad de expresión», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. LXX, 2017, p. 170.

sentimientos que, si no se traducen en ninguna acción delictiva, no tienen relevancia penal(84).

El castigo a la instigación de un sentimiento choca de forma frontal con el derecho a la libertad de expresión, como bien expresa Alastuey Dobón(85). García Álvarez(86) da un paso más y se posiciona en el sentido de indicar que la expresión «delito de odio» es más que cuestionable, puesto que el odio es una emoción humana y que en ningún caso se podría pretender una intervención del Derecho penal. La citada autora señala que todo parte de un profundo error de fondo, pues la expresión delitos de odio es relativamente reciente y, sin embargo, no sucede lo mismo con la problemática que *de facto* se aborda con ellos. Ello llegaría hasta el punto de que, si se desliga de los grupos discriminados y se busca solamente un sentimiento de aversión hacia un grupo social cualquiera, los perfiles se desdibujan y desaparece el motivo para que exista una respuesta penal.

Por otra parte, según Cámara Arroyo(87), hemos de distinguir de forma clara y no pueden existir los llamados «delitos de opinión» en un Estado Social y democrático de Derecho, pues no ha lugar a su criminalización, ya que quebrarían los fundamentos de la libertad de expresión.

La opinión, *per se*, no puede ser criminalizada por muy cruda que sea, pues en sí misma no tiene relevancia ante el Derecho penal, que ha de actuar con el principio de intervención mínima, subsidiariedad y fragmentariedad(88), sin afectar a los derechos constitucionales

(84) En este sentido también BERNAL DEL CASTILLO, J., *La discriminación en el derecho penal*, Comares, Granada, 1998, pp. 32-33 y SOUTO GALVÁN, B., «Discurso del odio: género y libertad de expresión», en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 23, 2015, pp. 22-23.

(85) ALASTUEY DOBÓN, C., «Discurso del odio y negacionismo en la reforma del Código Penal de 2015», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 18-14, 2016, p. 10. Disponible en Internet: <http://criminet.ugr.es/>. (Fecha de última consulta: 21 de marzo de 2022). Véase asimismo a Alastuey Dobón, C., «La reforma de los delitos de provocación al odio y justificación del genocidio en el Proyecto de Ley de 2013: consideraciones críticas», en *Diario LA LEY*, núm. 8245, Sección Doctrina, 6 de febrero, 2014, pp. 4-8.

(86) GARCÍA ÁLVAREZ, P., «El efecto perverso de la recepción del fenómeno de los delitos de odio...», *op. cit.* pp. 65-66.

(87) CÁMARA ARROYO, S., «El concepto de delitos de odio...» *op. cit.*, p. 149.

(88) Siguiendo a Del Rosal Blasco: «El carácter fragmentario y subsidiario del Derecho penal exige que este no extienda sus conminaciones penales a todos los bienes, valores o intereses protegibles sino solo a los más importantes, dignos y necesitados de protección; y, además, que esa protección no se extienda a todos los ataques sino únicamente a aquellos que sean más graves e intolerables [...]». Vid. DEL ROSAL BLASCO, B., «La regulación legal de los actos preparatorios en el Código penal de 1995», en Jorge Barreiro, A.; Bajo Fernández, M. y Suárez González, C. J. (Coords.), *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Madrid, 2005, pp. 953-954.



de: libertad ideológica(89) *ex* artículo 16.1 de la Constitución española, artículo 20.1 (derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción), y *ex* artículo 20.2 (que recoge la prohibición de la censura). Asimismo, esta idea encuentra apoyo en el artículo 10 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales que reconoce la libertad de expresión.

Por su parte, Landa Gorostiza(90) asevera que el entendimiento del discurso del odio es una labor que se ha de llevar a cabo a través de casos que se irán resolviendo a lo largo del tiempo, así pues, la praxis nos dará oportuna razón mediante la demostración de patrones conductuales similares.

### III. ANÁLISIS DE LA ESTRUCTURA DEL DELITO DE ODIO BASADO EN LA SITUACIÓN FAMILIAR

El derecho fundamental a la igualdad que recoge nuestra Constitución en el artículo 14, tiene su razón de ser en la no discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquiera otra condición o circunstancia personal o social. Para su plasmación y consolidación nuestra Carta magna ha seguido la estela de varios instrumentos jurídicos internacionales en forma de convenios y tratados. Así pues, el ordenamiento jurídico español pretende garantizar todo tipo de convivencia basándose en la especial protección de los derechos humanos recogidos en diversas declaraciones, pactos y convenios a nivel internacional y/o regional en el marco de la Unión Europea. Se tienen en cuenta instrumentos jurídicos como la Declaración Universal de Derechos Humanos

---

(89) Según Cámara Villar estamos ante un concepto jurídico indeterminado. Así el Tribunal constitucional ya se ha pronunciado en diversas ocasiones en el sentido de que no cabe excluir ideología alguna, ni por su contenido o fundamentos ni por los medios de los que eventualmente quieran valerse quienes la defienden. Sin embargo, si se trata de medios violentos serán inaceptables en cuanto tales, pero ello no va a afectar a la ideología a la que pertenecen. Vid. CÁMARA VILLAR, G., «Principio de igualdad de derechos individuales», en CÁMARA VILLAR, G., LÓPEZ AGUILAR, J. F., BALAGUER CALLEJÓN, M.ª L. y MONTILLA MARTOS, J. A., *Manual de Derecho constitucional*, Vol. II., Tecnos, Madrid, 2020, p. 151.

(90) LANDA GOROSTIZA, J. M., «Incitación al odio: evolución jurisprudencial (1995-2011) del artículo 510 CP y propuesta “*lege lata*”», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 7, edición digital, 2012. Disponible en: <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2012-7-2090&dsID=Documento.pdf>. (Fecha de última consulta: 23 de marzo de 2022).

de 10 de diciembre de 1948 donde en su artículo 1 se establece que «todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros». En el artículo 2 de esta Declaración se preceptúa que «toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición».

También hemos de acudir al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950 al establecer en su artículo 14 que «el goce de todos los derechos reconocidos por la Ley han de ser asegurados sin discriminación alguna, en particular por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas o de otro carácter, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación».

Es de destacar también la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1965(91).

Para la protección de este principio de igualdad también se ha seguido el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, realizado en Nueva York el 16 de diciembre de 1966(92).

En relación con lo dicho no podemos soslayar la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2007 que establece, en su artículo 1, que «La dignidad humana es

---

(91) Con adhesión de España al Convenio Internacional sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 21 de diciembre de 1965, con una reserva a la totalidad del artículo XXII (Jurisdicción del Tribunal Internacional de Justicia).

(92) Observemos que de entrada en este instrumento jurídico internacional se hace referencia expresa a la miseria: «Considerando que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables,

Reconociendo que estos derechos se derivan de la dignidad inherente a la persona humana,

Reconociendo que, con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre, en el disfrute de las libertades civiles y políticas y liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos civiles y políticos, tanto como de sus derechos económicos, sociales y culturales,

Considerando que la Carta de las Naciones Unidas impone a los Estados la obligación de promover el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades humanos, [...]».

inviolable. Será respetada y protegida»(93), y en el artículo 20 de la misma Carta, se hace referencia al principio de igualdad ante la Ley, y concretamente en el apartado 1 del artículo 21 que proscribe cualquier tipo de discriminación «se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual».

Nuestro Código penal en virtud de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, reformó el artículo 510(94) en aras de tipificar una serie de conductas que están dentro de los «delitos de odio»(95). Esta reforma

---

(93) Gómez Sánchez y Elías Menéndez son muy críticas al respecto cuando indican que la dignidad ha sido una decepción en varios ordenamientos nacionales y también consagrada en distintos e importantes documentos internacionales, pero siempre lo ha sido como un principio, valor o derecho, pero nunca como un concepto general en el cual se integran otros derechos particulares. Las autoras en relación con el derecho a la dignidad apuntan que aparece en la Carta no solamente como un derecho fundamental, sino también como la misma base de los derechos fundamentales, de tal suerte que ninguno de los derechos que se contemplan en esta Carta podrá aplicarse para atentar contra la dignidad de las personas. La dignidad humana forma parte intrínseca de los derechos consignados en la misma, por lo que no puede atentarse contra ella, incluso en el caso de limitación de un derecho. Vid. GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. y ELÍAS MENÉNDEZ, C., *Derecho constitucional europeo*, Aranzadi, Navarra, 2019, p. 114. La dignidad es un derecho que entendemos ha de protegerse sobremanera en relación a los colectivos más vulnerables, como son por ejemplo, las personas que no tienen hogar.

(94) En relación con lo dicho, puede verse PÉREZ GRANADOS, C., «Delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Constitución», en Barja de Quiroga, J. y Granados Pérez, C., *Manual de Derecho penal parte especial*, tomo II, Aranzadi, Navarra, 2018, pp. 575-577.

(95) Literalmente la Exposición de motivos reza: «La proliferación en distintos países de Europa de episodios de violencia racista y antisemita que se perpetran bajo las banderas y símbolos de ideología nazi obliga a los Estados democráticos a emprender una acción decidida para luchar contra ella. Ello resulta tanto más urgente cuando se presencia la reaparición, en la guerra que asola la antigua Yugoslavia, de prácticas genocidas que los pueblos europeos creían desterradas para siempre. Por desgracia, España no ha permanecido ajena al despertar de este fenómeno, circunstancia que se agrava por el hecho de que la legislación española no contempla suficientemente todas las manifestaciones que este fenómeno genera, manifestaciones, sin embargo, contempladas en Tratados internacionales ratificados por nuestro país. Así, el Convenio de Nueva York, de 9 de diciembre de 1948, para la prevención y la sanción del delito de genocidio, y el Convenio internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, de 21 de diciembre de 1965». Esta amplia reforma que terminó afectando a varios tipos penales tuvo como punto de partida una iniciativa del Grupo Popular que gozó de un apoyo muy amplio

tiene su origen directo en la Decisión Marco 2008/913/JAI, de 28 de noviembre(96), del Consejo de la Unión Europea, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal. Esta Decisión en su artículo 1.ª preceptúa que «[...] 1. Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que se castiguen las siguientes conductas intencionadas: a) la incitación pública a la violencia o al odio dirigidos contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo, definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico [...]».

---

de los diferentes grupos parlamentarios. Podemos ver que en la Exposición de motivos de la Ley orgánica 4/1995 de 11 de mayo de modificación del Código Penal, mediante la que se tipifica la apología de los delitos de genocidio, se realizaba una justificación de la reforma haciendo referencia a diferentes casos de violencia racista y antisemita llevados a cabo por grupos nazis y por la desgraciada guerra de Bosnia que azotaba el corazón de Europa en pleno siglo xx. También se hacía referencia al Convenio de Nueva York de 9 de diciembre de 1948 para la prevención y sanción del genocidio, el Convenio internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 21 de diciembre de 1965, así como a la doctrina de nuestro Tribunal constitucional mediante la sentencia 214/1991, de 11 de noviembre.

(96) La Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal, reconoce expresamente en el Considerando 5.º que el racismo y la xenofobia constituyen una amenaza contra los grupos de personas que son objeto de dicho comportamiento. En el Considerando 12 se indica que: «La aproximación del Derecho penal debe dar lugar a una lucha más eficaz contra los delitos de carácter racista y xenófobo, mediante el fomento de una cooperación judicial plena y efectiva entre Estados miembros. El Consejo debe tener en cuenta las dificultades que puedan existir en este ámbito al revisar la presente Decisión Marco, con vistas a considerar si es necesario adoptar nuevas medidas en este ámbito».

La norma citada obliga a los diferentes estados vinculados a la misma a definir como infracciones penales una serie de actos tales como: a) la incitación pública a la violencia o al odio contra un grupo de personas o contra un miembro de dicho grupo, definido en relación con la raza, el color, la religión o creencia, la ascendencia o el origen nacional o étnico; b) la conducta anterior realizada con la difusión, por cualquier medio, de escritos, imágenes u otros soportes; c) la apología pública, negación o trivialización flagrante de los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra tal como se definen en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (artículos 6, 7 y 8) y los crímenes definidos en el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional, cuando las conductas puedan incitar a la violencia o al odio contra tal grupo o un miembro del mismo. En el artículo 3.1 de la Decisión Marco se preceptúa que cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que las conductas contempladas en los artículos 1 y 2 se castiguen con sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias.

Por otra parte, hemos de tener muy en cuenta la Sentencia del Tribunal Constitucional 235/2007, de 7 de noviembre (Caso Pedro Varela)(97) y el populismo punitivo(98).

Esta opción de política criminal europea parte de un modelo que subyace en la incriminación de los delitos de odio que proviene en gran medida del intervencionismo de los EE. UU. que castiga a este tipo de delitos como respuesta a la discriminación.

En cuanto al punitivismo, Terradillos Basoco(99) afirma de forma muy acertada que la fuente legitimadora del Derecho penal de exclusión es el punitivismo que está representado por la *USA Patriot Act* (26-10-2001) y la orden presidencial *Detention, Treatment, and Trial of Certain non-citizens in The War against terrorism* (13-11-2001), que son normas que constituyen un paradigma de una estrategia político-criminal concebida como una guerra total al enemigo. El mismo autor señala que en la última década del siglo xx se había consolidado la «Teoría de las ventanas rotas» que el alcalde de Nueva York Giuliani tomaría como legitimación de sus prácticas de represión simbólico preventiva dirigidas selectivamente a la pequeña delincuencia de los guetos neoyorquinos y que se traduciría en políticas urbanas de tolerancia cero generalizadoras del principio *Stop and catch* en cuya virtud la policía podía detener discrecionalmente atendiendo a estereotipos raciales o económicos.

Del Rosal Blasco(100) apunta que la política punitivista ya no es exclusiva de los gobiernos más conservadores, pues también es apli-

---

(97) En la Sentencia del Tribunal constitucional 235/2007 (ECLI: ES:TC:2007:235), de 7 de noviembre «Caso Pedro Varela», se recogía lo siguiente: «la libertad de expresión no puede ofrecer cobertura al llamado «discurso del odio», esto es, a aquél desarrollado en términos que supongan una incitación directa a la violencia contra los ciudadanos en general o contra determinadas razas o creencias en particular».

(98) ASÍ, GIMBERNAT ORDEIG, E., en *el Prólogo a la 9.ª ed. del Código Penal* (edición de Gimbernat Ordeig, E., y Mestre Delgado, E.), Tecnos, Madrid, 2004, donde recoge: «Hace ya unos cuantos años que en los países democráticos –no sólo en España– los políticos descubrieron que en el Derecho Penal –más precisamente en el endurecimiento del Derecho Penal– había una gran cantera de votos. Corren malos tiempos». Y más recientemente León Alapont hace referencia al populismo punitivo entendiéndose como una forma de gobernar mediante el delito, y que a este respecto el Código penal no puede utilizarse como arma contra una cierta ideología. Las ideas no pueden perseguirse penalmente, pero sí los hechos. Vid. LEÓN ALAPONTE, J., «La descontrolada expansión de los delitos de odio: acerca de la propuesta de incriminar el odio hacia las víctimas de la Guerra civil española y del franquismo», en Teijón Alcalá, M. (Dir.), *El odio como motivación Criminal*, Wolters Kluwer La Ley, Madrid, 2022, pp. 231-232.

(99) TERRADILLOS BASOCO, J. M., *Aporofobia y plutofilia: la deriva jánica de la política criminal contemporánea*, J. M. Bosch, Barcelona, 2020, pp. 68-69.

(100) DEL ROSAL BLASCO, B., «Los derechos a la libertad, a la seguridad de la persona, a la no sumisión, a esclavitud o servidumbre ¿están suficientemente garantizados en la Unión Europea?», en Bartlett (Coord.) y Bardají, M.ª D., *La Declara-*

cada por gobiernos supuestamente progresistas. Según este autor, el punitivismo que explica un endurecimiento general de las sanciones en nuestros sistemas penales contemporáneos puede responder a alguna de las siguientes razones: I. Porque se piensa que ello va a tener un efecto reductivo de las cifras de la delincuencia mediante el efecto preventivo general de las penas y/o a través del efecto de la inocuización del delincuente; II. Porque puede pensarse que ello puede contribuir al reforzamiento del consenso moral y social en contra de cierto tipo de actividades criminales; III. Porque puede pensarse que esta política puede llegar a satisfacer a ciertas demandas del cuerpo electoral. Del Rosal Blasco afirma que lo que se busca es un castigo por encima y más allá de lo que es estrictamente necesario y que se traduce en una introducción de nuevos tipos penales en nuestro Código penal, en la agravación de la respuesta punitiva de los ya existentes y la relajación de las garantías procesales. Todo ello entendemos, que se produce en detrimento de las garantías de los ciudadanos españoles y mucho más de aquellos que son pertenecientes a los colectivos vulnerables, como es el de los sin hogar.

En relación con el punitivismo, Simón Castellano(101) va más allá e indica de forma muy gráfica que existe un: «[...] penoso furor punitivo en el que el legislador español se encuentra instalado, con unas Cortes generales que actúan más bien como testaferrero de los partidos políticos, que a su vez contribuyen a la confusión entre los poderes del Estado y exigen que se legisle en función del estado de opinión de determinadas redes sociales».

En esta línea Benito Sánchez(102) alerta de forma contundente, y entendemos que muy acertadamente sobre el rol de los medios de comunicación en la política criminal contemporánea y el punitivismo. La secuencia consiste en que los operadores políticos pueden llegar a buscar de forma premeditada un rédito político(103) basado

---

*ción Universal de los Derechos Humanos cumple 60 años*, J. M. Bosch, Barcelona, 2011, pp. 82-83.

(101) SIMÓN CASTELLANO, P., «Tipificar la exaltación y apología de los regímenes totalitarios. Un debate renovado a la luz del declive de la libertad de expresión en España», en *Revista penal México*, 2021. Disponible en: <http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/20111/Tipificar.pdf?sequence=2>. Fecha de última consulta: 2 de abril de 2022, p. 3.

(102) BENITO SÁNCHEZ, D., *Evidencia empírica y populismo punitivo: el diseño de la política Criminal*, Bosch, Barcelona, 2020, p. 159.

(103) Vid. sobre esta cuestión a PÉREZ CEPEDA, A. I., «Justificación y claves político-criminales del proyecto de reforma del Código penal de 2013», en *Ars Iuris Salmanticensis*, 2, pp. 25-35.

en una reforma legislativa. Estos lanzan una alerta que los medios de comunicación exageran y la ciudadanía pide de inmediato una respuesta. De esta forma la clase política se jacta de haber dado una respuesta inmediata y eficaz ante una supuesta demanda social. Por consiguiente, se «vende» una falsa realidad consistente en una conducta proactiva frente a la delincuencia y así nadie podrá acusar a la clase política de inactividad. El rédito electoral es lo fundamental, sin basarse en estudios criminológicos longitudinales contrastados y validados técnicamente para buscar lo que realmente se necesita y las medidas que se han de implementar para conseguir eficacia y eficiencia.

Así las cosas, el legislador español mediante la LO 1/2015, de 30 de marzo, modificó profusamente la regulación en el CP en relación con las conductas de incitación al odio y a la violencia contra las minorías, ajustándose a la Decisión Marco 2008/913 *ut supra* indicada, estableciéndose las siguientes conductas delictivas en la letra a del artículo 510 CP castiga, con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses, a:

«a) Quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad».

No es cuestión menor que los delitos que tienen su tipificación en los artículos 510 ss. del Código penal tengan en común que son cometidos al albur del ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas.

La LO 1/2015 supuso un claro posicionamiento frente a los delitos de discriminación(104), adoptando una opción expansiva en materia de delitos de odio, que ya sea en esta como en anteriores reformas

---

(104) La discriminación tiene una vinculación *per se* no sólo con la igualdad sino también con la dignidad humana. Y es de esta forma como lo viene recogiendo mayoritariamente desde hace años la doctrina española, y asimismo nuestro Tribunal Constitucional (pueden consultarse al respecto, las sentencias 214/1991, de 11 de noviembre –dictada en el conocido como caso Violeta Friedman y 176/1995, de 11 de diciembre). E incluso, ya antes, en la propia Declaración de las Naciones Unidas sobre Eliminación de toda Forma de Discriminación Racial (acordada el 23 de noviembre de 1965 por la Asamblea General de la ONU), recogía que la discriminación del ser humano por raza, color, u origen étnico constituye un ataque a la dignidad humana.

legislativas han introducido cambios en la regulación del delito de asociaciones ilícitas(105).

Es relevante que los indicadores de sesgo hacen que, desde la óptica de la investigación y calificación penal, para que haya una consideración de delito de odio ha de haber un origen discriminatorio manifestado en diversas conductas. Hay una mayor reprochabilidad porque estos indicadores habrán de ser apreciados por jueces y tribunales cuando puedan comprobar que existen una serie de circunstancias que agravan la acción que tiene su etiología en el odio.

La justificación del legislador para castigar estas conductas está presente no ya por el delito en sí mismo considerado, sino por las circunstancias que se dan para que las víctimas sean escogidas en base a una serie de circunstancias muy concretas, y en el caso de las personas sin hogar entendemos que la tutela penal es necesaria por la alta vulnerabilidad del colectivo.

---

(105) De alguna forma el tipo delictivo de provocación a la discriminación fue una consecuencia de la Sentencia del Tribunal constitucional núm. 101/1990, de 11 noviembre. Esta sentencia fue dictada en base a una demanda de protección civil del derecho al honor de la señora Violeta Friedman debido a una publicación de un artículo del exnazi Degrelle, dónde se hizo un discurso de relativización sobre la real importancia del holocausto judío. Degrelle culpabilizó al pueblo judío de victimismo y hacía un llamamiento para el retorno de un nuevo «Führer». La sentencia apreció que sí había lugar al amparo que se había solicitado y se anularon los fallos anteriores que habían sido desestimatorios de la demanda de la señora Violeta Friedman reconociéndose el derecho al honor de la misma. En esta sentencia se reconoció el derecho a la titularidad del derecho al honor de colectividades étnicas, nacionales o religiosas estableciéndose una legitimación activa de la demandante, pues pertenecía al pueblo judío. El tribunal hizo referencia a la libertad de expresión indicando que Degrelle no podía ampararse en el mismo cuando realizaba juicios de ofensa contra el pueblo judío y con una «connotación racista y antisemita, que no pueden interpretarse más que como una incitación antijudía», lo cual «constituye un atentado contra el honor de los judíos víctimas del régimen nacionalsocialista». No puede ser más gráfico el texto que recoge el antecedente 2. A) cuando indica que: «¿Los judíos? Mire usted, los alemanes no se llevaron judíos belgas, sino extranjeros. Yo no tuve nada que ver con eso. Y evidentemente, si hay tantos ahora, resulta difícil creer que hayan salido tan vivos de los hornos crematorios.» «El problema con los judíos –matiza Degrelle– es que quieren ser siempre las víctimas, los eternos perseguidos, si no tienen enemigos, los inventan».

«Falta un líder; ojalá que viniera un día el hombre idóneo, aquél que podría salvar a Europa... Pero ya no surgen hombres como el Führer...».

«Han sacado los huesos y hasta los dientes de Mengele... ¡Hasta dónde llega el odio! A mi juicio, el doctor Mengele era un médico normal y dudo mucho que las cámaras de gas existieran alguna vez, porque hace dos años que hay una recompensa en los EE. UU., para aquel que aporte pruebas de las cámaras de gas. Son 50 millones de dólares y todavía no ha ido nadie a recogerlos».



Según apunta Tamarit Sumalla(106) los tipos penales recogidos en el artículo 510 CP forman parte de los delitos de odio, que son una opción del legislador para adelantar la protección ante un tipo concreto de agravios mediante una intervención penal. En este mismo sentido también Gómez Rivero(107) está de acuerdo sobre este adelantamiento de la protección penal que existe para intervenir en problemas de indeterminación de las barreras de punición que se manifiestan también en las conductas que son objeto de la incitación, como la discriminación, el odio, la hostilidad y la violencia.

Hernández Royo(108) recuerda que Günther Jakobs, fue quien acuñó la expresión «Derecho Penal del enemigo»(109), y que sus características son: a) adelantamiento de la punibilidad; b) falta de proporción en la pena, y c) pérdida de garantías procesales, afirmando que tales circunstancias se dan, todas ellas, en el delito del artículo 510 CP, vulnerándose con ello el principio de responsabilidad por el hecho, rector de nuestro Derecho penal.

Fuentes Osorio(110) ahonda y se posiciona en el sentido de que hay una variante de los delitos de odio, que son los delitos de favorecimiento al odio, que pueden tener su respuesta penal en una conducta no lesiva *per se*, pero que sí pueden crear un efecto hacia un clima criminógeno, teniéndose que actuar de forma preventiva en una sociedad democrática, y entendemos que avanzada.

Según Gómez Rivero(111) la conducta punible consiste en fomentar, promover, incitar directa e indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia, siempre que sea con publicidad. Así pues, se trata de una conducta que está a medio camino entre la discriminación efectiva y los actos previos a la incitación, como podría ser la elaboración o la posesión de material que sea idóneo para la misma y que entrarían en la esfera del apartado B de este tipo penal. En esta línea

---

(106) Vid. TAMARIT SUMALLA, J. M.<sup>a</sup>, *et al.* 2016.

(107) GÓMEZ RIVERO, C., «Violencia habitual contra las personas vinculadas al agresor...», *op. cit.* pp 234 ss.

(108) HERNÁNDEZ ROYO, A., «El delito de incitación al odio del artículo 510 CP: cuando la vieja excepcionalidad deviene en nueva normalidad», en *La Ley Penal*, núm. 145, Sección Estudios, julio-agosto, 2020, p. 6.

(109) Véase en contraste del «Derecho penal del enemigo» a GARCÍA SÁNCHEZ, B., «Algunas manifestaciones de la política Criminal de exclusión. Derecho penal del amigo: Corrupción pública (la criminalidad de cuello blanco)», en *Revista Penal*, núm. 47, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 61 ss.

(110) FUENTES OSORIO, J. L., «El odio como delito»...*op. cit.* p. 25.

(111) GÓMEZ RIVERO, C., «Violencia habitual contra las personas vinculadas al agresor...», *op. cit.* pp 234 ss.

también Vázquez Iruzubieta(112) hace especial inciso en la acción de «promover», que indica claramente que el autor se pone manos a la obra sin esperar a que haya dado resultado el fomento o la incitación. Asimismo, Muñoz Conde(113) señala que son un tipo de conductas que están en los límites de la participación intentada de una discriminación efectiva y que se castigan, aunque no se produzca esta. El mismo autor es muy significativo que afirme que «Este precepto supone una ampliación de las conductas de provocación que se contienen en el apartado anterior a conductas que son meros actos preparatorios y que solo indirectamente se refieren a ellas».

Acto seguido se impone indicar cuál es el bien jurídico(114) protegido –cambiante a lo largo del tiempo según la concepción social–, pues la sección 1.ª, ex arts. 510 a 521 bis CP, regula los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución.

La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 17 de diciembre de 1991 señalaba de forma preclara que se pretende proteger en realidad a minorías que pueden ser víctimas de un trato discriminatorio e incluso que se lesione su derecho a la dignidad.

«La dignidad como rango o categoría de la persona como tal, del que deriva y en el que se proyecta el derecho al honor del artículo 18.1 de la Constitución española, no admite discriminación alguna por razón de nacimiento, raza o sexo, opiniones o creencias.

El odio y el desprecio a todo un pueblo o a una etnia a cualquier pueblo o a cualquier etnia son incompatibles con el respeto a la dignidad humana, que solo se cumple si se atribuye por igual a todo hombre, a toda etnia, a todos los pueblos.

Por lo mismo el derecho al honor de los miembros de un pueblo o etnia, en cuanto protege y expresa el sentimiento de la propia dignidad, resulta, sin duda lesionado cuando se ofende y desprecia genéricamente a todo un pueblo o raza, cualesquiera que sean».

---

(112) VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Código Penal comentado*, Atelier, Barcelona, 2015, p. 719.

(113) MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal parte especial*, 23 ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 679-680.

(114) El bien jurídico a proteger es algo que cambia con el devenir del tiempo y también por las diferentes tendencias políticas. Así MIR PUIG, S., en *Derecho Penal: parte general*, Reppertor, Barcelona, 2015, 9.ª ed., p. 161, expone: «Esta determinación de los bienes a proteger penalmente depende de los intereses y valores del grupo social que en cada momento histórico detenta el poder político. Los Códigos penales no protegen intereses ahistóricos ni valores eternos desvinculados de la estructura social de un lugar y de un tiempo concretos».

Vives Antón(115) en 2004 ya distinguía entre la libertad de expresión que debería diferenciarse del plano de la inocuidad, pues una verdadera democracia ha de proteger la defensa de los diferentes discursos políticos. En relación con ello Lascuraín Sánchez(116), aseveraba que no es posible el castigo de la mera expresión de una ideología política, incluso siendo antidemocrática.

Con un castigo que no esté bien aquilatado puede afectarse a la libertad de expresión generándose el llamado *Deterrent effect*(117) o *Chilling effect* (Efecto desaliento) al que de forma muy acertada también hace referencia De Domingo Pérez(118). Por el contrario podemos encontrarnos en el llamado *Silencing effect*(119) (Efecto silenciador).

Un sector doctrinal en España ha criticado sin ambages los excesos de la vía punitiva emprendida por la reforma penal de 2015, y en este sentido Portilla Contreras(120) sostiene que estos delitos simbolizan el desprecio por la libertad de expresión, creencia e ideología. Así también Landa Gorostiza(121) realizó una interesante relación entre género y especie en relación con la conculcación de la libertad de expresión.

Según la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2021(122) los bienes jurídicos protegidos son la igualdad *ex* artículo 1 CE, el

---

(115) VIVES ANTÓN, T. S., «Sistema democrático y concepciones del bien jurídico: el problema de la apología del terrorismo», en *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 25, 2004, pp. 430 ss.

(116) LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «Cómo prevenimos los delitos de discriminación?», en García García, R. y Docal Gil, D. (Dir.), *Grupos de odio y violencias sociales*, Rasche, 2012, p. 33.

(117) ROIG TORRES, M., «El “Discurso del Odio” en el sistema norteamericano y europeo. Tratamiento del racismo y la xenofobia en el Proyecto de Reforma del Código Penal», en *Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, núm. 15, 2014, p. 180.

(118) DE DOMINGO PÉREZ, T., «La argumentación jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales: en torno al denominado *chilling effect* o “efecto desaliento”», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 122, 2003, pp. 141-166 y también De Domingo Pérez, T., «La teoría del desaliento en el ejercicio de los derechos fundamentales», en MARTÍNEZ-PUJALTE LÓPEZ, A. L. y DE DOMINGO PÉREZ, T., *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional. Teoría general e implicaciones*, Comares, Granada, 2011, pp. 85-105.

(119) FISS, O. M., *La ironía de la libertad de expresión*, GEDISA, Barcelona, 1999.

(120) PORTILLA CONTRERAS, G., «La represión penal del discurso del odio», en Quintero Olivares, G. (Dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Aranzadi, Pamplona, 2015.

(121) Véase LANDA GOROSTIZA, J. M., «Incitación al odio...», *op. cit.*, p. 337.

(122) Fiscalía General del Estado: *Memoria 2021*, p. 1082. Disponible en: [https://www.fiscal.es/memorias/memoria2021/FISCALIA\\_SITE/index.html](https://www.fiscal.es/memorias/memoria2021/FISCALIA_SITE/index.html). (Fecha de última consulta: 23 de marzo de 2022).

derecho a la no discriminación *ex* artículo 14 CE, y la dignidad de las personas, *ex* artículo 10 CE.

Por otra parte, si atendemos al derecho a la dignidad, se trata de un bien jurídico que puede oponerse frente a los abusos que puedan llegar a producirse en la esfera de la libertad de expresión. La dignidad como bien jurídico a proteger es algo difuso y no es cuestión pacífica entre la doctrina porque además puede constituir el comienzo de una tendencia antiliberal en la tradición jurídica en relación con la misma como un auténtico límite infranqueable por la libertad de expresarse libremente en aras de una «no cosificación»(123). Y es que las personas que sufren el «sinhogarismo» las más de las veces pasan a ser «una cosa más» entre el mobiliario urbano vulnerándose de forma contundente el derecho a la dignidad de las personas. Añón Roig(124) considera que «una identidad infravalorada o no reconocida causa un daño al individuo, en tanto que su identidad se forja en un contexto, en una relación dialéctica con una lengua y una cultura y eso forma parte de las fuentes de su yo», pero las personas sin hogar lamentablemente terminan perdiendo incluso su identidad y su origen que en la mayoría de las veces lo hacen en un olvido premeditado.

El honor también ha sido tratado por nuestra jurisprudencia constitucional y por buena parte de la doctrina como un límite a la libertad de expresión, si bien es preciso que este bien jurídico esté sustentado por otros bienes para que pueda acudir al castigo penal basado en el discurso del odio. En sí mismo el honor(125) no resul-

---

(123) Vid., así, ALONSO ÁLAMO, M., *Bien jurídico-penal y Derecho Penal mínimo de los derechos humanos*, Ediciones Universidad de Valladolid, Valladolid, 2014, pp. 122-124 y 172-174.

(124) AÑÓN ROIG, M.<sup>a</sup> J., «La interculturalidad posible: ciudadanía diferenciada y derechos», en De Lucas (Dir.) *La multiculturalidad*, 2001, pp. 227-228.

(125) Gómez Sánchez señala que el derecho al honor es inherente a la dignidad de las personas y que define un ámbito de la vida del individuo que ha de ser inmune a las perturbaciones de los poderes públicos y de los terceros. En base a esta inmunidad se permite a la persona rechazar cualquier intromisión no autorizada en el ámbito de su vida personal que pueda llegar a afectar a la valoración que de dicho sujeto se tenga en su ámbito personal o social. No existe un concepto del derecho al honor ni en la Constitución ni tampoco en la Ley orgánica 1/1982 y el Tribunal Constitucional ha remarcado la dificultad que existe en encontrar una definición en nuestro ordenamiento jurídico, puesto que se trata de un concepto que depende de normas, valores e ideas sociales que están vigentes y que cambian dependiendo de cada momento. Estamos ante lo que se denomina un concepto jurídico indeterminado. El derecho al honor puede tener una significación relativa y ser valorado de forma distinta en razón a los grupos sociales y a la relatividad que influye su régimen jurídico. Vid. GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *Derechos fundamentales... op. cit.* p. 267.

taría suficiente para ser opuesto a la libertad de expresión en igualdad de valor(126).

También en relación con el bien jurídico protegido se refiere Brandáriz García cuando afirma que una de las características que se predica de los delitos de odio es que, a diferencia de los delitos de discriminación que afectan al principio de igualdad, se dirigen contra bienes jurídicos fundamentalmente personales(127).

Por su parte, Serrano Gómez y Serrano Maíllo(128) postulan que hay una cierta inseguridad jurídica en cuanto al bien jurídico a proteger cuando se hace referencia por ejemplo a «situación familiar», factor que aquí nos ocupa. Y es que ¿a qué situación familiar se refiere el legislador? Entendemos que aquí tiene perfecto encaje una situación familiar compleja y desestructurada que, por una razón u otra, haya servido como medio para «expulsar» a un miembro de su seno para acabar durmiendo en las calles.

Gómez Rivero(129) señala que en este tipo de delitos el bien jurídico protegido consiste en preservar el derecho a la igualdad de trato sin que se tenga en cuenta la pertenencia a grupos sociales no dominantes y que además sean más vulnerables. En este punto, entendemos que las personas sin hogar son víctimas no solamente de un grupo social dominante, sino de toda la sociedad en sí misma considerada, que no ha sabido prevenir situaciones de extrema pobreza que afecta a tantos miles de españoles que se convierten en potenciales víctimas de todo tipo de delitos.

En nuestro país, el derecho a la igualdad tiene un contenido jurídico poco seguro, y *sensu contrario* la prohibición de discriminación ex artículo 14 CE, siguiendo a Rey Martínez es más consistente(130).

(126) Vid al respecto SUÁREZ ESPINO, M.<sup>a</sup> L., «Comentario a la STC 235/2007, de 7 de noviembre, por la que se declarara la inconstitucionalidad del delito de negación de genocidio», en *InDret*, abril 2008, pp. 4-6, en donde se argumenta entorno a la lesión del derecho a la dignidad y del honor.

(127) BRANDÁRIZ GARCÍA, J. A., «Victimización de migrantes», en Tamarit Sumalla, J. M. (Coord.), *Víctimas Olvidadas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 45-69.

(128) SERRANO GÓMEZ, A., SERRANO MAÍLLO, A., «Delitos contra la integridad moral», en SERRANO GÓMEZ, A., SERRANO MAÍLLO, A., SERRANO TÁRRAGA, M.<sup>a</sup> D. y VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., *Curso de Derecho penal parte especial*, Dykinson, Madrid, 2019.

(129) GÓMEZ RIVERO, C., «Violencia habitual contra las personas vinculadas al agresor...», *op. cit.* pp 234 ss.

(130) REY MARTÍNEZ, F., «El Principio de Igualdad en el contexto de la crisis del Estado Social: diez problemas actuales, Fundamentos», en *Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional*, núm. 8, 2014, p. 296.

De Urbano Castrillo(131) asevera que con este delito se tutela el obligado respeto al que es diferente, que es una consecuencia del principio de igualdad, al tiempo que se someten las libertades de expresión y en general las libertades intelectuales al superior imperio de la dignidad de todos los ciudadanos y se lanza de este modo un mensaje de convivencia pacífica, que según nuestro modo de ver está en peligro cuando la pobreza acucia a gran parte de la sociedad.

De Pablo Serrano y Tapia Ballesteros, entienden que el bien jurídico protegido en esta clase de delitos son la dignidad, el honor y la igualdad(132). Estos autores en cuanto al bien jurídico protegido de la igualdad o no discriminación, aseveran que en los delitos de odio estamos ante una situación de discriminación que conlleva un trato peyorativo que no atiende a la igualdad de todas las personas ante la ley y que a su vez trasciende y entra en conflicto directo con un modelo de convivencia social basado en el pluralismo, la tolerancia y el respeto de las diferencias, ejes fundamentales de nuestro Estado social y democrático de Derecho. En este sentido Dolz Lago también es del parecer que los delitos de odio destruyen el orden político y la paz social, valores superiores que quedarán dañados al pasar entendemos de una protección de bienes individuales a unos supraindividuales. De forma preclara Iglesias García(133) argumenta que el bien jurídico que se ha de proteger es cualesquiera acciones delictivas que tengan un origen en la discriminación y para evitar delitos que, si bien puede ser que *ab initio* no sean considerados como graves, sí lo serán a medio y largo plazo atacando la integridad física e incluso la vida de ciertos colectivos. Estamos de acuerdo con este autor por cuanto hace referencia a que los delitos de odio tienen dos componentes, y que son por una parte un prejuicio –elemento subjetivo– contra un determinado colectivo, y por otra una lesión de un bien jurídico tipificado en el Código penal, como puede ser la integridad física y/o psíquica –elemento objetivo–.

Vemos que también Portilla Contreras(134) apunta hacia una pluriobjetividad en la protección, pues entiende que se protege la igualdad y la seguridad de determinados colectivos, como pensamos que

---

(131) DE URBANO CASTRILLO, E., «De los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas», en Sánchez Melgar, J. (Coord.), *Código penal: comentarios y jurisprudencia*, Vol. IV, Sepín, Madrid, 2020.

(132) DE PABLO SERRANO, L. y TAPIA BALLESTEROS, P., «Discurso del odio: problemas en la delimitación del bien jurídico y en la nueva configuración del tipo penal», en *Diario La Ley*, núm. 8911, 2017, pp. 1-4.

(133) IGLESIAS GARCÍA, M. J., «Delitos de odio...», p. 808.

(134) PORTILLA CONTRERAS, G., «La represión penal del discurso del odio» *op. cit.*, p. 722.

pueden ser las personas que sufren exclusión social y pobreza debido a una situación familiar de origen. En esta línea también encontramos a buena parte de la doctrina criminológica, entre la que se posiciona Quesada Alcalá(135), que entiende que el bien jurídico protegido también es plural, y serán la orientación sexual, la identidad sexual, la discapacidad y, cualesquiera señas de identidad diferenciadas, como podrían ser la exclusión social y la pobreza. No podemos olvidar que la desestructuración y/o ruptura de la familia están en muchas ocasiones en el origen de la pobreza generadora de exclusión y marginación(136).

Sobre la situación familiar, origen de una posible discriminación, la Circular de la Fiscalía General del Estado 7/2019 de 14 de mayo sobre pautas para interpretar los delitos de odio(137) tipificadas en el artículo 510 del Código penal indica expresamente lo siguiente: «[...] El artículo 23.1 PIDCP establece que «la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado». En concordancia con lo anterior, el artículo 39.1 CE señala que «los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia». Así pues, nuestro Estado(138) no puede mostrarse ajeno ante los ataques discriminatorios por origen familiar y habrá de actuar de forma decidida para pro-

(135) QUESADA ALCALÁ, C., «La labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos... *op. cit.*, p. 8.

(136) A mayor abundamiento vid., Landa Gorostiza y Gómez Martín, que también entienden que estamos ante un delito pluriofensivo que tutela un bien jurídico mixto individual-colectivo, identificado como la protección del principio de igualdad y de las minorías especialmente vulnerables. LANDA GOROSTIZA, J. M., «Incitación al odio: evolución jurisprudencial (1995-2011)...», *op. cit.*

(137) Fiscalía General del Estado, *Circular 7/2019 de 14 de mayo de la Fiscalía General del Estado español sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código penal*. Disponible en: [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-7771](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-7771). (Fecha de última consulta: 22 de marzo de 2022).

(138) El Estado español tiene una responsabilidad clara en cuanto a la protección de los colectivos vulnerables, máxime cuando es receptor de normativa internacional, y por ende ha de cumplir el principio de responsabilidad del Estado. El órgano jurisdiccional español tiene la obligación de declarar la responsabilidad del Estado, que puede incumplir el Derecho de la Unión Europea, y que como consecuencia provoca un perjuicio a la persona que demanda. El órgano jurisdiccional de España ha de declarar en su caso la responsabilidad del Estado cuando existan tres condiciones de manera acumulativa, que son: I. La norma de la Unión Europea atribuye derechos en favor de los particulares; II. El derecho es identificable sobre la base de la norma; III. La infracción imputable al Estado ha generado un daño en la persona del demandante. Puede verse en relación con esta cuestión ORTEGA GÓMEZ, M., *Derecho de la Unión Europea*, J. M. Bosch, Barcelona, 2018, pp. 147-148.

teger a los más vulnerables que ni tan solo disponen de un lugar seguro para dormir [*sensu contrario* Hayek(139)].

Es de destacar que el concepto de «familia», sin embargo, se ha ido modulando progresivamente en función de la evolución histórica y social de cada comunidad, admitiendo formas de organización diversa. El TEDH ha reconocido que la noción que se recoge en el artículo 8.1 CEDH «toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar» no se limita a la fundada en vínculos matrimoniales y acoge otras situaciones de hecho(140).

Sea como fuere, bajo esa denominación de «situación familiar» se pueden englobar las conductas que discriminen por razón de la filiación, del estado civil o de cualquier otra condición, actividad, expresión o creencia de los familiares, tutores, adoptantes, o personas encargadas de la guarda o acogimiento.

---

(139) Por el contrario, Hayek indica que si hay una intervención del gobierno se exige en nombre de la justicia social dando lugar a la adopción de privilegios para ciertos grupos de personas. Según este autor, el Estado no ha de asegurar ninguna redistribución, sobre todo basándose en el criterio de justicia social. Hayek rechaza de plano toda corrección de los resultados que puedan surgir del mercado, sin importar lo insostenible que pueda ser para quienes están afectados, y lo argumenta fundamentalmente basándose en dos motivos: I) Los gobiernos utilizan los programas de ayuda como un medio para comprar votos y para no solucionar realmente los problemas de los más desfavorecidos. Afirma también que ningún programa de ayuda social ha logrado eliminar *a radice* la pobreza de un país, pues se elimina en todo caso en un mercado de economía libre fomentando el desarrollo individual. II) Hayek sostiene que los desfavorecidos en el proceso económico pueden llevar al gobierno mediante una presión política a legislar según sus intereses. Las posibilidades de participación de grupos, aunque sean desfavorecidos, son para él intentos de hacer valer intereses especiales injustos contra el normal desarrollo del mercado. Citado por Paredes Lovón en PAREDES LOVÓN, J. F., *Manual práctico de filosofía del derecho. Fundamentos del derecho y justicia*, J. M. Bosch, Barcelona, 2020, p. 339.

(140) STEDH de 26 de mayo de 1994, Keegan contra Irlanda. Según podemos extraer del acervo normativo de la Unión Europea y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la familia puede fundarse mediante el matrimonio, por la cohabitación o por el nacimiento de hijos. Se garantiza el derecho al respeto de la vida familiar, y la protección contra toda discriminación.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en cuanto al análisis de la existencia de una vida familiar, tiene en cuenta los vínculos que unen a los miembros de la familia y sobre todo y a pesar de los vínculos familiares de *iure*, que pueden ser engañosos, está dando una importancia que va creciendo con el tiempo a los vínculos familiares *de facto*, que son verdaderamente los que crean una familia auténtica. Sin embargo, hay que señalar que estos vínculos familiares no se limitan a las relaciones entre los padres y los hijos solamente, sino que también a la familia protegida extensa y en consecuencia, las relaciones entre los parientes próximos han de ser consideradas desde el punto de vista del interés de protección y la plenitud de la vida familiar. Véase SALES I JORDI, M., *La vida familiar en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una interpretación constructiva*, J. M. Bosch, Barcelona 2015, p. 36.



Pasando ya al ámbito del sujeto activo del delito de odio, puede serlo cualquiera, y es por ello por lo que estamos ante un delito de carácter común. Cabría incluso la posibilidad de que una persona reniegue de su religión, raza, condición etc. y provoque a otros para crear una situación de odio que termine en discriminación. Estamos de acuerdo con Gómez Rivero(141) cuando afirma que en este delito pueden subsumirse los comportamientos de un editor, librero, o el director de la publicación que difunde los comentarios a favor de actividades que puedan generar discriminación efectuadas por un tercero, o que publica libros, revistas, artículos, etc., que recojan alabanzas ideas o bien opiniones proclives hacia conductas discriminadoras.

En este punto queremos rememorar al mítico Carpanta, personaje del cómic español creado por el dibujante Escobar y que nació de la revista *Pulgarcito*, publicada por primera vez en 1947 durante la posguerra civil española. Carpanta es un descendiente de la mejor picaresca española protagonizada por el Lazarillo de Tormes y el Buscón. Carpanta se hacía acompañar de Protasio, en un deambular por la ciudad en búsqueda de comida, siendo la calle y la miseria protagonistas de su vida. ¿Tendría sentido actualmente publicar un cómic de este cariz?, ¿podría considerarse un delito de odio cometido por un editor que se mofa de quien pasa hambre y miseria? Evidentemente hay que situar al personaje protagonista en una situación muy concreta de la historia de España, si bien es cierto que en la actualidad hay muchos –demasiados– «Carpantas» que, deambulan por nuestras calles en búsqueda de comida con más o menos picaresca y fortuna, pero inmersos en la miseria(142).

En cuanto al sujeto pasivo del delito se refiere, en primer lugar, hemos de acotar a quién nos referimos cuando hablamos de «pobre». Según Flohr(143), este grupo de personas está configurado por aquellos que no tienen asegurados unos mínimos vitales en sus condiciones de vida, o no tienen acceso a un lugar adecuado para habitar que cumpla con las siguientes características: Privacidad adecuada, espacio adecuado, seguridad adecuada, seguridad de tenencia, accesibilidad física, estabilidad estructural, durabilidad, infraestructura básica adecuada como acceso al agua, higiene y manejo de residuos, luz adecuada, temperatura adecuada, y ventilación y ubicación adecuada en relación al trabajo.

---

(141) GÓMEZ RIVERO, C., «Violencia habitual contra las personas vinculadas al agresor...», *op. cit.*, pp., 609-610.

(142) VÁZQUEZ DE PARGA, S., *Los cómics del franquismo*, Planeta, Barcelona, 1980.

(143) FLOHR, H. R., «Transicional programs for homeless women with children: education, employment training, and support services», en *Children of poverty: studies on the effects of single parenthood, the feminization of poverty, and homelessness*, Garland Publishing, 1998.

El eje sobre el que pivota el artículo 510 CP es, como hemos indicado *ut supra*, la prohibición de la discriminación como derecho autónomo derivado del derecho a la igualdad, reconocido en el artículo 14 CE. La víctima de los delitos de odio basados en un origen discriminatorio por razón de la situación familiar verá conculcado el derecho a la igualdad y la no discriminación que se configuran como el presupuesto para el disfrute y ejercicio del resto de derechos fundamentales, como muestra su ubicación sistemática en el pórtico del Capítulo II («De los derechos y libertades»), dentro del Título Primero de nuestra Carta Magna, dedicado a los «Derechos y Deberes Fundamentales»(144).

Según algunos investigadores, la idea de jerarquía y dominación es la que está presente cuando un colectivo social se impone a otro subyugándole de forma violenta y estas ideas son inherentes a la victimización por odio, pues la violencia se ejerce como expresión de la actitud social hegemónica que perpetúa la subordinación de ciertos grupos, y es una violencia «punitiva» que tiene una función de recordar a los miembros de estos grupos la posición que ocupan en la sociedad. Sin embargo, esta visión no es unánime y ha sido discutida con el argumento de que responde a ciertas formas de victimización racista que no encajaría con la discriminación violenta que se ejerce contra colectivos como las personas que padecen discapacidad, personas de edad avanzada, o sin hogar porque cuando el sujeto activo actúa contra estos colectivos lo hace por la vulnerabilidad que padecen constituyendo grupos de víctimas «ideales»(145).

En relación con lo que es la configuración de un grupo vulnerable como sujeto pasivo del delito, Presno Linera(146) lleva a cabo una identificación del carácter relacional del mismo que depende de una serie de factores históricos, sociales e institucionales, haciendo aquí una referencia al sentido concreto del concepto, ya que la vulnerabilidad puede ser distinta en función de la posición ocupada por el colectivo, que implica siempre una situación de inferioridad, exclusión o estigmatización.

---

(144) Cfr. Fiscalía General del Estado, *Circular 7/2019, de 14 de mayo, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal*. Disponible en: [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-7771](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-7771), (Fecha de última consulta: 3 de septiembre de 2021).

(145) Vid. TAMARIT SUMALLA, J. M.<sup>a</sup>, *et al.*, «Delitos relativos a los derechos fundamentales y libertades públicas», 2016, pp. 504 ss.

(146) PRESNO LINERA, M. Á., «Estado de alarma por Coronavirus y protección jurídica de los grupos vulnerables», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho (monográfico, «Coronavirus»)*, (86-87), 2020, p. 55.

Si se hace una comparación con las víctimas de otra tipología de delitos no discriminatorios es obvio que las víctimas de delitos de odio tienen muchas más posibilidades de padecer ansiedad, inquietud, nerviosismo, una baja autoestima, y depresión, máxime cuando se carece de un hogar y se ha de dormir en las calles sin ningún tipo de protección y con el peligro que ello conlleva para la integridad física y psíquica. Las víctimas de delitos de odio que tienen su origen en rupturas familiares y que se ven abocados al «sinhogarismo» constituyen un colectivo altamente vulnerable y que es difícil de cuantificar porque entre otras cosas su devenir diario es estar condenados a deambular de un lugar a otro buscando algo de comida y dormir con un mínimo de seguridad, aunque sea bajo la potente e inoportuna iluminación de un cajero automático que en nada favorece a un descanso.

Este tipo de delitos en la mayor parte de ocasiones tienen la finalidad de humillar y vejar a la víctima consiguiendo crear en la misma un sentimiento de terror, angustia e incluso inferioridad(147). Nuestro legislador cuando tipifica el delito de odio busca proteger de forma mediata al colectivo al que la víctima pertenece(148), y ya no se trata de un bien jurídico exclusivamente personal con la dignidad del sujeto pasivo lesionada, sino que se ultrapasa y se convierte en un bien jurídico colectivo, que es la dignidad del grupo victimizado.

En relación al elemento subjetivo Tamarit Sumalla(149) entiende que es preciso que exista un móvil de discriminación y un *animus* provocativo, y Cámara Arroyo(150) muestra serias dudas acerca de que un delito de expresión que se integre en los denominados delitos de odio pueda ser cometido por imprudencia, pudiéndose admitir con criterios que cumplan los requisitos jurisprudenciales que lo diferencien de la imprudencia consciente. La modalidad dolosa eventual exige de un alto nivel de pro-

---

(147) Vid al respecto: STEDH, Asunto Nachova y otros c. Bulgaria (n.º 43577/98 y 43579/98), de 6 de julio de 2005; STEDH, Asunto DH y otros c. República Checa (n.º 57325/00), de 13 de noviembre de 2007; STEDH, Asunto Anguelova c. Bulgaria (n.º 38361/97), de 13 de junio de 2002; STEDH, Asunto Moldovan y otros c. Rumanía (n.º 41138/98 y 64320/01), de 30 de noviembre de 2005.

(148) DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «Delitos cometidos por motivos discriminatorios: una aproximación desde los criterios de legitimación para de la pena», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 57, 2004, pp. 377 ss. Dopico Gómez-Aller hace referencia a la supraindividualidad que justifica un aumento de la pena porque la acción delictiva de intimidación afecta a todo un colectivo.

(149) TAMARIT SUMALLA, J. M.<sup>a</sup>, *op. cit.*, p. 1982, 2016.

(150) CÁMARA ARROYO, S., *op. cit.*, p. 163. A mayor abundamiento Vid. STEDH M'Bala M'Bala v. Francia (dec.), no. 25239/13, 20 de octubre de 2015 sobre una flagrante manifestación de odio y antisemitismo disfrazada de producción artística, que se estima tan peligrosa como un ataque frontal y repentino y por tanto no merecía la protección de artículo 10 del CEDH.

babilidad de que aparezca el daño, y Serrano Gómez y Serrano Maíllo(151) entienden que estamos en la esfera de una serie de delitos de carácter doloso excluyéndose la posibilidad de este tipo de dolo.

Las SSTS núm. 820/2016, de 2 de noviembre y 846/2015, de 30 de diciembre, señalan a este respecto que «no es exigible una especie de «animus» singularizado de buscar específica y exclusivamente humillar» a los concretos destinatarios de la acción «como si fuese un añadido al dolo genérico: basta con conocer el carácter objetivamente humillante y vejatorio de las expresiones consideradas aislada y contextualmente, y asumirlo y difundirlo haciéndolo propio».

La Fiscalía General del Estado, en concreto exige para que la conducta sea típica, el que ésta haya sido realizada por un «motivo de odio o discriminación» contra un determinado grupo o sus integrantes, y considera que esta «motivación» es «un elemento subjetivo tendencial» que entendemos ha de tener el objetivo de contribuir a perpetuar la situación de desigualdad del colectivo contra el que la conducta se dirija (152).

En nuestro CP entendemos que se excluye la comisión imprudente *ex* artículo 12, al no haberse tipificado expresamente en ninguna de las conductas que podríamos considerar como delitos de odio. Sin embargo, se podrá considerar una imprudencia, cuando quepa esperar razonablemente que se produzca este efecto. Esta interpretación es coherente con la jurisprudencia del TEDH, en aquellos supuestos en los que se han impuesto sanciones penales para las expresiones utilizadas cuando se sabía que podían exacerbar una situación ya explosiva(153).

En la praxis no es nada infrecuente que concurra este tipo con otras figuras delictivas que también protegen la dignidad de las personas cuando se producen conductas de humillación o menosprecio, como es el caso del delito contra la integridad moral *ex* artículo 173 CP.

Por otra parte, Fuentes Osorio(154) defiende que las tentativas de inducción son peligrosas, puesto que la comunicación de la intención criminal coadyuva a la superación de posibles reparos en relación con un sujeto, al mismo tiempo que genera vínculos y obligaciones recíprocas o porque tiende al favorecimiento de la aparición de una interdependencia funcional que hace que sea factible el desarrollo de un plan criminal que no se puede ejecutar de forma aislada.

---

(151) SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAÍLLO, A., «Delitos contra la integridad moral», *op. cit.*, 2019.

(152) Vid. Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal.

(153) Vid. Zana v. Turquía, núm. 18954/91, 25 de noviembre de 1997 y Sürek v. Turquía, núm. 26682/95, 8 de julio de 1999.

(154) FUENTES OSORIO, J. L. «El odio como delito...», *op. cit.*, 46.

Es necesario traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo 72/2018, de 9 de febrero relativa al delito del artículo 510.1 del Código penal. En la misma se recoge lo siguiente: «[...] por su parte, el artículo 510 CP (...) se trata de un tipo penal estructurado bajo la forma de delito de peligro, bastando para su realización, la generación de un peligro que se concreta en el mensaje con un contenido propio del discurso de odio, que lleva implícito el peligro al que se refieren los convenios internacionales de los que surge la tipicidad. Éstos refieren la antijuricidad del discurso del odio sin necesidad de una exigencia que vaya más allá del propio discurso que contiene el mensaje de odio y que por sí mismo es contrario a la convivencia por eso considerado lesivo [...]».

El peligro latente de los discursos del odio consiste en que rápidamente pueden derivar en violencia, y es por ello por lo que la postura mayoritaria ha señalado que las condiciones (peligro real e inminente) son elementos básicos a considerar en el análisis de las expresiones controvertidas. De esta forma se ha posicionado, por ejemplo, la Corte Suprema de Estados Unidos(155).

Dicho lo anterior, podemos pensar que estamos en el ámbito de un delito de resultado, pues las personas que formen parte del colectivo que perpetra el delito serán sancionadas teniendo en cuenta las reglas previstas para el concurso ideal siempre y cuando se pueda apreciar un daño de algún otro bien jurídico a proteger. Por poner un ejemplo, si se cometiese una agresión física (una paliza en la calle) que tuviera su origen en una motivación de discriminación u odio de manera que no solo afectase a la integridad física, sino también a la propia dignidad, dicho comportamiento podría sancionarse como delito de odio en concurso con un delito o delito leve de lesiones, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 77, apartados 1 y 2 CP.

En la Circular de la Fiscalía General del Estado 7/2019 de 14 de mayo sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificadas en el artículo 510 del Código penal(156) en los delitos de odio, la dignidad

---

(155) Véanse las sentencias *Texas contra Johnson* 491, US, 397 (1989), sobre la quema de banderas; *RAV contra City of St. Paul*, 505, US 377 (1992), sobre la quema de cruces; *Snyder contra Phelps*, 131 S. Ct. 1207 (2011), sobre expresiones homofóbicas, entre otras.

(156) Fiscalía General del Estado., *Circular 7/2019 de 14 de mayo de la Fiscalía General del Estado español sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código penal*. Disponible en: [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-7771](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-7771). (Fecha de última consulta: 22 de marzo de 2022). Vid al respecto GARCÍA ÁLVAREZ, P., «El artículo 510.1.a) del Código Penal a la luz de la Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código

de las personas se convierte en el eje central de esta figura del inciso primero, que es el objeto de la lesión causada a través de la humillación, el menosprecio o el descrédito. Vemos que esta Circular se desmarca del concepto de delito de peligro e indica que lo relevante, en todo caso, es que se trata de una infracción de resultado, no de riesgo(157) abstracto(158), hipotético o potencial(159).

En cuanto a la penalidad se refiere, se prevé prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses, y se puede comprobar que ello supone una elevación del límite máximo de la pena privativa de libertad con respecto al precepto derogado, pues anteriormente se fijaba en los tres años. La duración de la pena pecuniaria, en cambio, permanece sin alteración.

Es muy crítico Hernández Royo en cuanto a la penalidad, pues indica que no hay proporcionalidad de la pena, ya que el artículo 510 CP castiga de forma desproporcionada si lo comparamos con tipos penales que revisten una mayor gravedad, siendo tributarios de un castigo más severo, y lo ejemplifica con el delito de lesiones *ex* artículo 147 CP que dispone una pena para el tipo básico de tres meses a tres años de prisión, pudiéndose aplicar en su mitad superior *ex* artículo 66 CP apreciándose la circunstancia agravante. Dicho autor señala de forma muy

---

Penal», en *La Ley Penal*, núm. 151, Sección Legislación aplicada a la práctica, julio-agosto 2021.

(157) En sentido contrario, podemos citar la Sentencia del Tribunal Supremo 1070/2019, de 12 de abril, en la que se resuelve un recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 10 de julio de 2018, dictada por la Audiencia Nacional en un procedimiento por delito de enaltecimiento y justificación del terrorismo.

Aquí se consideró que el delito requiere un elemento tendencial que le lleva a concluir que la sanción penal de las conductas de enaltecimiento del terrorismo sancionadas en el artículo 578 del Código penal, supone una legítima injerencia en el ámbito de la libertad de expresión de sus autores en la medida en que puedan ser consideradas como una manifestación del discurso del odio por proporcionar o alentar, aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades.

(158) En la Sentencia del Tribunal Supremo, dictada en el «Caso Pablo Hasél», se define el riesgo abstracto –en relación con el artículo 578 CP– como esa «aptitud ínsita de la actuación imputada y que va más allá de la mera expresión emotiva, sino que busca incitar a que se apoye y ayude a los que cometen actos de terrorismo». Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 135/2020, de 7 de mayo. Ponente Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

(159) Como recuerda la STS núm. 752/2012, de 3 de octubre (si bien en el ámbito del artículo 578 CP), «la humillación o desprecio a las víctimas afecta directamente a su honor como víctimas y, en último término, a su dignidad, valores que tienen reconocida igual relevancia en la Carta Magna (arts. 18.1 y 10 CE)» (FJ 3). Por lo tanto, siguen siendo de aplicación las consideraciones generales expuestas en esta Circular sobre la nula cobertura exculpatoria que, en estos casos, pueda alegarse que tenga el ejercicio de la libertad de expresión.



El artículo referenciado es conocido como agravante de discriminación y establece la capacidad de cometer un delito por el sujeto activo con una motivación basada en esta.

Este artículo solo podrá ser aplicado en los delitos que de una u otra forma no vengan regulados expresamente por el tipo como parte de conductas que no puedan ser calificadas como delitos de odio. Además, el agravante genérico del artículo 22.4 CP tiene como consecuencia que la pena se pueda imponer en su mitad superior, e incluso con la pena superior en grado si concurriese con otras agravantes.

Según Iglesias García(164), que se pertenezca a un colectivo determinado no es óbice para que pueda aplicarse, pues se tendrá que valorar la intención *ad casum* del sujeto activo del delito en relación con la comisión del hecho susceptible de ser calificado como delito, y de igual forma teniéndose en cuenta la motivación con origen discriminatorio por la cual se ha actuado.

Sin embargo, todo y existir el agravante indicado, entendemos que el artículo 510 del Código penal sí recoge la discriminación por origen basado en una situación familiar, que a nuestro modo de ver puede conllevar a una situación de pobreza económica, marginación y maltrato por parte de ciertos colectivos que actúan con una motivación aporofóbica de rechazo social fundamentado en el odio.

#### IV. CONCLUSIONES FINALES

El discurso del odio puede llegar a una banalización(165) de su significado si (166)no tiene un correlato claro con el delito de odio que aquí estamos analizando en relación con el colec-

---

(164) IGLESIAS GARCÍA, M. J., «Delitos de odio. Análisis jurídico penal en el Código penal español», en Bustos Rubio, M. y Abadías Selma, A. (Dirs.), *et al.*, *Una década de reformas penales: análisis de diez años de cambios en el Código penal (2010-2020)*, Bosch, Barcelona, 2020, p. 812.

(165) Vid., acerca de la banalización del discurso del odio, CORRECHER MIRA, J., «La banalización del discurso del odio: una expansión de los colectivos ¿vulnerables?, en *Indret*, 2020. Disponible en: <https://indret.com/wp-content/uploads/2021/04/1626.pdf>. (Fecha de última consulta: 10 de abril de 2022), p. 139.

(166) Simón Castellano también apunta la imprecisión y lo abierto que es el artículo 510 del Código penal, pudiendo colisionar con la libertad de expresión en los casos en que no haya un riesgo real de comisión delictiva mediante un discurso de odio. Vid. SIMÓN CASTELLANO, P., «Tipificar la exaltación y apología de los regímenes totalitarios...», *op. cit.*, pp. 3-4. Disponible en: <http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/20111/Tipificar.pdf?sequence=2>. Fecha de última consulta: 2 de abril de 2022.



tivo vulnerable de las personas sin hogar. El discurso del odio, la incitación al odio, para que sea punible ha de representar cuanto menos un peligro fundamentado e inminente de comisión de un delito basado en el odio contra colectivos vulnerables.

Si el castigo Penal del artículo 510 del Código penal español se lleva al extremo en un tipo que según nuestra humilde opinión es demasiado abierto, se corre el riesgo de coartar la libertad de expresión protegida en nuestra Constitución española. Por lo tanto, es muy necesario aquilatar la situación para que la aplicación sea atinada y no conculque ningún derecho, sino que proteja derechos de colectivos como es el de las personas que son protagonistas del presente artículo.

Como hemos indicado con anterioridad, parece ser que los delitos de odio han ido *in crescendo* en los últimos años, o cuanto menos los medios de comunicación se han hecho mayor eco por su gravedad e impacto mediático. Como bien apunta Teijón Alcalá(167) «[...] los comúnmente denominados delitos de odio han adquirido en los últimos años una gran relevancia social y una gran atención mediática. Es raro el día en que los medios de comunicación, con mayor o menor fortuna, no incluyen noticias sobre esta forma de criminalidad normalmente en un contexto sensacionalista». Pensamos que es necesario disponer de estadísticas nacionales y supranacionales que sean fiables para poder tener una idea más exacta de la existencia de esta tipología de delitos y poder actuar en consecuencia desde toda la sociedad.

La comunidad académica también se ha interesado por el estudio de esta tipología de delitos y a la vista está la abundante producción científica, que sin embargo tiene una carencia notable en cuanto a estudios empíricos se refiere. Y es que la información de la que disponen los investigadores para el estudio de los delitos de odio es realmente muy limitada y acotada, como bien indica Teijón Alcalá(168). Según el informe elaborado por el Centre d'Accollida Assís(169) mencionado *ut supra*, ni en España ni en el resto de los países europeos hay datos concretos sobre el número de personas sin hogar porque no existen mecanismos de registro normalizados formalmente en relación con el procedimiento ni periodicidad.

---

(167) TEIJÓN ALCALÁ, M., «La subcultura del odio y la violencia. Un análisis empírico sobre la asociación entre valores y conductas violentas», en *El odio como motivación Criminal*, Wolters Kluwer La Ley, Madrid, 2022, p. 321.

(168) TEIJÓN ALCALÁ, M., «Una mirada crítica al tratamiento de los delitos de odio en nuestro país», en *El odio como motivación Criminal*, Wolters Kluwer La Ley, Madrid, 2022, pp. 26-27.

(169) Centre d'acollida Assís., *Violencia directa, estructural... op. cit.*

Los delitos que están tipificados en los artículos 510 ss. CP tienen una etiología común, que es el ser cometidos como un ataque al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas, como también sucede con otras figuras tipificadas en distintos títulos del Código penal.

En la sección primera del capítulo cuarto se recogen tipos penales que pretenden proteger a derechos y libertades constitucionales, como es el caso de la discriminación y los delitos de odio, que tienen como substancia el abuso del derecho y libertades en forma de asociaciones, manifestaciones y reuniones fuera de la legalidad vigente.

En los casos de delitos relacionados con la discriminación existe una extensión de la protección de derechos que contiene nuestra carta magna para favorecer al ciudadano frente a excesos cometidos por los poderes públicos y también por particulares. Nuestro Derecho penal ante este panorama configura bienes jurídicos autónomos que están sustentados sobre el contenido material de la Constitución española. Y así pues, entendemos que existe un mayor peligro de conculcación de derechos entre particulares, que entre particulares y el Estado.

Si bien como hemos indicado anteriormente hay autores que argumentan sobre una posible expansión en exceso de una política criminal, y en relación a ello entendemos que hay derechos fundamentales recogidos en la Constitución española que cuando son conculcados de forma grave y contundente ha de intervenir el Derecho penal como *ultima ratio*, pero con todo su rigor.

Es cierto que existe una corriente liberal procedente de los Estados Unidos y también por parte de nuestra doctrina que han criticado el exceso de la punición que comenzó en la reforma penal de 2015 poniendo el punto de mira en la libertad de expresión, creencia e ideología. No negamos que ello pueda ser cierto, pero hay ataques contra bienes jurídicos como la integridad física y psíquica, la dignidad e incluso el honor que, si no disponen de una tutela firme y decidida por parte de los poderes públicos, habrán de ser protegidos por nuestras leyes penales.

También se ha criticado que la reforma de 2015 haya ido mucho más lejos en la penalización que tenía como origen la DM 2008/913 cuando se incluyen motivos de discriminación que estaban fuera como: el sexo, la orientación o identidad sexual, razones de género, enfermedad, discapacidad y la situación familiar.

Queremos remarcar que hay un colectivo muy sensible que no está protegido penalmente de forma suficiente, y que es el que padece una discriminación y abandono por parte de la sociedad y de los poderes públicos. Nos referimos a las personas que no tienen hogar debido en

su inmensa mayoría a situaciones familiares con rupturas traumáticas llegando a ser víctimas del odio y la aporofobia.

Además, el «Derecho penal de la aporofobia» entra plenamente en este contexto aceptando las directrices de las políticas neoliberales, debilitando los mecanismos de defensa de los derechos de inclusión de los pobres, e intensifica los instrumentos de represión directa de ejercicio de los mismos cuando ello resulte incompatible con la generación de beneficios, razón última de ser de los mercados, como de forma preclara apunta Terradillos Basoco(170).

Así las cosas, enlazamos la cuestión con la teoría de la anomia de Merton(171), que sostiene que la presión del nuevo orden hacia el éxito está derivando en un crecimiento de procedimientos ilegítimos, fundamentalmente de los que están en la base de la estructura social, que son los sujetos excluidos. Esto se explica por la imposibilidad de conseguirlo por medios que sean legales en una cultura que solamente premia el resultado, por lo que de forma indirecta se fomenta a los que son ilegales, a los que cometen actividades delictivas para conseguir sus objetivos y así conseguir pertenecer a la estructura social(172).

Por otra parte, entendemos que ha de haber un mayor merecimiento de pena (*Strafwürdigkeit*), cuando la delincuencia es cometida por odio discriminatorio que supone conculcar no solamente el bien jurídico protegido con el delito base al cual la agravante se aplica, sino además el valor superior de la igualdad entre todos los ciudadanos de nuestro país, fundamentando ello nuestro propio Estado social y Democrático de derecho(173).

Es cierto que en el artículo 510 del Código penal dedicado a los delitos de odio se habla de una «situación familiar» como origen, y queremos hacer especial inciso aquí, porque esta situación suele provenir de rupturas y provoca incluso el repudio de ciudadanos, que aboca a vivir en situación de miseria y peligro en las calles ante ata-

---

(170) TERRADILLOS BASOCO, J. M., *Aporofobia y plutofilia... op. cit.*, p. 71.

(171) Vid. MERTON, R. K., *Espacio Abierto*, Vol. 12, núm. 4, 2003, pp. 471-492. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/122/12212401.pdf>. (Fecha de última consulta: 13 de abril de 2022).

(172) Puede verse al respecto el interesante artículo de García Domínguez, que explica de forma meridianamente clara que la pobreza y la criminalidad van de la mano, desde el delito de bagatela hasta el ingreso en prisión, en un *iter* casi «pautado» y lamentablemente predecible. Vid. GARCÍA DOMÍNGUEZ, I., «Exclusión social y criminalidad: un análisis de las instituciones aporófobas través de los delitos patrimoniales», en *Revista Penal*, núm. 48, Tirant lo Blanch, pp. 33 ss.

(173) Véase BUSTOS RUBIO, M., «El artículo 22.4a del código penal: una circunstancia inconclusa en una realidad social aporófoba», en *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, REEPS 7 Especial, 2021, p. 10. Disponible en: <https://www.ejc-reeps.com/Bustos.pdf>. (Fecha de última consulta: 12 de abril de 2022).

ques directos incluso contra la vida, como hemos relatado en base a hechos reales que han sucedido en nuestro país en los últimos años.

Sin embargo, alguna autora como Souto Galván(174), ha puesto de relieve la ineficacia del artículo 510 CP debido a la reforma del año 2015, que según la misma amplió de forma innecesaria tanto la conducta punible como las circunstancias que definen a los colectivos que son objeto de tutela. En relación con esta deficiencia técnica del legislador ello plantea muchas cuestiones que incluso llegarían a la posible inconstitucionalidad de la norma.

Entendemos que estamos ante un colectivo vulnerable muy concreto, que es el de las personas sin hogar porque han sufrido por diversas razones una expulsión literal de su núcleo familiar, y ello ha provocado que entren a formar parte de este colectivo tan desfavorecido y que debe ser protegido también a nuestro entender por el artículo 510.1 del Código penal como un delito de odio en el que se tendría que incluir la aporofobia como parte del tipo. En nuestro país los debates jurídicos más relevantes sobre la aporofobia han tenido lugar como consecuencia de las propuestas para incluir esta última como una categoría de delito de odio en los artículos 510 ss. del Código penal.

Realizando una revisión de la literatura científica, vemos que este colectivo de las personas sin hogar debido a una situación familiar concreta no ha sido suficientemente objeto de estudio y valoración en relación con los delitos de odio y es por ello que hemos querido traer la cuestión a este artículo.

Creemos que se trata de un verdadero colectivo muy sensible con problemáticas muy graves que se imbrican entre sí y que comienzan con la situación familiar de ruptura y avanzan hacia caminos que conllevan al alcoholismo, la drogadicción, enfermedades mentales, delincuencia de baja intensidad incluso para alimentarse(175), desahucios,

---

(174) SOUTO GALVÁN, B., «Sobre el discurso político xenófobo. Especial referencia al caso español», en Teijón Alcalá, M. (Dir.), *El odio como motivación criminal*, Wolters Kluwer La Ley, Madrid, 2022, p. 88.

(175) Pena González nos habla sobre el «Derecho penal de Aporofobia», que tiene dos rasgos distintivos: por una parte, el sesgo de criminalización de nuestro Código penal, que tiene hacia los pequeños crímenes, y por otra, la falta de protección del colectivo de personas pobres. La autora de forma muy acertada habla de una sobre-criminalización de los grandes crímenes y la infra-criminalización de los pequeños crímenes, llegándose a criminalizar la pobreza con un excesivo castigo de la pequeña delincuencia, que es la que cometen las personas excluidas socialmente. Y todo ello tiene su contraparte en la «Plutofilia» o «Derecho penal del amigo», que beneficia a los grandes crímenes perpetrados por los que tienen poder económico. El objetivo de estos criminales de alto poder adquisitivo son entes como la Hacienda Pública o la Seguridad Social. Véase Pena González, W., «El

y al «sinhogarismo». Es un colectivo porque las personas que lo conforman tienen unas características muy comunes y porque es obvio que son objeto de tutela por organizaciones no gubernamentales que les brindan todo el apoyo que pueden como como: Cáritas diocesana(176), Fundación Mensajeros de la Paz(177) que preside el Padre Ángel, Asociación Arrels(178), Comunidad de San Egidio(179), Fundación Asís(180), Antoni Milián (catedrático de Derecho Administra-

---

comunitarismo y el Derecho penal de Aporofobia», en *Revista penal*, núm. 47, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 248. Una muestra más del «Derecho penal de la aporofobia» es el castigo de las personas pobres, que han de vivir en una economía sumergida siendo explotados. Nos referimos fundamentalmente a aquellas personas que vienen de otros países y trabajan en la más estricta ilegalidad del «top manta». A este colectivo de personas desfavorecidas hace referencia Benito Sánchez cuando señala que «[...] en el momento actual estamos ante un Derecho penal que pone la lente sobre los excluidos del sistema, castigando conductas de escasa o nula lesividad para bienes jurídicos que, como sucede con el caso del «top manta», se llevan a cabo porque son la única opción para subsistir. Su criminalización vulnera el principio de intervención mínima, razón por la cual, se aboga por su despenalización [...]». No podemos olvidar además que este colectivo de personas desfavorecidas económicamente son frecuentemente víctimas de agresiones, extorsiones, amenazas, etc. Vid. BENITO SÁNCHEZ, D., «Aporofobia y delito: la criminalización del Top manta», en *Revista penal*, núm. 48, 2021, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 5 ss.

(176) Cáritas. Disponible en: <https://www.caritas.es/>. (Fecha de última consulta: 11 de abril de 2022).

(177) Fundación Mensajeros de la paz. Disponible en: [https://mensajerosdelapaz.org/?gclid=CjwKCAjwo8-SBhAlEiwAopc9W9wsTSC841txGhSzapG03rJ22rS6VXA9I59uIA\\_6ar6RAgqWcba6CRoCxFYQAvD\\_BwE](https://mensajerosdelapaz.org/?gclid=CjwKCAjwo8-SBhAlEiwAopc9W9wsTSC841txGhSzapG03rJ22rS6VXA9I59uIA_6ar6RAgqWcba6CRoCxFYQAvD_BwE). (Fecha de última consulta: 11 de abril de 2022). Ángel García, más conocido como Padre Ángel nació en plena Guerra Civil. Su labor filantrópica se inició en 1962, tras una visita al Orfanato de Oviedo, recién ordenado sacerdote. Allí fue destinado ocupándose de la capellanía. Ese año funda su ONG junto con Ángel Silva Sánchez. Asentado en Madrid, desde su parroquia, San Antón, ha emprendido diversas iniciativas solidarias. La iglesia permanece abierta las 24h del día, para alojar a personas sin techo y ofreciéndoles desayuno. En 2016 abrió el restaurante *Robin Hood*, que tiene la particularidad de ser un establecimiento normal durante el día pero que, a partir de las 19h, ofrece cena gratuita a personas desfavorecidas.

(178) Fundación Arrels., Disponible en: <https://www.arrelsfundacio.org/>. (Fecha de última consulta: 11 de abril de 2022). Acompañan y orientan a las personas sin hogar que viven en las calles de Barcelona, priorizando la atención a aquellas que llevan años en la calle y se encuentran en una situación más vulnerable.

(179) Comunidad de San Egidio., Disponible en: <https://www.santegidio.org/pageID/1/langID/es/HOME.html>. (Fecha de última consulta: 11 de abril de 2022).

(180) Asociación Asís., Disponible en: <https://www.asisfundacion.org/quienes-somos-que-pensamos/>. (Fecha de última consulta 4 de abril de 2022). La Asociación Solidaria de Integración Social (ASIS) es una ONG que se constituyó el 28 de febrero de 2002, con ámbito regional para toda Andalucía, y declarada de Utilidad Pública por el Ministerio del Interior el 19 de junio de 2008. ASIS protege a colectivos vulne-

tivo) y «padre» de la ley para las personas sin hogar(181), Fundación Pare Manel(182), etc.

Como consecuencia del incremento de la pobreza la Organización de Naciones Unidas también se ha preocupado por ello como hemos indicado anteriormente, y se ha marcado un objetivo para el año 2030 en aras de conseguir una reducción a un máximo del 3 % de la población mundial.

Por otra parte, no podemos olvidar a las personas que actualmente viven en una situación que podríamos denominar de «pobreza invisible», que conforma colectivos de personas que no pueden utilizar, por ejemplo, la energía eléctrica por lo elevado de su precio, sufriendo la «pobreza energética», y llegan a fin de mes con un ahogo económico acuciante. Se trata de personas que pasan inadvertidas porque mantie-

---

rables de la pobreza, soledad, abandono, desorientación, presentismo y confusión en los jóvenes.

(181) Tras muchos años enseñando derecho administrativo en la UAB y otros tantos repartiendo cenas y, sobre todo, ofreciendo el hombro, en la calle, unió ambas cosas redactando una ley pionera codo a codo con las principales entidades sociales del país que se plantea erradicar en el «Sinhogarismo» en Cataluña en 2023. Milián se dio cuenta de que las personas sin hogar están huérfanas de una ley que se proponga emanciparlas y protegerlas y se puso a ello. Milián se fue a ver a todas las entidades del sector para plantear una iniciativa legislativa y tuvo muy buena acogida. Después invitó a otros profesores de Derecho para ir redactando el texto, con reuniones constantes con las entidades y a inicios de 2021 ya tenía un texto cerrado y se plantearon el siguiente paso. ¿Cómo llevarlo al Parlament?, y optaron por la vía de la proposición de ley. Llegó al 25 de enero, día en el que la proposición se registró con el apoyo de todos los partidos (menos Vox). Los trámites parlamentarios son largos, y en 2023 podría estar aprobada y entrar en vigor. El texto legal fue impulsado y dirigido por Antoni Milián i Massana, catedrático de derecho administrativo de la Universidad Autónoma de Barcelona (UAB), con la colaboración de Vicenç Aguado i Cudolà, catedrático de derecho administrativo de la Universidad de Barcelona (UB), Lúdia Pitarch, profesora y doctora en Seguridad Humana y derecho global (UAB) y de Raquel Prado y Almudena González, profesoras de derecho administrativo (UB).

(182) Vid. Fundación Pare Manel. Disponible en: <https://www.paremanel.org/?q=qui-som>. (Fecha de última consulta: 11 de abril de 2022). Manel Pousa Engroñat, más conocido como Pare Manel, ejerció su ministerio en la parroquia de la Santísima Trinidad de la Trinitat Vella y en los barrios de Verdum y Les Roquetes (distrito de Nou Barris de Barcelona), donde destacó con el trabajo de calle con presos y dirigió la extensión de los servicios de la parroquia. El 2004 creó la Fundación Pare Manel para trabajar con personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad. La fundación y la gala que celebraba cada año crecieron con el apoyo de artistas como Joan Manuel Serrat, Pepe Rubianes, Tortell Poltrona, Sergi López, Miguel Ríos, Joan Lluís Bozzo y Tricycle, el exfutbolista José Mari Bakero, así como su amigo de infancia Carles Flavià, "showman" y antiguo sacerdote ya fallecido. En 2009 recibió la Creu de Sant Jordi de la Generalidad de Cataluña y la Medalla de Honor de Barcelona. El 9 de septiembre de 2020, tras ingresar el día anterior por sospechas de sufrir Covid-19, murió a causa de una embolia en el Hospital Universitario Valle de Hebrón de Barcelona.

nen una vida aparentemente normal entre la gente del barrio, pero cuando llegan a casa se enfrentan a la imposibilidad de ducharse con agua caliente porque les han cortado el suministro por impago, entrando en injustas y limitadoras listas de morosos y convirtiéndose así en un colectivo muy vulnerable.

Estamos muy de acuerdo con Landa Gorostiza(183) cuando nos invita a reflexionar de forma pausada, a escuchar y a dialogar para encontrar las mejores soluciones jurídicas que van a afectar a colectivos muy vulnerables que precisan de una tutela legal clara y concisa. Nos tendremos que «nutrir» de la normativa internacional(184) alejándonos del exceso del punitivismo que en nada contribuye a la protección de quienes más lo necesitan en nuestra supuestamente avanzada sociedad española del siglo XXI que en los tiempos convulsos que estamos viviendo adolece todavía de grandes carencias de protección social.

No podemos tolerar que se excluya de la sociedad a una gran parte de esta, a la gente pobre o que está muy cerca de la pobreza, porque ello genera una desigualdad social perversa y que va en contra de la misma hacia una autodestrucción. Estamos hablando de miles de ciudadanos que tienen el derecho a no tener ningún derecho, y que pasan sus días y sus noches bajo el cielo, sin protección alguna a merced de cualquier criminal que les pueda atacar.

---

(183) LANDA GOROSTIZA, J. M., «Delitos de odio y estándares internacionales: una visión crítica a contra corriente», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 22-19, 2020, pp. 1-34. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/22/recpc22-19.pdf> (Fecha de última consulta: 8 de abril de 2022).

(184) Sobre legislación internacional, y concretamente en relación con el Estatuto de la Corte Penal Internacional, puede verse al respecto el clarificador artículo de Héctor Olásolo y Clara Esperanza Hernández Cortés. Olásolo Alonso, H. y Hernández Cortés, C. E.; «El tratamiento de la Aporofobia en el Estatuto de la Corte Penal Internacional: particular atención a las agresiones contra los habitantes de la calle», en *Revista Penal*, Tirant lo Blanch, núm., 47, 2021, pp. 227 ss. En este artículo pueden verse muchas reflexiones de gran interés y entre ellas destaco que los autores señalan que en base a la violencia ejercida contra las personas sin hogar que se encuentran en situación de pobreza debido al rechazo, la aversión o el desprecio de los criminales, surge la cuestión sobre si estas conductas de discriminación por motivos de aporofobia cumplen con los elementos fundamentales y contextuales de los crímenes de lesa humanidad. Los autores apuntan sobre la idea de que estas agresiones discriminatorias se llevan a cabo contra un grupo que está muy claramente definido de la población civil, que consta de los habitantes de la calle que viven y duermen en los espacios públicos, y en ello no podemos estar más de acuerdo. Sin embargo, faltaría entendemos, el elemento de que un estado como el nuestro no realizase ningún tipo de política para luchar contra las agresiones de discriminación que se sufren por parte de los habitantes de la calle, sin detenernos a valorar si se trata de políticas suficientemente eficaces o no.

Un Derecho penal que se precie de ser moderno ha de ser capaz de actuar en una sociedad dinámica y poliédrica integrando aspectos socioeconómicos en la esfera de los delitos cometidos por prejuicios discriminatorios. Y pensamos que todo ello ha de ir acompañado de una mayor concienciación de nuestra sociedad en relación con aquellos que viven en la pobreza, para darles la oportunidad de dejar de ser víctimas y convertirse en ciudadanos con todos sus derechos y deberes.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- ACHUTEGUI OTAOLAURRUCHI, P., «Victimización de los delitos de odio. Aproximación a sus consecuencias y a las respuestas institucional y social», en *Revista de Criminología*, núm. 5, 2017, pp. 46 y 57.
- AGENCIAS, «Una anciana de Reus que tenía la luz cortada muere en un incendio causado por una vela», en *El País*. Disponible en: [https://elpais.com/ccaa/2016/11/15/catalunya/1479194257\\_868133.html](https://elpais.com/ccaa/2016/11/15/catalunya/1479194257_868133.html). (Fecha de última consulta: 13 de abril de 2022).
- ALASTUEY DOBÓN, C., «La reforma de los delitos de provocación al odio y justificación del genocidio en el Proyecto de Ley de 2013: consideraciones críticas», en *Diario LA LEY*, núm. 8245, Sección Doctrina, 6 de febrero, 2014, pp. 4-8.
- «Discurso del odio y negacionismo en la reforma del Código Penal de 2015», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 18-14, 2016, p. 10. Disponible en Internet: <http://criminnet.ugr.es/>. (Fecha de última consulta: 21 de marzo de 2022).
- ALCÁCER GUIRAO, R., «Discurso del odio y discurso político: En defensa de la libertad de los intolerantes», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 14-02, 2012, pp. 5 ss. Disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/14/recpc14-02.pdf>, (Fecha de última consulta: 16 de marzo de 2022).
- ALONSO ÁLAMO, M., «Sentimientos y Derecho Penal», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 106, 2012, pp. 49-50.
- *Bien jurídico-penal y Derecho Penal mínimo de los derechos humanos*, Ediciones Universidad de Valladolid, Valladolid, 2014, pp. 122-124 y 172-174.
- AÑÓN ROIG, M.<sup>a</sup> J., «La interculturalidad posible: ciudadanía diferenciada y derechos», en De Lucas (Dir.) *La multiculturalidad*, 2001, pp. 227-228.
- ASOCIACIÓN ASÍS, Disponible en: <https://www.asisfundacion.org/quienes-somos-que-pensamos/>. (Fecha de última consulta 4 de abril de 2022).
- ASSÍS., «Cap dona sense llar». Disponible en: <https://www.donessensellar.org/llar-rosario-endrinal>. (Fecha de última consulta: 8 de abril de 2022).
- BECKER, H., *Outsiders. Hacia una sociología de la desviación*, Siglo XXI, México, 2010.



- BENITO SÁNCHEZ, D., Evidencia empírica y populismo punitivo: el diseño de la política criminal, Bosch, Barcelona, 2020, p. 159.
- «Aporofobia y delito: la criminalización del top manta», en *Revista penal*, núm. 48, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 5 ss.
- BERNAL DEL CASTILLO, J., *La discriminación en el derecho penal*, Comares, Granada, 1998, pp. 32-33.
- BERTONI, E. A., *Libertad de expresión en el Estado de derecho. Doctrina y jurisprudencia nacional, extranjera e internacional*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007, p. 179.
- BLEICH, E., «Responding to racist violence in Europe and the United States», en Goodey, J. & Aromaa, K. (Eds.). *Hate Crime, Papers from the 2006 and 2007, Criminal Justice Press Stockholm Criminology Symposiums*, Helsinki, 2008, p. 9.
- BOECKMANN, R. J. & Turpin-Petrosino, C., «Understanding the Harm of Hate Crime», en *Journal of Social Issues*, 2002.
- BRANDÁRIZ GARCÍA, J. A., «Victimización de migrantes», en Tamarit Sumalla, J. M. (Coord.), *Víctimas Olvidadas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 45-69.
- BUSTOS RUBIO, M., *Aporofobia y delito. La discriminación socioeconómica como agravante (art. 22 4.ª CP)*, J. M. Bosch, Barcelona, 2020, pp. 30-31.
- «El artículo 22.4a del código penal: una circunstancia inconclusa en una realidad social aporófoba», en *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, REEPS 7 Especial, 2021, p. 10. Disponible en: <https://www.ejc-reeps.com/Bustos.pdf>. (Fecha de última consulta: 12 de abril de 2022).
- «Aporofobia, motivos discriminatorios y obligaciones positivas del Estado: el artículo 22.4a CP entre la prohibición de infraprotección y la subinclusión desigualitaria», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 23-04, 2021, p. 3. Disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/23/recpc23-04.pdf>. (Fecha de última consulta: 12 de abril de 2022).
- «¿*Cogitationis poenam nemo patitur*? La agravante de discriminación en la encrucijada: principio de legalidad penal vs. Principio del hecho», en Teijón Alcalá, M. (Dir.), *El odio como motivación Criminal*, Wolters Kluwer La Ley, Madrid, 2022, p. 244.
- BUSTOS RUBIO, M., BENITO SÁNCHEZ, D. y PÉREZ CEPEDA, A. M.<sup>a</sup>, «La Aporofobia como agravante penal de discriminación», en *Agenda pública. El País*. Disponible en: <https://agendapublica.elpais.com/noticia/13689/aporofobia-agravante-penal-discriminacion>. (Fecha de última consulta: 13 de abril de 2022).
- CÁMARA ARROYO, S., «El concepto de delitos de odio y su comisión a través del discurso. Especial referencia al conflicto con la libertad de expresión», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LXX, 2017.
- «Delitos de odio: concepto y crítica: ¿límite legítimo a la libertad de expresión? (1)», en *La Ley Penal*, núm. 130, Sección Legislación aplicada a la práctica, enero-febrero 2018, Wolters Kluwer, p. Atrás4.
- CÁMARA VILLAR, G., «Principio de igualdad de derechos individuales», en Cámara Villar, G.; López Aguilar, J. F.; Balaguer callejón, M.<sup>a</sup> L. y Mon-

- tilla Martos, J. A., *Manual de Derecho constitucional*, Vol. II., Tecnos, Madrid, 2020, p. 151.
- CANO PAÑOS, M.Á., «Internet y terrorismo islamista: aspectos criminológicos y legales», en *Eguzkilore*, núm. 22, 2008, pp. 67-88.
- Cáritas. Disponible en: <https://www.caritas.es/>. (Fecha de última consulta: 11 de abril de 2022).
- Centre d'acollida Assís., *Violencia directa, estructural y cultural contra personas sin hogar*, 2016.
- Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), *Recomendación general núm. 15 relativa a la lucha contra el discurso de odio y memorándum explicativo adoptada el 8 de diciembre de 2015*. Disponible en: <https://rm.coe.int/ecri-general-policy-recommendation-n-15-on-combating-hate-speech-adopt/16808b7904>. (Fecha de última consulta: 4 de abril de 2022).
- Consejo de Europa., Disponible en: <https://www.coe.int/es/web/compass/council-of-europe> (Fecha de última consulta: 1 de abril de 2022).
- Consejo de la Unión Europea. *Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal*. Disponible en: [https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2008-82444#:~:text=L%2D2008%2D82444-,Decisi%C3%B3n%20Marco%202008%2F913%2FJAI%20del%20Consejo%2C%20de%2028,a%2058%20\(4%20p%C3%A1gs.%20\)](https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2008-82444#:~:text=L%2D2008%2D82444-,Decisi%C3%B3n%20Marco%202008%2F913%2FJAI%20del%20Consejo%2C%20de%2028,a%2058%20(4%20p%C3%A1gs.%20)). (Fecha de última consulta: 28 de marzo de 2022).
- CORTINA ORTS, A., «Aporofobia», en *ABC cultural*, 1995, núm., 213, p. 63.
- *Aporofobia, el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia*, Ed. Paidós, Barcelona, 2017.
- CORRECHER MIRA, J., «La banalización del discurso del odio: una expansión de los colectivos ¿vulnerables?», en *Indret*, 2020. Disponible en: <https://indret.com/wp-content/uploads/2021/04/1626.pdf>. (Fecha de última consulta: 10 de abril de 2022).
- CUEVA FERNÁNDEZ, R., «A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo 259/2011: Discurso del odio, incitación y derecho al honor colectivo. ¿Una nueva vuelta de tuerca contra la prohibición del hate speech?», en *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 2, 2012, p. 100.
- DE DOMINGO PÉREZ, T., «La argumentación jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales: en torno al denominado “chilling effect” o “efecto desaliento”», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 122, 2003, pp. 141-166.
- «La teoría del desaliento en el ejercicio de los derechos fundamentales», en Martínez-Pujalte López, A. L. y De Domingo Pérez, T., *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional. Teoría general e implicaciones*, Comares, Granada, 2011, pp. 85-105.
- DE PABLO SERRANO, L. y TAPIA BALLESTEROS, P., «Discurso del odio: problemas en la delimitación del bien jurídico y en la nueva configuración del tipo penal», en *Diario La Ley*, núm. 8911, 2017, pp. 1-4.

- DEL ROSAL BLASCO, B., «Los derechos a la libertad, a la seguridad de la persona, a la no sumisión, a esclavitud o servidumbre ¿están suficientemente garantizados en la Unión Europea?», en Bartlett (Coord.) y Bardají, M.<sup>a</sup> D., *La Declaración Universal de los Derechos Humanos cumple 60 años*, J. M. Bosch, Barcelona, 2011, pp. 82-83.
- «La regulación legal de los actos preparatorios en el Código penal de 1995», en Jorge Barreiro, A.; Bajo Fernández, M. y Suárez González, C. J. (Coords.), *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Madrid, 2005, pp. 953-954.
- DE URBANO CASTRILLO, E., «De los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas», en Sánchez Melgar, J. (Coord.), *Código penal: comentarios y jurisprudencia*, Vol. IV, Sepín, Madrid, 2020.
- DÍAZ LÓPEZ, J. A., *El odio discriminatorio como circunstancia agravante de la responsabilidad penal*, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2012. De la cocina apaga la luz de la luz al llamar a Lourdes a las 10 no Madrid isa aleatorio
- DOLZ LAGO, M. J., «Oído a los delitos de odio: algunas cuestiones claves sobre de la reforma del artículo 510 CP por LO 1/2015», en *Diario La Ley*, núm. 8712, 2016.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «Delitos cometidos por motivos discriminatorios: una aproximación desde los criterios de legitimación para de la pena», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 57, 2004, pp. 377 ss.
- EAPN España., «El Estado de la Pobreza. España 2021 XI Informe anual sobre el riesgo de pobreza y exclusión». Disponible en: <https://www.eapn.es/estadodepobreza/>. (Fecha de última consulta: 6 de abril de 2022).
- EFE., (26 de junio de 2021)., «Detenidos dos menores por agredir a un indigente y mofarse de él en Málaga», en *El Mundo*. Disponible en: <https://www.elmundo.es/andalucia/malaga/2021/06/26/60d6f535e4d4d87e208b4577.html>. (Fecha de última consulta: 10 de abril de 2022).
- ESQUIVEL ALONSO, Y., «El discurso del odio en la jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos», en *Revista Mexicana de Derecho constitucional*, Núm. 35, 2016. Disponible en: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1405919318300015#fn0090>. (Fecha de última consulta: 11 de abril de 2022).
- Fiscalía General del Estado., *Circular 7/2019 de 14 de mayo de la Fiscalía General del Estado español sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código penal*. Disponible en: [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-7771](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-7771). (Fecha de última consulta: 22 de marzo de 2022).
- Fiscalía General del Estado., *Memoria 2021*, p. 1082. Disponible en: [https://www.fiscal.es/memorias/memoria2021/FISCALIA\\_SITE/index.html](https://www.fiscal.es/memorias/memoria2021/FISCALIA_SITE/index.html). (Fecha de última consulta: 23 de marzo de 2022).
- FISS, O. M., *La ironía de la libertad de expresión*, GEDISA, Barcelona, 1999.

- FLOHR, H. R., «Transicional programs for homeless women with children: education, employment training, and support services», en *Children of poverty: studies on the effects of single parenthood, the feminization of poverty, and homelessness*, Garland Publishing, 1998.
- FUENTES OSORIO, J. L., «El odio como delito», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2017, núm. 19-27, pp. 1-52. Disponible en internet: <http://criminnet.ugr.es/recpc/19/recpc19-27.pdf>. (Fecha de última consulta: 28 de marzo de 2022).
- Fundación Arrels., Disponible en: <https://www.arrelsfundacio.org/>. (Fecha de última consulta: 11 de abril de 2022).
- Fundación Mambré., Disponible en: <https://www.fundaciomambre.org/>. (Fecha de última consulta: 12 de abril de 2022).
- Fundación Mensajeros de la paz. Disponible en: [https://mensajerosdelapaz.org/?gclid=CjwKCAjwo8-SBhAlEiwAoqc9W9wsTSC841txGhSzap-G03rJ22rS6VXA9I59uIA\\_6ar6RAgqWcba6CRoCxFYQAvD\\_BwE](https://mensajerosdelapaz.org/?gclid=CjwKCAjwo8-SBhAlEiwAoqc9W9wsTSC841txGhSzap-G03rJ22rS6VXA9I59uIA_6ar6RAgqWcba6CRoCxFYQAvD_BwE). (Fecha de última consulta: 11 de abril de 2022).
- Fundación Pare Manel. Disponible en: <https://www.paremanel.org/?q=quiosom>. (Fecha de última consulta: 11 de abril de 2022).
- GARCÍA, J. M., «El autor del crimen del cajero se confiesa 11 años después y pide perdón», en *La Vanguardia*, 30 de noviembre de 2016. Disponible en: <https://www.lavanguardia.com/sucesos/20161130/412265150854/ricard-pinilla-barnes-crimen-cajero-barcelona.html>. (Fecha de última consulta: 8 de abril de 2022).
- GARCÍA ÁLVAREZ, P., «El artículo 510.1.a) del Código Penal a la luz de la Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal», *La Ley Penal*, núm. 151, Sección Legislación aplicada a la práctica, Julio-Agosto 2021.
- «El efecto perverso de la recepción del fenómeno de los delitos de odio en el sistema penal español», en Teijón Alcalá, M. (Dir.), *El odio como motivación Criminal*, Wolters Kluwer La Ley, Madrid, 2022, p. 59.
- GARCÍA DOMÍNGUEZ, I., «Exclusión social y criminalidad: un análisis de las instituciones aporófobas través de los delitos patrimoniales», en *Revista Penal*, núm. 48, Tirant lo Blanch, pp. 33 ss.
- GARCÍA SÁNCHEZ, B., «Algunas manifestaciones de la política Criminal de exclusión. Derecho penal del amigo: Corrupción pública (la criminalidad de cuello blanco)», en *Revista Penal*, núm. 47, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 61 ss.
- GIMBERNAT ORDEIG, E., en *Prólogo a la 9.ª ed. del Código Penal* (edición de Gimbernat Ordeig, E., y Mestre Delgado, E.), Tecnos, Madrid, 2004.
- GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, E., ROMÁN MAESTRE, B. y GARCÍA SOLÉ, M., «Sociedad abierta y delitos de odio en la era de la globalización», en *Eguzkilore*, núm. 17, 2003, pp. 121 ss.
- GÓMEZ MARTÍN, V., «Odio en la Red», en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 3.ª época, 20, 2018, pp. 411-449.

- GÓMEZ RIVERO, C., «Violencia habitual contra las personas vinculadas al agresor», en Cortés Bechiarelli, E.; Nieto Martín, A. y Núñez Castaño, E., *Derecho penal parte especial*, Tecnos, Madrid, Madrid, 2021.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. y ELÍAS MENÉNDEZ, C., *Derecho constitucional europeo*, Aranzadi, Navarra, 2019, p. 114.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. *Derechos fundamentales*, Navarra, Aranzadi, 2020.
- GÜERRI FERRÁNDEZ, C., «La especialización de la fiscalía en materia de delitos de odio y discriminación. Aportaciones a la lucha contra los delitos de odio y el discurso del odio en España», en *InDret*, 1/2015, p. 7.
- HABERMAS, J., *Facticidad y validez*, Trotta, Madrid, 1998, p. 439.
- HATEnto., Disponible en: <http://hatento.org/somos/>. (Fecha de última consulta: 10 de abril de 2022).
- HERNÁNDEZ ROYO, A., «El delito de incitación al odio del artículo 510 CP: cuando la vieja excepcionalidad deviene en nueva normalidad», en *La Ley Penal*, núm. 145, Sección Estudios, julio-agosto, 2020.
- HIKAL, W., «Howard Becker: ¿el contemporáneo de la escuela de Chicago? La teoría del etiquetamiento en el proceso de la criminalización», en *Sociedad Mexicana de Criminología*, núm. 1, 2017.
- Hogar Sí. Disponible en: <https://hogarsi.org/>. (Fecha de última consulta: 10 de abril de 2022)
- IBARRA BLANCO, E., «Semiótica de la intolerancia y discurso del odio», en *Movimiento contra la Intolerancia: Materiales didácticos*, núm. 12. *Intolerancia y Discurso de Odio: Amenazas para la Democracia*, 2016, p. 5 ss. Disponible en: <https://www.educatolerancia.com/wp-content/uploads/2017/06/material-didactico12.-Discurso-de-Odio.pdf>. (Fecha de última consulta: 24 de marzo de 2022).
- IGLESIAS GARCÍA, M. J., «Delitos de odio. Análisis jurídico penal en el Código penal español», en Bustos Rubio, M. y Abadías Selma, A. (Dirs.), Abel Souto, M.; Acale Sánchez, M.<sup>a</sup>; Balbuena Pérez, D. E.; Bardavío Antón, C.; Benito Sánchez, D.; Berdugo García-Maestro, M.<sup>a</sup> J.; Berdugo Gómez de la Torre, I.; Cámara Arroyo, S.; Caruso Fontán, V.; Cuervo García, A. L.; Díaz-Maroto y Villarejo, J.; Gustavo Fernández Teruelo, J.; Ferré Olivé, J. C.; Gálvez Jiménez, A.; Gómez Lanz, F. J.; Gómez Pavón, P.; Gorjón Barranco, M.<sup>a</sup> C.; Gracia, J.; Iglesias García, M. J.; López Peregrín, C.; Macías Caro, V. M.; Martínez Galindo, G.; Mendo Estrella, Á.; Montero Hernanz, T.; Navarro Cardoso, F.; Núñez Paz, F.; Obregón García, A.; Paíno Rodríguez, F. J.; De Pablo Serrano, A.; Pedreira González, F.; Pérez Cepeda, A. I.; Rodríguez Almirón, F. J.; Romero Flores, B.; Salat Paisal, M.; Santos Martínez, A.; Simón Castellano, P.; Souto García, E. M.<sup>a</sup> *Una década de reformas penales análisis de diez años de cambios en el Código penal (2010-2020)*, Bosch, Barcelona, 2020.
- INE., Disponible en: [https://www.ine.es/ss/Satellite?param1=PYSDetalle&c=INESeccion\\_C&param3=1259924822888&p=%5C&pagename=ProductosYServicios%2FPYSLayOut&cid=1259925455948&L=0](https://www.ine.es/ss/Satellite?param1=PYSDetalle&c=INESeccion_C&param3=1259924822888&p=%5C&pagename=ProductosYServicios%2FPYSLayOut&cid=1259925455948&L=0). (Fecha de última consulta: 10 de abril de 2022).

- LANDA GOROSTIZA, J. M., «Incitación al odio: evolución jurisprudencial (1995-2011) del artículo 510 CP y propuesta «*lege lata*»», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 7, 2012. Disponible en: <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2012-7-2090&dsID=Documento.pdf>. (Fecha de última consulta: 23 de marzo de 2022).
- *Los delitos de odio* (1.<sup>a</sup> ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 38.
- «Delitos de odio y estándares internacionales: una visión crítica a contra corriente», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 22-19, 2020, pp. 1-34. Disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/22/recpc22-19.pdf> (Fecha de última consulta: 8 de abril de 2022).
- LANDAETA CIPRIANI, C. J., *Derecho penal internacional y jurisdicción penal universal: Relación frente a la soberanía de los estados, legalidad de la ley penal, prohibición de doble juzgamiento y cosa juzgada*, Colex, A Coruña, 2019, p. 43.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «Cómo prevenimos los delitos de discriminación?», en García García, R. y Docal Gil, D. (Dirs.), *Grupos de odio y violencias sociales*, Rasche, 2012, p. 33.
- LAURENZO COPELLO, P., «La discriminación en el Código Penal de 1995», en *Estudios penales y criminológicos*, núm. 19, 1996, pp. 228-230.
- LEÓN ALAPONT, J., «La descontrolada expansión de los delitos de odio: acerca de la propuesta de incriminar el odio hacia las víctimas de la Guerra civil española y del franquismo», en Teijón Alcalá, M. (Dir.), *El odio como motivación Criminal*, Wolters Kluwer La Ley, Madrid, 2022, pp. 231-232.
- MAGRO SERVET, V., «Casuística y alcance interpretativo del delito de odio del artículo 510 del Código Penal», en *Diario La Ley*, núm. 8960, Sección Dossier, 12 de abril de 2017, Wolters Kluwer, p. 12.
- MERTON, R. K., *Espacio Abierto*, Vol. 12, núm. 4, 2003, pp. 471-492. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/122/12212401.pdf>. (Fecha de última consulta: 13 de abril de 2022).
- Ministerio del Interior., *Informe sobre la Evolución de los Delitos de Odio en España*, 2019, p. 6.
- Ministerio del Interior., López Gutiérrez, J; Fernández Villazala, T.; Máñez Cortinas, C. J.; San Abelardo Anta, M.<sup>a</sup> Y.; Gómez Esteban, J.; Sánchez Jiménez, F.; Herrera Sánchez, D.; Martínez Moreno, F.; Rubio García, M.; Gil Pérez, V.; Santiago Orozco, A. M.<sup>a</sup>, Gómez Martín, M.Á., *Informe sobre la encuesta de delitos de odio*. Disponible en: [http://www.interior.gob.es/documents/642012/13622471/Informe+de+la+encuesta+sobre+delitos+de+odio\\_2021.pdf/0e6ffacb-195e-4b7b-924e-bf0b9c4589b5](http://www.interior.gob.es/documents/642012/13622471/Informe+de+la+encuesta+sobre+delitos+de+odio_2021.pdf/0e6ffacb-195e-4b7b-924e-bf0b9c4589b5). (Fecha de última consulta: 12 de abril de 2022).
- MIR PUIG, S., *Derecho penal parte general, Reppertor*, Barcelona, 2015, p. 161.
- MIRÓ LLINARES, F., «La oportunidad criminal en el ciberespacio. Aplicación y desarrollo de la teoría de las actividades cotidianas para la prevención del cibercrimen», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 13, 2011, pp. 4 ss.

- MIRÓ LLINARES, F., *El cibercrimen. Fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio*, Marcial Pons, 2012, p. 114.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal parte especial*, 23 ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 679-680.
- OLÁSOLO ALONSO, H. y Hernández Cortés, C. E.; «El tratamiento de la Aporofobia en el Estatuto de la Corte Penal Internacional: particular atención a las agresiones discriminatorias contra los habitantes de la calle», en *Revista Penal*, Tirant lo Blanch, núm., 47, 2021, pp. 227 ss.
- ORTEGA GÓMEZ, M., *Derecho de la Unión Europea*, J. M. Bosch, Barcelona, 2018, pp. 147-148.
- Paredes Lovón en PAREDES LOVÓN, J. F., *Manual práctico de filosofía del derecho. Fundamentos del derecho y justicia*, J. M. Bosch, Barcelona, 2020, p. 339.
- PENA GONZÁLEZ, W., «El comunitarismo y el Derecho penal de Aporofobia», en *Revista penal*, núm. 47, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 248.
- PÉREZ CEPEDA, A. I., «Justificación y claves político-criminales del proyecto de reforma del Código penal de 2013», en *Ars Iuris Salmanticensis*, 2, pp. 25-35.
- PÉREZ GRANADOS, C., «Delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Constitución», en Barja de Quiroga, J. y Granados Pérez, C., *Manual de Derecho penal parte especial*, tomo II, Aranzadi, Navarra, 2018, pp. 575-577.
- PÉREZ RAMÍREZ, M.; Giménez-Salinas Framis, A; Méndez Lorenzo, R. C.; Suárez Martínez, A. y Chiclana de la Fuente, S., FIADYS (Fundación para la Investigación Aplicada en Delincuencia y Seguridad). Secretaría General de Instituciones Penitenciarias. *Informe del estudio sobre delitos de odio: Perfil de las personas condenadas por delitos de odio a prisión y a penas y medidas alternativas a la prisión*, p. 4. Disponible en: [https://www.fiadys.org/wp-content/uploads/2021/01/2021\\_INFORME-DEL-ESTUDIO-SOBRE-DELITOS-DE-ODIO.pdf](https://www.fiadys.org/wp-content/uploads/2021/01/2021_INFORME-DEL-ESTUDIO-SOBRE-DELITOS-DE-ODIO.pdf). (Fecha de última consulta: 8 de abril de 2022).
- PERRY, B., *In the name of hate: understanding hate crimes*, Routledge, 2001.
- POPPER, K., *La sociedad abierta y sus enemigos*, Paidós, Barcelona, 2010, p. 585.
- PRESNO LINERA, M. Á., «Estado de alarma por Coronavirus y protección jurídica de los grupos vulnerables», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho (monográfico, «Coronavirus»)*, (86-87), 2020, p. 55.
- PORTILLA CONTRERAS, G., «La represión penal del discurso del odio», en Quintero Olivares, G. (Dir.). *Comentario a la reforma penal de 2015*, Pamplona, Aranzadi, p. 722.
- QUESADA ALCALÁ, C., «La labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno al discurso de odio en los partidos políticos: coincidencias y contradicciones con la jurisprudencia española», en *Revista electrónica de estudios internacionales*, núm. 30, 2015, p. 8.
- RAE, *Diccionario de la lengua...*, 23.<sup>a</sup> ed., Voz «odio». Disponible en: <https://dle.rae.es/odio>. (Fecha de consulta: 16 de marzo de 2022).

- REY MARTÍNEZ, F., «El Principio de Igualdad en el contexto de la crisis del Estado Social: diez problemas actuales, Fundamentos», en *Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional*, n.o 8, 2014, p. 296.
- «Discurso del odio y racismo líquido», en Revenga Sánchez, M. (Dir.), *Libertad de expresión y discursos del odio*, Universidad de Alcalá, Servicio de Publicaciones, Alcalá de Henares, 2015.
- RÍOS CORBACHO, J. M., «Incitación al odio, Derecho penal y deporte», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2014, núm. 16-15, p. 15:1-15:27. Disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/16/recpc16-15.pdf>. Fecha de última consulta: 9 de abril de 2022.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, S., «El ámbito de aplicación del actual artículo 510 CP en retrospectiva y en prospectiva tras la reforma penal de 2015», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, UNED, 3.ª época, núm. 12 (julio de 2014), pp. 165-232.
- ROIG TORRES, M., «El “Discurso del Odio” en el sistema norteamericano y europeo. Tratamiento del racismo y la xenofobia en el Proyecto de Reforma del Código Penal», en *Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, núm. 15, 2014, p. 180.
- «El enaltecimiento de la tiranía nacionalsocialista en el derecho alemán. ¿Un referente para penalizar el ensalzamiento del franquismo?», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2021, núm. 23-07, p. 20. (Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/23/recpc23-07.pdf>). Fecha de última consulta: 12 de abril de 2022.
- SALES I JORDI, M., *La vida familiar en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una interpretación constructiva*, J. M. Bosch, Barcelona 2015, p. 36.
- SÁNCHEZ OSTIZ, P., *A vueltas con la parte especial (Estudios de Derecho penal)*, Atelier, Barcelona, 2020.
- SELLIN, T., «Culture Conflict and Crime», en *American Journal of Sociology*, vol. 44, núm. 1, 1938, pp. 97-103.
- SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAÍLLO, A., «Delitos contra la integridad moral», en Serrano Gómez, A., Serrano Maíllo, A., Serrano Tárraga, M.ª D. y Vázquez González, C., *Curso de Derecho penal parte especial*, Dykinson, Madrid, 2019.
- SERRANO MAÍLLO, A., «Consideraciones metodológicas sobre la encuesta de sobre delitos de odio de 2021 de la Oficina Nacional de Lucha contra los Delitos de Odio», en Teijón Alcalá, M. (Dir.), *El odio como motivación Criminal*, Wolters Kluwer La Ley, Madrid, 2022, pp. 265 ss.
- SIMÓN CASTELLANO, P., «Tipificar la exaltación y apología de los regímenes totalitarios. Un debate renovado a la luz del declive de la libertad de expresión en España», en *Revista penal México*, 2021. Disponible en: <http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/20111/Tipificar.pdf?sequence=2>. Fecha de última consulta: 2 de abril de 2022.
- SOUTO GALVÁN, B., «Discurso del odio: género y libertad de expresión», en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 23, 2015, pp. 22-23.



- «Sobre el discurso político xenófobo. Especial referencia al caso español», en Teijón Alcalá, M. (Dir.), *El odio como motivación Criminal*, Wolters Kluwer La Ley, Madrid, 2022, p. 88.
- SUÁREZ ESPINO, M.<sup>a</sup> L., «Comentario a la STC 235/2007, de 7 de noviembre, por la que se declarara la inconstitucionalidad del delito de negación de genocidio», en *InDret*, abril 2008, pp. 4-6.
- SUMNER, L. W., «Incitement and the Regulation of Hate Speech in Canada: A Philosophical Analysis», en Hare, I. & Weinstein, J., *Extreme Speech and Democracy*, Oxford University Press, New York, 2009, pp. 207 y 208.
- TAMARIT SUMALLA, J. M.<sup>a</sup>, «Delitos Contra La Libertad», en Ramón Ribas, E., Hernández García, J., Villacampa Estiarte, C., Ortega Lorente, J. M., Aguilar Romo, M., Camarena Grau, S., Morales Prats, F., Torres Rosell, N., García Albero; R., Llarena Conde, P., Demetrio Crespo, E., Bañeres Santos, F., Ramírez Ortiz, L., Calvo López, M.<sup>a</sup>, Navarro Blasco, E., Rueda Soriano, Y., Cugat Mauri, M., Ramos Rubio, C., De La Peña Oliete, M., Portilla Contreras, G., García Rivas, N., y Salat Paisal, M., F., Quintero Olivares, G., (Dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, Aranzadi, Navarra, 2016.
- «Delitos relativos a los derechos fundamentales y libertades públicas», en Quintero Olivares, G. (Dir.), Ramón Ribas, E., Hernández García, J., Villacampa Estiarte, C., Ortega Lorente, J. M., Aguilar Romo, M., Camarena Grau, S., Morales Prats, F., Torres Rosell, N., García Albero; R., Llarena Conde, P., Demetrio Crespo, E., Bañeres Santos, F., Ramírez Ortiz, L., Calvo López, M.<sup>a</sup>, Navarro Blasco, E., Rueda Soriano, Y., Cugat Mauri, M., Ramos Rubio, C., De La Peña Oliete, M., Portilla Contreras, G., García Rivas, N., y Salat Paisal, M., F., *Compendio de la parte especial del Derecho penal*, Aranzadi, Navarra, 2016.
- TEIJÓN ALCALÁ, M., «Una mirada crítica al tratamiento de los delitos de odio en nuestro país», en *El odio como motivación Criminal*, Wolters Kluwer La Ley, Madrid, 2022, pp. 26-27.
- TERRADILLOS BASOCO, J. M., *Aporofobia y plutofilia: la deriva jánica de la política Criminal contemporánea*, J. M. Bosch, Barcelona, 2020, pp. 68-69.
- TOMÁS, C. y CERRADA, P. «La Comisaría abre una investigación por la bofetada de un policía a un indigente en Alicante», en *Información*. (25 de octubre de 2021). Disponible en: <https://www.informacion.es/alicante/2021/10/25/agresion-policia-alicante-altozano-58783058.html>. (Fecha de última consulta: 10 de abril de 2022).
- VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., *Inmigración, Diversidad, y Conflicto cultural. Los delitos culturalmente motivados cometidos por inmigrantes (especial referencia a la mutilación genital femenina)*, Dykinson, Madrid, 2010.
- VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Código Penal comentado*, Atelier, Barcelona, 2015, p. 719.
- VÁZQUEZ DE PARGA, S., *Los cómics del franquismo*, Planeta, Barcelona, 1980.

- VIVES ANTÓN, T. S., «Sistema democrático y concepciones del bien jurídico: el problema de la apología del terrorismo», en *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 25, 2004, pp. 430 ss.
- WALDRON, J., *The Hate in Harm Speech*, Oxford University, 2012.
- WHILLOCK, R. K., «The use of hate as a stratagem for achieving political and social goals», en Whillock, R. K. y Slayden, D. (Eds.), *Hate Speech*, Sage, 1995, p. 32.

# La investigación penal ante las nuevas tecnologías: reflexiones acerca de la «carga desproporcionada» y la «facilitación de información» en el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de datos

BEATRIZ ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN

Profesora Contratada Doctora  
CUNEF Universidad

## RESUMEN

*El presente trabajo pretende reflexionar acerca del concepto «carga desproporcionada» y de la expresión «facilitar información», introducidos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal con la reforma operada por LO 13/2015, de 5 de octubre, y mantenidos en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020, para acotar el deber de colaboración en el contexto del registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información.*

*Palabras clave: carga desproporcionada; facilitación de información; deber de colaboración; registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información; registro remoto.*

## ABSTRACT

*This paper intends to analyse the concept of «disproportionate burden» and the reference to the «provision of information», included both in the Spanish Criminal Procedure Act, as amended by Organic Law 13/2015 of 5 October, and in the 2020 Draft Criminal Procedure Act as limits to the duty of collaboration in the context of massive information storage devices searching.*

*Keywords: disproportionate burden; provision of information; collaboration duty; mass information storage devices searching; remote searching.*

SUMARIO: 1. Planteamiento del problema: La investigación criminal después de sistema operativo iOS 8.–2. Consideraciones generales acerca del acceso a los dispositivos electrónicos en la LECRIM.–3. La regulación de los deberes de colaboración en las medidas de investigación tecnológica. A) La intervención de las comunicaciones telefónicas o telemáticas. B) El registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información. C) El registro remoto de equipos informáticos. D) Las medidas de aseguramiento.–4. La regulación de los deberes de colaboración en el anteproyecto de LECRIM: El mantenimiento de la referencia a la carga desproporcionada.–5. Reflexiones acerca de la carga desproporcionada. A) Consideraciones generales. B) Ambito de aplicación de la excepción. C) Criterios para determinar la desproporción de la carga. D) La creación de una puerta trasera como forma de colaboración exigible.–6. Observaciones acerca de la expresión «facilitar información». A) Interpretaciones posibles acerca del deber de facilitación de información. B) Propuesta de interpretación.–7. Conclusiones.–8. Bibliografía citada.

## 1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA: LA INVESTIGACIÓN CRIMINAL DESPUÉS DE SISTEMA OPERATIVO IOS 8

La proliferación del uso de dispositivos electrónicos ha provocado un correlativo incremento del interés de la Justicia en acceder a los datos que en ellos se contienen. No solo ha aumentado en los últimos años de manera exponencial la comisión de los denominados «ciberdelitos»(1), sino que también en los delitos tradicionales, ajenos a las nuevas tecnologías, los llamados teléfonos inteligentes han pasado a erigirse en una fuente probatoria capital. No en vano, autores y víctimas de delitos que podemos calificar de analógicos portan en sus móviles potentes dispositivos de geolocalización y una serie de instrumentos –una cámara de fotos, una grabadora de audio y vídeo y un modo de comunicarse con el exterior– que pueden ser utilizados durante la comisión del delito que protagonizan o padecen. Este tipo de evidencias(2) contenidas en los dispositivos electrónicos han sido bautizadas con el nombre de «prueba digital».

---

(1) Un revelador análisis estadístico sobre la cibercriminalidad en España en: <http://www.interior.gob.es/documents/10180/11389243/Estudio+sobre+la+Cibercriminalidad+en+Espa%C3%B1a+2020.pdf/ed85b525-e67d-4058-9957-ea99ca9813c3> (última consulta 12/2/2022).

(2) A este respecto, véase, por ejemplo, BLANCO, H.: «El hackeo con orden judicial en la legislación procesal española a partir de la Ley Orgánica 13/2015 del 5 de octubre», *InDret* 1. 2021, p. 433; SAIN, G. y AZZOLIN, H.: *Delitos informáticos*,

Lógicamente, el éxito en la búsqueda de pruebas digitales choca frontalmente con el uso, también en incesante crecimiento, de herramientas de control de acceso y cifrado, cuya utilización, más allá de estar permitida, es considerada esencial para garantizar la protección de determinados derechos fundamentales como son el derecho al secreto de las comunicaciones, el derecho a la intimidad y la libertad de expresión<sup>(3)</sup>.

Por todo ello puede afirmarse que desde el nacimiento de las nuevas tecnologías existe una pugna lógica entre los encargados de la investigación criminal, interesados en acceder al contenido de los dispositivos, y las empresas digitales que, con el objetivo de lucrarse y bajo el pretexto de proporcionar seguridad y tranquilidad a sus usuarios, tratan de dificultar todo acceso no consentido a sus productos. Ello ha derivado en una suerte de competición, ciertamente desigual, entre un sector privado, que presta cobijo al delincuente con continuas mejoras técnicas garantes de su anonimato, y un sector público siempre a la zaga, pese a la excelente formación de sus técnicos y a los ingentes desembolsos económicos en los más avanzados dispositivos de desbloqueo y extracción de datos.

En cualquier caso, semejante pugna se ha mantenido hasta tiempos relativamente recientes dentro de lo que podríamos calificar como una desigualdad «aceptable», en la medida en que el Estado, con gran esfuerzo, acababa logrando el deseado acceso al dispositivo y con ello a las pruebas digitales que esclarecían lo ocurrido e incriminaban al delincuente.

En efecto, durante un largo periodo de tiempo, los investigadores han logrado introducirse en los dispositivos electrónicos protegidos mediante contraseñas recurriendo al mecanismo tradicional del denominado «ataque de fuerza bruta». De esta manera, y al igual que hicieran las primeras máquinas creadas durante la Segunda Guerra Mundial por los Aliados para descifrar los mensajes que los alemanes encriptaban gracias a la famosa máquina «Enigma», el investigador criminal introducía todas las combinaciones numéricas posibles hasta dar con la adecuada.

---

*Investigación criminal, marco legal y peritaje*, IBdef, Montevideo-Buenos Aires, 2017, pp. 12-14; POVEDA CRIADO, M. A.: *Delitos en la Red*, Fragua, Madrid, 2015, pp. 156, que distingue entre evidencia electrónica y evidencia digital, pp. 153-157.

(3) Una enumeración de los distintos derechos afectados según la medida de investigación en RICHARD GONZÁLEZ, M.: «La investigación y prueba de hechos y dispositivos electrónicos», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 43, septiembre 2017, p. 17.

Ante el éxito del investigador público, que antes o después lograba su propósito de acceder al contenido del dispositivo, las empresas tecnológicas dieron un paso más y convirtieron las contraseñas en algoritmos de gran complejidad. Un hito, en este sentido, lo constituyó la creación del AES-256, que representa el estándar de encriptación más avanzado que se conoce a día de hoy. No obstante, como seguía tratándose entonces de un problema de cálculo matemático y de tiempo, lo único que requería el investigador para garantizarse el acceso al dispositivo cifrado era un aumento en la velocidad y la potencia de cálculo. La solución llegaría entonces de la mano de las «supercomputadoras» que, gracias al funcionamiento simultáneo de sus cientos de procesadores por medio del bautizado como «trabajo en paralelo», permitirían lograr el deseado acceso a la prueba digital todavía unos años más.

El panorama cambiaría, sin embargo, de manera radical a partir de 2014. Ese año *Apple* saca al mercado un sistema operativo, el iOS 8, cuyas mejoras técnicas dejarían al sector público fuera de esa competición. En efecto, esta nueva versión introduciría, por un lado, un sistema de retardo que provocaba una paulatina ralentización en el propio sistema tras la inserción de una contraseña fallida, no admitiendo una nueva contraseña hasta que hubiera transcurrido un tiempo determinado. Ese tiempo aumentaba exponencialmente tras cada intento, de manera que, después de unas cuantas contraseñas erróneas, había que esperar años para poder introducir la siguiente. Con esta medida se acababa con la posibilidad de recurrir a la fuerza bruta para acceder a un dispositivo electrónico, lo que equivalía a dejar a la investigación criminal herida de muerte. Y por si esto fuera poco, el iOS 8 introdujo una segunda medida letal para la investigación criminal: un sistema de autodestrucción de datos que el usuario podía habilitar y que provocaba que, tras diez de esos intentos fallidos, la información contenida en el dispositivo fuera borrada automáticamente.

Con semejantes innovaciones técnicas, el sector público quedaba fuera de la carrera, al menos en lo relativo a los productos con el logo de la manzana. La innovación introducida por *Apple* generó, además, un lógico efecto imitación por parte de sus competidores, de manera que todas las empresas tecnológicas pasaron a instalar de serie en los dispositivos que sacaban al mercado complejos sistemas de acceso y de cifrado de datos. La protección de la confidencialidad del usuario –y la consiguiente debilidad del Estado– se generalizó. También los servicios de comunicación, desde *WhatsApp* hasta *Zoom*, pasaron al llamado «cifrado de extremo a extremo»(4), e incluso en Internet

---

(4) Se denomina «de extremo a extremo» porque el mensaje es cifrado en el extremo del remitente, viaja cifrado, y llega cifrado al extremo del destinatario, que es

empezaron a ofrecerse de manera gratuita sistemas de encriptación de datos, como el *GnuPG*, *7-ZIP*, *AES Crypt*, *Diskcryptor*, *BitLocker*, *MEO* y *VeraCrypt*, entre otros.

En este nuevo escenario el investigador público perdió toda libertad y autonomía y en lo relativo al acceso a los dispositivos electrónicos pasó a depender irremediamente de la ayuda del sector privado. El legislador, consciente de esa relación de dependencia y de los intereses muchas veces contrapuestos de ambos sectores, incluyó en la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECrim) operada por LO 13/2015, de 5 de octubre(5), una serie de deberes de colaboración sobre el sector privado que garantizaran al sector público el acceso a la prueba digital. Esos deberes, y sus límites, se han mantenido con ciertos retoques en el texto del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020. Al análisis de unos y otros dedicaremos las líneas que siguen.

## 2. CONSIDERACIONES GENERALES ACERCA DEL ACCESO A LOS DISPOSITIVOS ELECTRÓNICOS EN LA LECRIM

Como es sabido, con la importante reforma operada en la LECrim por la LO 13/2015, de 5 de octubre, se reguló por primera vez en España el registro de dispositivos electrónicos, cuestión que hasta entonces se encontraba en una situación de alarmante vacío normativo. Las disposiciones contenidas en el Convenio de Budapest de 2001 sobre ciberdelincuencia, ratificado por España en el año 2010, resultaban insuficientes y excesivamente genéricas. Las numerosas lagunas existentes eran suplidas por la jurisprudencia a través de una constante adaptación de las instituciones tradicionales y de un recurso incesante a la analogía.

Prueba de la precariedad de la situación lo constituía el hecho de que, hasta la reforma de la LECrim, el acceso a los datos contenidos en los dispositivos electrónicos se regía por los preceptos tradicionales relativos al registro de libros y papeles y recogida de otros efectos e instrumentos del delito. Los jueces de instrucción y de la policía, ante la obsolescencia de las normas procesales, incompatibles con las exi-

---

el único que puede descifrarlo. Por oposición a este sistema, en el llamado «cifrado de datos en tránsito», los mensajes se cifran en el extremo del remitente, pero al llegar al servidor son descifrados y cifrados nuevamente, para descifrarse finalmente al llegar al destinatario.

(5) Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el reforzamiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica (*BOE* núm. 239, de 6.10.2015).

gencias que planteaba el nuevo mundo digitalizado, debían –parafraseando al juez Marchena(6)– recurrir a la imaginación en demasiadas ocasiones(7). Urgía, pues, la elaboración de una normativa específica que adaptara el Derecho procesal penal al nuevo escenario donde había pasado a desarrollarse la actividad criminal tras la revolución tecnológica. Sin embargo, hizo falta todavía una sentencia del Tribunal Constitucional(8) que, al declarar la nulidad de una medida probatoria –en concreto, de unas grabaciones obtenidas mediante la colocación de micrófonos en la celda de una comisaría, por vulnerar el derecho al secreto de las comunicaciones– precipitaría la ansiada reforma.

No obstante, el acometimiento de semejante tarea legislativa no era, sin embargo, sencillo, pues a las dificultades lógicas derivadas de la exigencia de conocimientos técnicos específicos(9) se sumaba la dificultad añadida de que un mismo acceso podía vulnerar derechos diferentes y con distinta protección constitucional. Así, y a título meramente ejemplificativo, los correos electrónicos, los mensajes, las fotos, los datos bancarios y los datos relativos a la geolocalización que coexisten en un mismo dispositivo, se corresponden con bienes jurídicos

---

(6) Manuel Marchena es un acreditado experto en nuevas tecnologías. Sin ninguna pretensión de exhaustividad, destacan entre sus publicaciones, por ejemplo: «Algunos aspectos procesales de Internet», en *Problemática jurídica en torno al fenómeno Internet*, Cuadernos de Derecho Judicial, Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 2000; «El sabotaje informático: entre los delitos de daños y desórdenes públicos», *Actualidad informática Aranzadi: revista de informática para juristas*, núm. 40, 2001 y «Dimensión jurídico-penal del correo electrónico», publicado en *Estudios jurídicos*, núm. 2007. En 2012 fue designado Presidente de la Comisión Institucional creada para la elaboración de una propuesta de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Es autor, junto al catedrático de Derecho procesal Nicolás González-Cuéllar de la obra de referencia *La Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015*, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2015. De alguna de sus intervenciones públicas se informa, por ejemplo, en <https://www.20minutos.es/noticia/4149329/0/el-juez-marchena-sobre-el-uso-de-las-nuevas-tecnologias-todos-vamos-dejando-un-rastro-que-nos-hace-transparentes/> y en <https://www.diariodenavarra.es/noticias/navarra/2020/02/12/el-juez-marchena-alerta-universidad-navarra-vinculacion-entre-nuevas-tecnologias-delito-680623-300.html> (último acceso a ambos links 1/2/2022).

(7) En este sentido, en el Preámbulo de la LO 13/2015, de 5 de octubre, se afirma que «por muy meritorio que haya sido el esfuerzo de jueces y tribunales para definir los límites del Estado en la investigación del delito, el abandono a la creación jurisprudencial de lo que ha de ser objeto de regulación legislativa ha propiciado un déficit en la calidad democrática de nuestro sistema procesal, carencia que tanto la dogmática como instancias supranacionales han recordado».

(8) STC 145/2014, de 22 de septiembre.

(9) Acerca de las numerosas complejidades técnicas y de todo tipo que la materia plantea puede verse RUBIO ALAMILLO, J.: «La informática en la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», *Diario La Ley*, núm. 8662, 2015, pp. 1-12.



diversos, de manera que con el acceso al dispositivo, dependiendo de la información que se encuentre, unas veces puede verse afectado, por ejemplo, al derecho a la intimidad o derecho a la protección de datos, y otras, al derecho al secreto de las comunicaciones, que como es sabido, goza de un nivel de protección constitucional superior. No en vano, con el objeto de proporcionar un tratamiento unitario se propone incluso englobar todos estos derechos en un único espacio de exclusión que se ha dado en denominar «derecho al entorno virtual»(10).

Sorteados o no todos los obstáculos, podemos afirmar que con la reforma de la LECrim por medio de la LO 13/2015, de 5 de octubre, el legislador ha optado, en líneas generales, por una regulación singularmente garantista a la hora de obtener la prueba digital. Introduce como nuevas medidas de investigación el registro de dispositivos de almacenamiento masivo y el registro remoto de equipos informáticos. A su vez, dentro del registro de dispositivos de almacenamiento masivo diferencia el acceso a dispositivos aprehendidos con ocasión de un registro domiciliario, los incautados fuera del mismo, y el registro ampliado a través del que está siendo objeto de registro físico (el llamado *cloud computing*). Para todo tipo de acceso se exige la resolución judicial habilitante, no bastando ya, al contrario de como se venía haciendo antes de la entrada en vigor de la reforma de 2015, la cobertura que proporciona la autorización judicial para el registro domiciliario. Dicha resolución, salvo el caso del registro remoto(11), podrá ser posterior y tener un carácter convalidante siempre y cuando la

---

(10) A favor de este tratamiento unitario, por todas, ya la STS 823/2015, de 28 de febrero. Respecto a los diferentes derechos afectados, puede verse ZARAGOZA TEJADA, J. I.: «El registro de dispositivos de almacenamiento masivo de la información», en la obra dirigida por él, *Investigación tecnológica y derechos fundamentales*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2017, pp. 408-420. En la importante STS 489/2018, de 23 de octubre, se afirma (FJ 5): «Algunos precedentes alientan la aparición de un derecho vinculado a los mencionados, pero con cierta vocación de emanciparse para cobrar autonomía e identidad propias. Partiendo de la plurifuncionalidad de los datos que se almacenan en cualquier ordenador y otros dispositivos asimilables por su capacidad de acumular información vinculada a una persona (*smartphone*) se conviene en la necesidad de un tratamiento unitario a partir de la proclamación de un derecho al entorno digital. Sería un derecho de nueva generación que serviría para alumbrar y justificar distintos escalones de protección jurisdiccional (SSTS 342/2013, de 17 de abril; 587/2014, de 24 de febrero, y 587/2014, de 18 de julio)». En el mismo sentido se pronuncia más recientemente la STS 462/2019, de 14 de octubre (FJ 1).

(11) Aunque ello ha sido objeto de duras críticas. En contra de no permitir el registro remoto sin autorización judicial en casos de urgencia, por ejemplo, MONTES ÁLVARO, M. A.: «La regulación de las medidas de investigación tecnológica y la protección de los derechos reconocidos en el artículo 18 CE», *Revista del Ministerio Fiscal*, año 2017, núm. 3, p. 116.

urgencia impida obtener la autorización judicial con anterioridad al acceso. Lógicamente, puesto que todas estas injerencias afectan a derechos fundamentales, solamente estarán legitimadas en la medida en que se lleven a cabo respetando los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad, como reglas que orientan y rigen la investigación tecnológica en su conjunto(12).

### 3. LA REGULACIÓN DE LOS DEBERES DE COLABORACIÓN EN LAS MEDIDAS DE INVESTIGACIÓN TECNOLÓGICA

A grandes rasgos, y de acuerdo con la propia clasificación que establece la Ley, cuatro son los grupos o momentos principales en los que pueden agruparse estas obligaciones de cooperar en la investigación tecnológica(13): la relativa a la intervención de las comunicaciones telefónicas o telemáticas, la que tiene que ver con el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información, la que hace referencia a los registros remotos de equipos informáticos y, por último, la que se exige para garantizar la conservación de datos.

A la delimitación del contorno de esas obligaciones de cooperar, junto con otras importantes cuestiones, se han dedicado diversas Circulares de la Fiscalía General del Estado (en adelante, FGE) del año 2019(14). Veamos brevemente en qué consisten estos deberes, no

---

(12) Véase MARCHENA GÓMEZ, M. y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N.: *La Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015*, op. cit., pp. 211-216.

(13) Más adecuado hubiera sido probablemente, como indicaba ya el Consejo de Estado en su Informe y recuerda Sánchez Melgar, haber introducido un deber de colaboración unitario y suficientemente amplio en las disposiciones comunes que actúan como principios rectores –esto es, en 588 bis a a k, y en los capítulos sucesivos. Puede leerse la opinión de SÁNCHEZ MELGAR, J., en la Encuesta Jurídica publicada por Sepín en octubre de 2016, disponible en <https://sepin.es/cronus4plus/documento/VerDoc.asp?dist=55&referencia=SP%2FDOCT%2F21122&cod=0JP2JP1Cv0FF1T10Vb0FP1%24v0GCOFa1yB0G909P17POVf08A1ek1S308A1vd1yi05u1dF1Dk0Ha1%3DP01b0Fa17T1DT0Fk1C50Gz0Fa1Aa01f0Ha1Aa1Dg0Fa1C42AA0G%5F1C51Cv0FF0yg0HL0GB0Oq01E#25605745> (último acceso 6/3/2022).

(14) En concreto, estas cinco: Circular 1/2019, de 6 de marzo de 2019, de la Fiscalía General del Estado, sobre disposiciones comunes y medidas de aseguramiento de las diligencias de investigación tecnológica en la Ley de Enjuiciamiento Criminal; Circular 2/2019, de 6 de marzo de 2019, de la Fiscalía General del Estado, sobre interceptación de comunicaciones telefónicas y telemáticas; Circular 3/2019, de 6 de marzo de 2019, de la Fiscalía General del Estado, sobre captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos; Circular 4/2019, de 6 de marzo de 2019, de la Fiscalía General del Estado, sobre utilización de dispositivos técnicos de captación de la imagen, de seguimiento y de localización;

sin antes recordar que la prueba digital plantea numerosos problemas procesales, entre los que destacan los de carácter jurisdiccional –como el de la determinación de la localización de los datos que constituyen la evidencia digital(15), especialmente cuando se trata del registro remoto de datos que se encuentran en servidores o en la nube–, y el de la admisibilidad de la prueba transnacional(16). Ello ha llevado incluso a algún autor a proponer una reformulación de los conceptos de territorialidad y jurisdicción.

Precisamente, la principal barrera a la hora de hacer efectivo un deber de colaboración vendrá impuesta por el hecho de que la empresa extranjera no se sentirá vinculada por la orden de un juez español(17). Por todo ello, la verdadera efectividad de la investigación criminal en los delitos vinculados con sistemas informáticos dependerá de la eficacia de los instrumentos de cooperación judicial penal existentes en el ámbito internacional(18), habida cuenta de que en la gran mayoría de los casos el obligado a colaborar se encontrará fuera de nuestro territorio. Sin una cooperación penal eficaz, los mandatos contenidos en la LECrim quedan reducidos a una mera declaración de intenciones.

De ello fue consciente también el Convenio de Budapest ya en el año 2001, al establecer las bases para la cooperación entre Estados en

---

y Circular 5/2019, de 6 de marzo de 2019, de la Fiscalía General del Estado, sobre registro de dispositivos y equipos informáticos.

(15) Por todos, ORTIZ PRADILLO, J. C.: «Nuevas medidas tecnológicas de investigación criminal para la obtención de prueba electrónica», en Pérez Gil, J. (coord.), *El proceso penal en la sociedad de la información. Las nuevas tecnologías para investigar y probar el delito*, La Ley, Madrid, 2012, p. 278.

(16) Ya advertía de estos problemas BACHMAIER WINTER, L.: «Registro remoto de equipos informáticos y principio de proporcionalidad en la Ley Orgánica 13/2015», *Boletín del Ministerio de Justicia*, año LXXI, núm. 2195, enero 2017, pp. 26 y 27.

(17) De ahí que BERMÚDEZ GONZÁLEZ afirme: «Otra cosa será que dicha intervención sea técnicamente factible. O que las compañías extranjeras que facilitan estos servicios se sientan vinculadas por la legislación española». Con argumentos similares augura RODRÍGUEZ LAINZ a este deber «dudosas probabilidades de éxito». Véanse, respectivamente, BERMÚDEZ GONZÁLEZ, J. A.: «Deber de colaboración de particulares en la Ley de Enjuiciamiento Criminal», Ponencia presentada en el Curso de formación de Fiscales «Uso de las nuevas tecnologías y nuevas formas de delincuencia», celebrada en el Centro de Estudios Jurídicos los días 27 y 28 de octubre de 2016, p. 7, disponible en [www.cej-mjusticia.es](http://www.cej-mjusticia.es) (último acceso 27/2/2022) y RODRÍGUEZ LAINZ, J. L.: «¿Podría un juez español obligar a Apple a facilitar una puerta trasera para poder analizar información almacenada en un iPhone 6?», *Diario La Ley*, núm. 8729, 2016, pp. 11-13.

(18) Acerca de los problemas relativos a la jurisdicción que plantea la persecución de los ciberdelitos puede verse VELASCO SAN MARTÍN, C.: *Jurisdicción y persecución en relación al acceso transfronterizo en materia de ciberdelitos*, op. cit., pp. 169-224.

esta materia(19), y ello será tenido en cuenta con seguridad en el nuevo Ciberconvenio que vendrá a reemplazarlo y cuya elaboración ya está en marcha. Recordemos, a este respecto, que el 26 de mayo de 2021 la Asamblea General de la ONU adoptó la resolución 75/282 relativa a la lucha contra el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones con fines delictivos, y que el 29 de marzo de 2022 se ha publicado una «Recomendación de Decisión del Consejo por la que se autorizan las negociaciones de un convenio internacional integral sobre la lucha contra la utilización de las tecnologías de la información y la comunicación con fines delictivos» (20). Se avecinan, pues, cambios normativos, que aconsejan tener en cuenta los déficits en la regulación actual para su corrección.

### A) La intervención de las comunicaciones telefónicas o telemáticas

Hasta la reforma de la LECrim operada en 2015(21), la regulación dedicada a los deberes de colaboración resultaba tremendamente insatisfactoria. Por un lado, la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones, limitaba el deber de conservación de datos «a los operadores que presten servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público o exploten redes públicas de comunicaciones, en los términos establecidos en la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones»; por otro, la Ley General de Telecomunicaciones restringía también la imposición del deber de interceptar las comunicaciones a «los operadores que exploten redes públicas de comunicaciones electrónicas o que presten servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público» (art. 39.1 LGT)(22).

Además, mientras que las operadoras de telecomunicaciones resultaban obligadas a conservar y a ceder datos a los denominados «agen-

---

(19) Sobre esa cooperación puede verse, por ejemplo, ORTIZ PRADILLO, J. C.: *Problemas procesales de la cibercriminalidad*, Colex, Madrid, 2013, pp. 76-80.

(20) Texto disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52022PC0132&from=EN> (último acceso 20/3/2022).

(21) De entre las diversas modificaciones que ha sufrido la LECrim en 2015, nos referiremos exclusivamente a la realizada por la LO 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica.

(22) Los operadores están obligados, según reza el apartado segundo del artículo 39, a «realizar las interceptaciones que se autoricen de acuerdo con lo establecido en el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en la Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia y en otras normas con rango de ley orgánica».

tes facultados»(23), quedaban eximidos de este deber los prestadores de servicios. Consideramos a estos efectos especialmente ilustrativas las palabras de Bermúdez González acerca de quiénes quedaban obligados a colaborar: «por poner nombres y apellidos: Movistar, Vodafone y Orange, sí; Google, Microsoft, Facebook o Amazon, no»(24).

Con el objetivo de corregir estas insuficiencias, la reforma de la LECrim de 2015 introdujo un deber de colaboración relativo a la intervención de las comunicaciones telefónicas o telemáticas que afectaría, de acuerdo con el artículo 588 ter e. 1 LECrim, a «todos los prestadores de servicios de telecomunicaciones, de acceso a una red de telecomunicaciones o de servicios de la sociedad de la información, así como toda persona que de cualquier modo contribuya a facilitar las comunicaciones a través del teléfono o de cualquier otro medio o sistema de comunicación telemática, lógica o virtual (...)». Tras la reforma, son destinatarios de ese deber de colaboración, tal y como especifica la Circular 2/2019, «desde las más importantes compañías de telecomunicaciones hasta el simple particular que intermedie en el proceso de comunicación»(25). Con ello se ha pretendido poner fin a la falta de colaboración existente hasta entonces, ya que por más que señale la misma Circular 2/2019 que «el precepto no hace más que enfatizar expresamente para los supuestos de interceptación de comunicaciones la obligación de colaboración con Jueces y Tribunales que, con carácter general, recogen los artículos 118 CE y 17.1 LOPJ», lo

---

(23) Se trata de los miembros de los Cuerpos Policiales, personal del Centro Nacional de Inteligencia, así como los funcionarios de la Dirección Adjunta de Vigilancia Aduanera, en el desarrollo de sus competencias como policía judicial.

(24) BERMÚDEZ GONZÁLEZ, J. A.: «Deber de colaboración de particulares en la Ley de Enjuiciamiento Criminal», *op. cit.*, p. 7. También indica Bermúdez González que, con la nueva regulación, «tan obligada queda una compañía de telecomunicaciones tradicional, que suministre acceso a la red telefónica, como una compañía de videojuegos online».

(25) Véase el apartado 7, «Deber de colaboración», disponible en [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-4241](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-4241) (último acceso 20/2/2022). Actualmente tres son, pues, los sujetos vinculados con este deber de colaboración: los prestadores de servicios de telecomunicaciones y de acceso a redes de telecomunicaciones, los prestadores de servicios de la sociedad de la información, y cualquier otra persona que de algún modo contribuya a facilitar las comunicaciones a través del teléfono o de cualquier otro medio o sistema de comunicación telemática, lógica o virtual. En definitiva, está obligado a colaborar todo sujeto que sepa cómo se accede al contenido del dispositivo, bien porque conoce el funcionamiento del sistema informático o bien porque conoce las medidas aplicadas para proteger los datos. Lo que ha de entenderse comprendido en cada grupo de sujetos es explicado y especificado en la Circular 2/2019, de 6 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, sobre interceptación de comunicaciones telefónicas y telemáticas.

cierto es que no todos los encargados de las comunicaciones se sentían vinculados por semejante deber general.

La regulación en la LECrim cierra con una breve referencia al deber de sigilo de los obligados a colaborar y a la posibilidad de castigar por un delito de desobediencia tanto la negativa a colaborar como el incumplimiento de ese deber de sigilo.

En todo caso, resulta reseñable que en la redacción inicial del Anteproyecto se excluyera de semejante obligación «al sospechoso o imputado, a las personas que están dispensadas de la obligación de declarar por razón de parentesco, y a aquellas que, de conformidad con el artículo 416.2, no pueden declarar en virtud del secreto profesional», referencia que ha sido suprimida en el texto definitivo. No obstante, dicha supresión no es debida a que la voluntad del legislador fuera la de que no rigiera dicha excepción para este supuesto. Su razón de ser reside más bien en que, tras haber aconsejado el Consejo Fiscal alternativamente en distintos lugares del informe, bien un cambio de ubicación de la excepción o bien la inclusión de una cláusula de remisión(26), se optó por su inclusión únicamente en el artículo 588 sexies c, precepto dedicado al registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información.

## **B) El registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información**

De acuerdo con el artículo 588 sexies c, párrafo 5, «las autoridades y agentes encargados de la investigación podrán ordenar a cualquier persona que conozca el funcionamiento del sistema informático o las medidas aplicadas para proteger los datos informáticos contenidos en el mismo que facilite la información que resulte necesaria, siempre que de ello no derive una carga desproporcionada para el afectado, bajo apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia». Por lo tanto, con respecto a los dispositivos de almacenamiento masivo de datos(27), el párrafo 5 del artículo 588 sexies c LECrim permite a las

---

(26) Se plantea en el Informe que «quizás sea más operativo la inclusión en este punto de una cláusula de remisión». Véase el «Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación de la ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal, el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas», p. 121.

(27) A pesar de que la utilización de los términos «dispositivo» y «masivo» puede llevar a equívoco en la medida en que el término dispositivo parece exigir un soporte físico de carácter físico, y que el adjetivo «masivo» parece requerir una enorme capacidad. Sin embargo, no es cierto ni lo uno ni lo otro. Como indica Ber-

autoridades y agentes ordenar la facilitación de la información necesaria a cualquiera que conozca el funcionamiento del sistema informático o las medidas de seguridad que protegen los datos, bajo amenaza de incurrir en delito de desobediencia. Semejante obligación rige aun cuando el sujeto no tenga relación con el sistema objeto de registro. Tal sería el caso de los fabricantes de los dispositivos o de los terceros que dispongan de conocimientos sobre la seguridad del dispositivo o la localización de los datos, como los *hackers*.

No obstante, los destinatarios quedan eximidos del deber de cooperar cuando de la colaboración se derive para ellos una «carga desproporcionada». Se traspone así prácticamente el artículo 19.4 del Convenio de Budapest, que establece un deber de facilitar información limitado igualmente por una cláusula de proporcionalidad. También se detrae expresamente del círculo de obligados, en todo caso, al «investigado o encausado, a las personas que están dispensadas de la obligación de declarar por razón de parentesco y a aquellas que, de conformidad con el artículo 416.2, no pueden declarar en virtud del secreto profesional»(28).

### C) El registro remoto de equipos informáticos

En el supuesto de los registros remotos, el deber de colaboración alcanza a un mayor número de sujetos que en el registro de dispositivos de almacenamiento masivo. Su contenido resulta también más amplio.

Así, por un lado, en el apartado 1 del artículo 588 septies b. LECrim contempla un deber de colaboración de amplísimo espectro que tiene como destinatarios a los prestadores de servicios y personas señaladas en el artículo 588 ter e.1 LECrim (es decir, a «Todos los prestadores de servicios de telecomunicaciones, de acceso a una red

---

múdez González, basta cualquier soporte de almacenamiento de datos con independencia de su capacidad y de su localización: un *pen drive* o un teléfono móvil de escasa capacidad se encuentran afectados por esta regulación y también lo está el acceso a la información recogida en servidores remotos de almacenamiento, conocidos popularmente como «la nube». Respalda su opinión en el argumento jurídico de que el artículo 588 sexies a habla de la «aprehensión de ordenadores, instrumentos de comunicación telefónica o telemática o dispositivos de almacenamiento masivo de información digital o el acceso a repositorios telemáticos de datos». Véase BERMÚDEZ GONZÁLEZ, J. A.: «Deber de colaboración de particulares en la Ley de Enjuiciamiento Criminal», Ponencia presentada en el Curso de formación de Fiscales «Uso de las nuevas tecnologías y nuevas formas de delincuencia», *op. cit.*, pp. 7 y 8.

(28) Esta cuestión la traté en «El investigado o encausado, el abogado y el pariente como sujetos excepcionados del deber de colaborar en la obtención de la prueba digital», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 36, 2021, pp. 1-44.

de telecomunicaciones o de servicios de la sociedad de la información, así como toda persona que de cualquier modo contribuya a facilitar las comunicaciones a través del teléfono o de cualquier otro medio o sistema de comunicación telemática, lógica o virtual») y a los titulares o responsables del sistema informático o base de datos. Todos estos sujetos quedan obligados «a facilitar a los agentes investigadores la colaboración precisa para la práctica de la medida y el acceso al sistema. Asimismo, están obligados a facilitar la asistencia necesaria para que los datos e información recogidos puedan ser objeto de examen y visualización», de manera que, en caso de negarse a cooperar, incurrirían en un delito de desobediencia.

Este tipo de investigación resulta muy agresiva, pues normalmente se realiza por medio de los denominados *spywares*, que son *softwares* instalados a distancia con los que se consigue el *hacking* de un sistema informático, aprovechando la vulnerabilidad del sistema al que se accede a través de las llamadas *exploits*. Su instalación, por tanto, aunque requiere de la –involuntaria– colaboración del titular del dispositivo, se lleva a cabo sin su conocimiento. Con los *spywares* pueden llevarse a cabo todo tipo de actividades destinadas a obtener pruebas digitales, desde extraer los datos contenidos en el dispositivo, hasta realizar escuchas y grabaciones. Es posible, incluso, conocer los datos cifrados mediante las denominadas «encriptaciones fuertes» o las contraseñas del usuario a través de los llamados *keyloggers*(29), que registran las teclas pulsadas. A la creación e inoculación de un *software* de este tipo quedarían obligados los sujetos afectados por el deber de colaboración.

El apartado 2, por su parte, reproduce el deber de colaboración previsto para el registro de dispositivos de almacenamiento masivo del artículo 588 sexies c.5 LECrim, al permitir que las autoridades y los agentes encargados de la investigación ordenen «a cualquier persona que conozca el funcionamiento del sistema informático o las medidas aplicadas para proteger los datos informáticos contenidos en el mismo que facilite la información que resulte necesaria» bajo amenaza de incurrir en delito de desobediencia. También se exime de esta obligación, al igual que en el caso del registro de dispositivos de almacenamiento masivo, al investigado o encausado, a su abogado y a los

---

(29) Con arreglo a la definición prevista en GIL GIL, A. y HERNÁNDEZ BERLINCHES, R. (coords.): *Cibercriminalidad*, Dykinson, Madrid, 2019, p. 65, «los *Keyloggers* son un tipo de *malware* que es capaz de monitorizar las pulsaciones de teclas en el teclado memorizándolas en un fichero para posteriormente remitirlas a un tercero. Existen variantes que realizan capturas de pantallas o movimientos y pulsaciones de ratón. Se utiliza para la obtención de las credenciales de autenticación, datos bancarios o monitorización de conversaciones, entre otros usos».



dispensados de declarar por razón del parentesco. Por último, es preciso subrayar que no se contiene en el artículo 588 septies b LECrim, dedicado al deber de colaboración en el registro remoto, referencia alguna al principio de proporcionalidad.

#### **D) Las medidas de aseguramiento**

En el capítulo X, dedicado a las medidas de aseguramiento, la reforma operada por LO 13/2015, de 5 de octubre, añadió un artículo único, el 588 octies, que regula la orden de conservación de datos y permite que el Ministerio Fiscal o la Policía Judicial requieran «a cualquier persona física o jurídica la conservación y protección de datos o informaciones concretas incluidas en un sistema informático de almacenamiento que se encuentren a su disposición hasta que se obtenga la autorización judicial correspondiente para su cesión (...)». Esa obligación de conservación existe «durante un periodo máximo de noventa días, prorrogable una sola vez hasta que se autorice la cesión o se cumplan ciento ochenta días.» Sobre el requerido a colaborar pesa un deber de guardar secreto, «quedando sujeto a la responsabilidad descrita en el apartado 3 del artículo 588 ter e». En definitiva, se prevé la posibilidad de que el sujeto incurra en la comisión de un delito de desobediencia.

#### **4. LA REGULACIÓN DE LOS DEBERES DE COLABORACIÓN EN EL ANTEPROYECTO DE LECRIM: EL MANTENIMIENTO DE LA REFERENCIA A LA CARGA DESPROPORCIONADA**

En el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020 no solamente varía la numeración de los artículos, sino que el contenido de alguno de ellos también sufre notables modificaciones. La ahora denominada «intercepción» de las comunicaciones telefónicas o telemáticas pasa al Capítulo II, y los destinatarios del deber de colaboración del artículo 588 ter e se mantienen, de manera explícita esta vez y no por remisión, en el artículo 361 del Anteproyecto: «todos los prestadores de servicios de telecomunicaciones, de acceso a una red de telecomunicaciones o de servicios de la sociedad de la información, así como toda persona que de cualquier modo contribuya a facilitar las comunicaciones a través del teléfono o de cualquier otro medio o sistema de comunicación telemática, lógica o virtual». En la

nueva normativa, sin embargo, se suprime la referencia «al juez, al Ministerio Fiscal y a los agentes de la Policía Judicial designados para la práctica de la medida» como acreedores de esa colaboración, consistente en «la asistencia y colaboración precisas para facilitar el cumplimiento de los autos de intervención de las telecomunicaciones» y se establece, de manera más simple, que aquellos sujetos «están obligados» –sin decir con quién– «a prestar la colaboración que les sea requerida para la práctica de la diligencia de intervención, grabación o registro».

Por lo que respecta al registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información y al registro remoto sobre equipos informáticos, estos pasan a regularse, respectivamente, en los Capítulos III y IV del Título IV, dedicado a los medios de investigación relativos a la entrada y registro, intervención de libros, papeles y documentos y registros informáticos.

Así, en el artículo 428 del Anteproyecto se recogen ahora los deberes de colaboración del registro directo, con una redacción muy similar a la del primer párrafo del apartado 5 del artículo 588 sexies c. LECrim: «Las autoridades y agentes encargados de la investigación podrán ordenar a cualquier persona que conozca el funcionamiento del sistema informático o las medidas aplicadas para proteger los datos informáticos en él contenidos que facilite la información que resulte necesaria para acceder a dichos datos, siempre que de ello no derive una carga desproporcionada para la persona afectada, bajo apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia». Continúa, pues, la mención a la desproporción de la carga como límite objetivo al deber de colaboración, pero se introduce una precisión que aclara el alcance del deber: la información que se ha de facilitar es la «que resulte necesaria para acceder a dichos datos». También se reforma el párrafo segundo, donde se contienen los sujetos exceptuados del deber de colaborar, con una redacción mucho más acertada, de manera que ya no se deja fuera de la excepción a quien necesariamente ha de estar comprendido en ella por exigencias del secreto profesional(30).

Por su parte, el artículo 432 de la nueva LECrim se ocupa del «deber de colaboración» –en singular–, del registro a distancia. Los destinatarios son los mismos que en el artículo 588 septies b, si bien no se utiliza ninguna remisión (como la que sí hace el 588 septies b al 588 ter), mencionándose todos expresamente. Se mantiene en el apartado 3 el deber de sigilo de los sujetos requeridos, pero la nueva redacción elimina el apartado 4, que hace referencia a la responsabili-

---

(30) *Ibidem*, p. 26.

dad por delito de desobediencia. En las medidas de aseguramiento (art. 588 octies LECrim; art. 433 en el Anteproyecto) también se suprime la amenaza de incurrir en un delito de desobediencia y simplemente se recuerda en el artículo 435 la obligación de prestar colaboración y guardar secreto, pero sin hacer mención de la correspondiente sanción en caso de incumplimiento.

Por lo tanto, y a modo de recapitulación: aunque son varias y de calado las modificaciones que introduce el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020 en lo relativo a los deberes de colaboración, en lo que respecta a la «carga desproporcionada», que es lo que aquí interesa, la regulación se mantiene idéntica, con la misma redacción y contenida también en el registro directo de dispositivos de almacenamiento masivo. De esta manera, lo que se va a decir a continuación tiene validez tanto para la regulación vigente como para el nuevo texto legal, cuando entre en vigor.

## 5. REFLEXIONES ACERCA DE LA CARGA DESPROPORCIONADA

### A) Consideraciones generales

Como venimos señalando, el legislador ha introducido dos límites al deber de colaboración que se mantienen en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal: un límite objetivo, constituido por la aplicación del principio de proporcionalidad, y un límite de carácter subjetivo, que excluye de este deber de colaborar a determinados sujetos.

El primer límite al deber de colaboración viene dado por la aplicación del principio de proporcionalidad: de acuerdo con el artículo 588 sexies c.5 de la actual LECrim y con el artículo 428 del Anteproyecto, de las órdenes que han de acatarse en cumplimiento del deber de colaboración quedan descartadas aquellas de las que pueda derivarse una «carga desproporcionada» para el afectado. Por carga desproporcionada deberá entenderse toda obligación que conlleve un gravamen excesivo para el afectado<sup>(31)</sup>.

En este sentido, el artículo 588 bis a 5 establece que las medidas de investigación se considerarán proporcionadas solamente cuando

---

(31) Sobre los debatidos conceptos de proporcionalidad en sentido amplio y estricto, véase, por ejemplo, NAVARRO FRÍAS, I.: «El principio de proporcionalidad en sentido estricto: principio de proporcionalidad entre el delito y la pena o balance global de costes y beneficios», *Indret* 2/2010, pp. 13 ss.

«tomadas en consideración todas las circunstancias del caso, el sacrificio de los derechos e intereses afectados no sea superior al beneficio que de su adopción resulte para el interés público y de terceros». Y añade que «para la ponderación de los intereses en conflicto, la valoración del interés público se basará en la gravedad del hecho, su trascendencia social o el ámbito tecnológico de producción, la intensidad de los indicios existentes y la relevancia perseguida con la restricción del derecho». En definitiva, como indica González-Cuéllar Serrano, el principio de proporcionalidad «requiere que toda limitación de derechos tienda a la consecución de fines legítimos»(32).

Surgen así dos cuestiones de sumo interés que serán objeto de examen. En primer lugar, se analizará si el hecho de que el legislador haya omitido la referencia a la desproporción de la carga en la intercepción de comunicaciones, en el registro a distancia y en las medidas de conservación significa que solamente puede oponerse esa excepción en el registro directo.

En segundo lugar, reflexionaremos acerca de las condiciones que han de darse para poder afirmar la desproporción de la carga, y al hilo de esta cuestión, analizaremos la posible oposición de una excepción como ésta en aquellos casos en los que se requiere de la colaboración de una empresa tecnológica.

Como es sabido, en diversas ocasiones en que se ha solicitado a *Apple* su colaboración en la investigación de un delito, la empresa de la manzana ha accedido a proporcionar la información que se encuentra en los servidores remotos de almacenamiento conocidos como «la nube», y sin embargo se ha negado siempre a la creación de una puerta trasera (*backdoor*). Las denominadas puertas traseras constituyen un medio para acceder a un sistema informático o al contenido de unos datos cifrados eludiendo los mecanismos de seguridad. Esos accesos pueden crearse involuntariamente, fruto de un error de programación, o voluntariamente, como medio empleado por los programadores para acceder al sistema y llevar a cabo labores de mantenimiento o actualización del dispositivo. Es posible también crear un acceso de este tipo *a posteriori*, por ejemplo, a través de un *malware*(33). Como es conocido por todos, la empresa *Apple* ha negado su colaboración en EE UU en diversas ocasiones(34) cuando así lo ha solicitado el FBI, adu-

---

(32) GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N.: «El principio de proporcionalidad en el Derecho penal español», *Cuadernos de Derecho público*, núm. 5, 1998, p. 193.

(33) A este último tipo de puerta trasera se hace referencia en GIL GIL, A. y HERNÁNDEZ BERLINCHES, R. (coords.): *Cibercriminalidad*, *op. cit.*, p. 64.

(34) El caso más conocido es el del tiroteo de San Bernardino. Véase: [https://elpais.com/internacional/2016/02/17/actualidad/1455702891\\_642434.html](https://elpais.com/internacional/2016/02/17/actualidad/1455702891_642434.html) (último

ciendo principalmente los peligros que supone la creación de una puerta trasera y a los daños reputacionales que ello supondría para la marca, y ha considerado suficiente su colaboración al proporcionar los datos contenidos en la nube.

Haremos referencia, pues, a la posibilidad de que las empresas se acojan a la desproporción de la carga como argumento para rechazar la negativa a cooperar en la investigación tecnológica, si un conflicto como el sucedido en EE. UU. se diera en nuestro país, como lógicamente sucederá en un futuro no lejano con toda probabilidad(35).

## B) **Ámbito de aplicación de la excepción**

Como cuestión inicial, cabe plantearse si el hecho de que la norma haga referencia a ese límite objetivo de la desproporción de la carga únicamente al regular el registro directo de dispositivos de almacenamiento masivo de la información ha de entenderse en el sentido de que solamente es en ese ámbito donde esta limitación resulta oponible. Es decir, si el legislador ha querido que esta excepción no rija en la intervención de las comunicaciones, ni en los registros remotos o en la orden de conservación de datos. Creemos que la respuesta a esta cuestión ha de ser necesariamente negativa: ni parece que el legislador quiera verdaderamente reducir la vigencia de tal restricción a este ámbito, ni tendría sentido tampoco que quisiera limitar justamente el registro donde la afectación del secreto de las comunicaciones, como pone de manifiesto Zaragoza Tejada(36), es menor.

---

acceso 6/3/2022) Pero no es el único. En España también tuvimos conocimiento de la necesidad de acceder al contenido del dispositivo, por ejemplo, en el caso Diana Quer. Véase: [https://elpais.com/politica/2017/07/06/actualidad/1499325032\\_475830.html](https://elpais.com/politica/2017/07/06/actualidad/1499325032_475830.html) (último acceso 6/3/2022).

(35) Afirma RODRÍGUEZ LAINZ, J. L.: «¿Podría un juez español obligar a Apple a facilitar una puerta trasera para poder analizar información almacenada en un iPhone 6?», *op. cit.*, p. 11, que «en la estrategia jurídica conocida empleada por APPLE no se ha llegado a cuestionar el carácter manifiestamente desproporcionado de tal cometido; sino más bien, el daño a su reputación comercial, la ausencia de una norma que específicamente habilitara a la autoridad judicial para imponer ese deber de colaboración y el riesgo de afectación a la seguridad de todos sus sistemas como consecuencia de la creación de lo que se definiera como una auténtica puerta trasera». En efecto, en EE. UU. no se ha hecho referencia a esa desproporción de manera expresa, entre otras cosas porque la ley estadounidense no recoge una cláusula como la española. Ahora bien, entendemos que el daño reputacional y el peligro que generaría una puerta trasera constituyen manifestaciones de una posible desproporción y que como tales podrían oponerse en nuestro país.

(36) ZARAGOZA TEJADA, J. I.: «El registro remoto de equipos informáticos», *op. cit.*, pp. 445-447.

Consideramos que el límite de la carga desproporcionada resulta aplicable a todos los ámbitos en los que se imponen deberes de colaboración porque, en realidad, esa expresión no constituye más que una referencia expresa al principio de proporcionalidad característico de todas las medidas de investigación, tecnológicas o no, en las que se ven afectados derechos fundamentales.

Lógicamente, en los demás sectores en los que existen deberes de colaboración sobre el sector privado, aunque no se recoja una limitación semejante, tampoco puede exigirse una cooperación desproporcionada. Por ello, lo mencione o no el legislador de manera explícita, lo cierto es que ese límite opera también en los deberes de colaboración establecidos en los ámbitos de la intervención de las comunicaciones, de los registros remotos y de la conservación de los datos.

Su contenido, eso sí, deberá ser determinado caso por caso tras un juicio de ponderación, pues las condiciones para afirmar la desproporción varían de un ámbito a otro. De este modo, para calibrar el contenido de la carga, deberá tenerse en cuenta aquello que se exige al sujeto llamado a colaborar y lo que implica en concreto para él. Y para determinar si resulta o no desproporcionado, deberá compararse el contenido de la obligación con las circunstancias que rodean la investigación a las que hace referencia el ya mencionado artículo 588 bis a 5, entre las que ocupan un lugar destacado las alternativas de que dispone el investigador criminal para hallar la información que busca, la gravedad del delito que se intenta esclarecer(37), la fiabilidad de los indicios existentes(38) y lo que se pretende lograr con la investigación.

---

(37) Especialmente esclarecedor resulta a este respecto el AAP de Tarragona 1004/2006, de 19 de diciembre que, tras analizar la excepcionalidad, necesidad e idoneidad de la medida, considera que no es proporcionada al sacrificio de derechos que comporta por razón del delito investigado «ya que los resultados que se obtendrían, en su caso, serían de unas tarjetas SIM que se han activado con el teléfono móvil sustraído, lo que supondrá investigar a personas que pudieron haber adquirido el terminal en algún establecimiento de segunda mano o a distancia y, en cualquier caso, a falta de todo otro indicio de participación, no podría imputárseles más que un delito de receptación, que no cumple el mínimo penológico de los tres años de prisión (ya que el artículo 298 del Código Penal castiga la receptación con la pena de seis meses a dos años)» (FJ 3).

(38) Recientemente, la STS 1117/2022, de 15 de marzo (FJ 2), recuerda de nuevo que «han de excluirse las investigaciones meramente prospectivas, pues el secreto de las comunicaciones no puede ser desvelado para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos o para despejar las sospechas sin base objetiva que surjan de los encargados de la investigación, ya que de otro modo se desvanecería la garantía constitucional; exclusión que se extiende igualmente a las hipótesis subjetivas y a las meras suposiciones y conjeturas, pues si el secreto pudiera alzarse sobre la base de esas hipótesis quedaría vacío de contenido (SSTC 49/1999;

La razón que explica por qué el legislador ha omitido esta referencia en los restantes deberes de colaboración reside en el accidentado camino recorrido por estos deberes en su regulación normativa(39). Así lo prueban los sucesivos cambios de ubicación y de contenido. No olvidemos que el deber de colaboración ha mudado de ubicación en varias ocasiones: mientras el Borrador de Anteproyecto del Código Procesal Penal de diciembre de 2012 lo situaba en los registros remotos de equipos informáticos, el primer Borrador del Anteproyecto lo trasladó al registro de dispositivos de almacenamiento masivo, para ser recolocado de nuevo con el Anteproyecto definitivo en el ámbito de los registros remotos. Su contenido ha resultado asimismo variable, pues en un principio se hablaba de un genérico deber de colaboración del responsable del sistema de información y, posteriormente, se ha tratado de concretar el contenido de esas conductas de colaboración.

Por eso, no resultan convincentes los argumentos proporcionados por la Circular de la FGE 5/2019, de 6 de marzo, sobre registro de dispositivos y equipos informáticos que, cumpliendo con esa máxima de hacer de la necesidad virtud, viene a afirmar que en realidad ésta es una regulación deseable y adecuada.

En efecto, de acuerdo con esa interpretación de la Fiscalía General del Estado, la omisión de toda referencia al principio de proporcionalidad en el caso del registro remoto obedece, no tanto a la voluntad del legislador de introducir una excepción en este ámbito como al intento de advertir que, en tales casos, para que sea considerada excesiva, la carga ha de ser más onerosa que en el supuesto de registro de dispositivos de almacenamiento masivo(40). Se pretende justificar así esta falta con el argumento de que en el marco de los registros a distancia «la Ley ha querido limitar las excepciones al mínimo imprescindible». No obstante, no parece que se pueda disculpar semejante omisión alegando que las excepciones son mínimas, puesto que sean éstas pocas o muchas, el respeto al principio de legalidad obliga mencionarlas expresamente. No en vano, el Consejo de Estado en su Informe se mostró favorable a recoger las excepciones de manera expresa.

Por lo demás, estamos de acuerdo con las afirmaciones de la FGE relativas a la mayor intensidad de los deberes de colaboración en el

---

166/1999; 171/1999; 299/2000; 14/2001; 138/2001; 202/2001; 167/2002; 261/2005; 136/2006; 253/2006; 148/2009; 197/2009; 5/2010 y 26/2010)».

(39) Véase, con detalle, RODRÍGUEZ LAINZ, J. L. en la Encuesta Jurídica del Sepín de octubre de 2016, *op. cit.* (último acceso 6/3/2022), y el mismo en: «¿Podría un juez español obligar a Apple a facilitar una puerta trasera para poder analizar información almacenada en un iPhone 6?», *op. cit.*, p. 9.

(40) Esta interpretación es acogida por MARTÍNEZ ATIENZA, G.: *Investigación tecnológica en los ciberdelitos*, Ediciones Experiencia, 2021, p. 161.

caso de registros remoto que los existentes para el ámbito de los registros directos. En tal sentido, la creación y envío de troyanos para permitir el registro a distancia constituyen, por sí mismas, tareas arduas y de gran complejidad técnica. Y estas mayores exigencias se corresponden, de acuerdo con la Circular 5/2019 FGE, con la especial gravedad de los delitos en los que está permitido el registro remoto(41), con «la mayor dificultad que entrañan los registros remotos», que «exige, también, mayores herramientas que posibiliten su desarrollo».

Sin embargo, tampoco consideramos que esta especial intensidad justifique la omisión a la referencia a la carga desproporcionada, pues precisamente la mayor –o la única– virtud de los términos vagos, como éste, la constituye su capacidad de adaptación a distintos supuestos. Incluirllo aquí hubiera sido lo adecuado, justamente porque el carácter indeterminado del calificativo «desproporcionada» se amolda a las distintas intensidades del deber de colaboración de que se trate: para afirmar la desproporción, si la intensidad es mayor, la carga deberá ser mayor también.

Actualmente, y recapitulando la información que hemos expuesto anteriormente, el deber de colaboración se ha sustanciado en la siguiente redacción: en el ámbito de la interceptación de las comunicaciones se exige prestar «la asistencia y colaboración precisas para facilitar el cumplimiento de los autos de intervención de las telecomunicaciones» (art. 588 ter e.1 LECRim); en el caso del registro de dispositivos de almacenamiento masivo se obliga al sujeto requerido a que «facilite la información que resulte necesaria» (art. 588 sexies c.5 LECrim); y, por último, en marco del registro remoto, se establecen, a su vez, dos tipos de deberes de colaboración de diversa intensidad.

En este registro a distancia existe un deber que podemos calificar de mayor intensidad, que es el de «facilitar a los agentes investigadores la colaboración precisa para la práctica de la medida y el acceso al sistema» incluyéndose también el deber de «facilitar la asistencia necesaria para que los datos e información recogidos puedan ser objeto de examen y visualización», que rige para los prestadores de servicios y personas señaladas en el artículo 588 ter e LECrim –es decir, los mencionados en la interceptación de las comunicaciones– y

---

(41) Se limita a los delitos tasados en el apartado 1 del artículo 588 septies: a) Delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales; b) Delitos de terrorismo; c) Delitos cometidos contra menores o personas con capacidad modificada judicialmente; d) Delitos contra la Constitución, de traición y relativos a la defensa nacional; e) Delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la telecomunicación o servicio de comunicación.



los titulares o responsables del sistema informático o base de datos objeto del registro (art. 588 septies b.1 LECrim).

Y junto a él se regula otro deber colaboración de menor intensidad, consistente en que se «facilite la información que resulte necesaria para el buen fin de la diligencia», y que es impuesto a «cualquier persona que conozca el funcionamiento del sistema informático o las medidas aplicadas para proteger los datos informáticos contenidos en el dispositivo» (art. 588 septies b. 2. LECrim). Una última referencia a los deberes de colaboración es la contenida en las medidas de aseguramiento (art. 588 octies LECrim). En este precepto, dedicado a la orden de conservación de datos, se permite al Ministerio Fiscal o a la Policía Judicial requerir «a cualquier persona física o jurídica la conservación y protección de datos o informaciones concretas incluidas en un sistema informático de almacenamiento que se encuentren a su disposición» hasta obtener la autorización judicial correspondiente para su cesión.

En general, esa llamativa falta de regularidad se ha visto reflejada también en otras partes del articulado. Por ejemplo, cabe destacar la desigualdad del legislador a la hora de establecer deberes de sigilo acerca de las actividades que son requeridas por las autoridades, pues sí lo ha exigido en el ámbito de la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas (art. 588 ter e.2 LECrim), en el registro remoto (art. 588 septies b.3 LECrim) y en la orden de conservación de datos (art. 588 octies LECrim), pero no en el registro físico de dispositivos de almacenamiento masivo, a pesar de que eximir del deber de guardar sigilo a estos destinatarios del deber de colaboración no tendría ninguna lógica.

Curiosamente, en lo único en lo que ha habido uniformidad, puesto que se repite en todos los ámbitos con cierto paralelismo(42), ha sido en la amenaza de incurrir en un delito de desobediencia del artículo 556.1 CP, a pesar de que, precisamente, gran parte de los destinatarios del deber de colaboración no pueden responder por este delito, por la sencilla razón de que no es uno de los contemplados en

---

(42) Tras hacer caso esta vez a la recomendación del Consejo de Estado en su Informe al Anteproyecto de la LECRim y corregir consiguientemente la omisión a la referencia a la posible comisión de un delito de desobediencia. Véase el apartado h) dedicado a la colaboración de terceros, disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2015-97> (último acceso 3/7/2021). En el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobado por Consejo de Ministros el 24 de noviembre de 2020, desaparecen la mayor parte de las referencias a la desobediencia y se mantiene exclusivamente en el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información del artículo 428 del Anteproyecto.

el catálogo *numerus clausus* de infracciones penales susceptibles de generar responsabilidad penal de la persona jurídica.

Con estas consideraciones queremos, en definitiva, poner de manifiesto cierta falta de celo por parte del legislador, tanto a la hora de regular la excepción de la desproporción de la carga, como al desarrollar las cuestiones relacionadas con los deberes de colaboración. Aunque, desde luego, la redacción dista mucho de ser perfecta, no parece, sin embargo, que esa falta de precisión obedezca tanto a una actitud despreocupada o desidiosa, como al hecho de que se trata de una materia compleja y excesivamente técnica, ajena al ámbito en el que tradicionalmente se desenvuelve el jurista y que constituye, por lo demás, una materia enormemente cambiante. Tratando de huir de una excesiva inconcreción, el legislador dedica a cada ámbito en el que puede obtenerse la prueba digital una regulación separada, con una redacción seguramente mejorable.

Más adecuado hubiera sido, parece, que el legislador hubiera establecido un deber de colaboración unitario –añadiendo también la excepción de la desproporción de la carga– en las disposiciones comunes que actúan como principios rectores –esto es, en artículos 588 bis a al 588 bis k LECrim (43)–, y que allí también hubiera regulado tanto las excepciones al deber de colaborar, como el deber de guardar silencio y la posibilidad de incurrir en delito de desobediencia.

Parece, pues, claro que la selección de conductas en las que se materializan los deberes de colaboración responde a un intento por parte del legislador de concretar tareas para no apartarse más de lo debido del principio de legalidad, y no a la voluntad de limitar a un mero deber de facilitación de información la colaboración de quien puede hacer mucho más que eso. Más bien, las tareas que se mencionan son aquellas que se consideraban posibles de acuerdo con el estado de la evolución tecnológica del momento de su redacción. Consideramos que, en definitiva, lo que ha buscado el legislador ha sido, simplemente, permitir al investigador público exigir la ayuda de cualquiera dentro de lo razonable.

Realmente, el legislador podía haber regulado las normas con mayor precisión y haber contado, además, con un mayor apoyo por parte de expertos en el mundo informático(44). Porque hay que reco-

---

(43) En este sentido, ya SÁNCHEZ MELGAR, J. en la Encuesta Jurídica publicada por la editorial Sepín en octubre de 2016, *op. cit.* (último acceso 6/3/2022).

(44) En este sentido, resulta especialmente crítico RUBIO ALAMILLO que afirma que «observando el texto redactado del nuevo articulado de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se puede deducir con facilidad que el Gobierno que, conforme a nuestro ordenamiento jurídico, ha liderado la reforma, no ha estado correctamente asesorado

nocer cierta mala fortuna en la elección de los verbos en los que se concreta esa colaboración, cuando el destinatario de la obligación es «cualquier persona que conozca» el funcionamiento del sistema o las medidas, mientras que cuando los verbos han sido los adecuados (facilitar la colaboración precisa y prestar la asistencia necesaria), entonces lo que ha fallado ha sido la elección de los sujetos.

Por estos motivos, decimos, se impone una interpretación extensiva, pues carecería de toda lógica que las empresas tecnológicas no se sitúen en el elenco de sujetos a los que se exige una colaboración más amplia, como tampoco tendría sentido que se establecieran obligaciones distintas dependiendo de si el registro del mismo dispositivo se lleva a cabo de manera directa o remota.

### C) Criterios para determinar la desproporción de la carga

La referencia al carácter desproporcionado de la carga tiene su origen en el Convenio de Budapest, pues ya su artículo 19.4 establecía la obligación de que la colaboración exigible se moviera «dentro de lo razonable». Se citaba, asimismo, como ejemplo de irrazonabilidad en la exigencia de la divulgación de una contraseña u otra medida de seguridad, que la misma «pudiera poner en peligro injustificadamente la vida privada de otros usuarios o de otros datos cuya revisión no ha sido autorizada. En tal caso, el suministro de la información «necesaria» podría consistir en la revelación, en una forma que sea comprensible y legible, de los datos que realmente andan buscando las autoridades competentes»(45).

El criterio de la proporcionalidad constituye, por lo demás, uno de los principios rectores comunes a todas las medidas de investigación tecnológica recogidos en el artículo 588 bis a.2 LECrim junto con los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad y necesidad. Su aplicación implica que, a la hora de decidir una determinada medida de investigación, deban ser tenidas en cuenta tanto las circunstancias del caso, como los intereses en juego y los derechos afectados, de forma que de la adopción de esa medida resulte siempre un saldo favorable al interés público y a los terceros. De este modo, las resoluciones judiciales que permiten la adopción de una medida o su

---

por los profesionales que mejor conocen la Informática y las redes, es decir, por Ingenieros e Ingenieros Técnicos en Informática». Véase RUBIO ALAMILLO, J.: «La informática en la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», *op. cit.*, p. 4.

(45) Véase el Informe explicativo del Convenio sobre la Ciberdelincuencia del Comité de Ministros del Consejo de Europa en su 109.ª reunión (8 de noviembre de 2001), p. 5, disponible en: <https://rm.coe.int/16802fa403> (último acceso 5/1/2022).

prórroga han de referir todos los elementos indispensables para realizar el juicio de proporcionalidad y hacer posible su control posterior(46).

Por lo tanto, como límite objetivo al deber de colaboración el legislador ha vuelto a optar por el principio de proporcionalidad, un criterio valorativo e indeterminado que deberá ser precisado caso por caso. A pesar de que una desproporción como esa pueda utilizarse en la práctica para excluir del deber de colaborar a determinados sujetos que el legislador olvidó de excepcionar incomprensiblemente del círculo de obligados a colaborar con el investigador público, no puede limitarse solo a esto la desproporción, pues el legislador no estaba pensando en ellos cuando la introdujo(47).

Por lo que respecta a los criterios para determinar la proporcionalidad de la carga que supone la colaboración, resulta muy esclarecedor el contenido del apartado 5.º del artículo 588 bis a LECRim, artículo que, como señala Álvarez Sánchez de Movellán(48) constituye solo «la punta de lanza del principio» de una construcción jurídica, la de la investigación tecnológica, «que respira proporcionalidad por todos sus poros».

Primero, se afirma, de acuerdo con un criterio asentado ya en nuestra doctrina(49) y jurisprudencia(50)– que la medida será proporcionada cuando «el sacrificio de los derechos e intereses afectados no sea superior al beneficio que de su adopción resulte para el interés público y de terceros». No puede perderse de vista que el derecho del propietario del *hardware* o *software* cuyo sacrificio se discute es uno ordinario: el de la propiedad privada(51). A ello se añade –y la determinación de este criterio constituye una auténtica novedad– que «la

---

(46) Por todas, STS 1024/2022, de 15 de marzo (FJ 1.º).

(47) Analicé esta posibilidad, propuesta por la Circular FGE 5/2019, en «El investigado o encausado, el abogado y el pariente como sujetos excepcionados del deber de colaborar en la obtención de la prueba digital», *op. cit.*, pp. 27 y 39.

(48) ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P.: «Las nuevas medidas de investigación tecnológica y la enésima invocación al principio de proporcionalidad», *Justicia: Revista de Derecho procesal*, 2018, núm. 1, p. 105.

(49) Véase al respecto BACHMAIER WINTER, L.: «Registro remoto de equipos informáticos y principio de proporcionalidad en la Ley Orgánica 13/2015», *op. cit.*, p. 15.

(50) Como ya estableció la STC 207/1996, de 16 de diciembre, (FJ 3) y repite, entre otras, la STC 70/2002, de 3 de abril (FJ 10) «que se deriven de su aplicación más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o intereses en conflicto o, dicho de otro modo, que el sacrificio impuesto al derecho fundamental no resulte desmedido en relación con la gravedad de los hechos y las sospechas existentes (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)».

(51) Así lo destaca PERALS CALLEJA en la Encuesta Jurídica publicada por Sepín en octubre de 2016, *op. cit.*, p. 4 (último acceso 6/3/2022).

valoración del interés público se basará en la gravedad del hecho, su trascendencia social o el ámbito tecnológico de producción, la intensidad de los indicios existentes y la relevancia del resultado perseguido con la restricción del derecho.»

Por lo tanto, para la determinación del contenido de la carga habrá de tenerse en cuenta, en primer lugar, el esfuerzo y dedicación que implica la colaboración para el sujeto requerido –que no será igual, lógicamente, tratándose de un particular o una gran empresa–. Es decir, ha de ser objeto de ponderación tanto lo que el sujeto ha de hacer como lo que ha de dejar de hacer para prestar la ayuda solicitada. En segundo lugar, habrá que calibrar los costes económicos y de otra índole que la colaboración supone para el sujeto en cuestión, especialmente los relativos a los sacrificios de la propiedad intelectual e industrial. Aquellos que resulten cuantificables podrán ser resarcidos de acuerdo con lo establecido en el artículo 17.1 LOPJ(52).

Un problema mayor plantea la indemnización del riesgo o coste reputacional, que puede generar pérdidas, a veces muy cuantiosas, en distintos ámbitos (de negocio, de valor bursátil, de mercado, etc.), pero que al tener un carácter indirecto resultan muchas veces de difícil cuantificación y, por tanto, de complicada reparación. Respecto a esta materia nos gustaría destacar que, en el caso de las multinacionales que se niegan a colaborar con el investigador criminal, –particularmente sonoro ha sido el enfrentamiento de *Apple* con el FBI–, llama poderosamente la atención que la facilitación del acceso a un dispositivo dirigido a la evitación de la muerte de personas juegue en contra y no a favor de su buen nombre. En concreto, a propósito de la negativa de la empresa de Cupertino tras las peticiones del FBI, una encuesta realizada por la CBS(53) arrojó un saldo favorable a la colaboración, aunque con un margen pequeño. Sin embargo, aunque aceptáramos como válida la premisa de que *Apple* sufriría un daño reputacional si colaborara activamente con los servicios de investigación estatales, entonces ese mismo daño podría afirmarse también cuando se pone en conoci-

---

(52) Artículo 17 LOPJ: «1. Todas las personas y entidades públicas y privadas están obligadas a prestar, en la forma que la ley establezca, la colaboración requerida por los Jueces y Tribunales en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto, con las excepciones que establezcan la Constitución y las leyes, y sin perjuicio del resarcimiento de los gastos y del abono de las remuneraciones debidas que procedan conforme a la ley».

(53) En la encuesta participaron más de 1.000 ciudadanos. Un 50% se mostró favorable a la colaboración con el FBI y un 45%, reacio. Pueden verse los datos en <https://www.cbsnews.com/news/cbs-news-poll-americans-split-on-unlocking-san-bernardino-shooters-iphone/> (último acceso 3/2/2022).

miento del público general que existe una empresa alternativa, como la israelí *Cellebrite*, capaz de proporcionar acceso a un dispositivo.

En todo caso, si se apreciara la existencia de un daño reputacional, debería valorarse negativamente el hecho de que *Apple*, más allá de defender a ultranza la privacidad, haya construido su reputación precisamente sobre el descrédito del mismísimo FBI. Resultaría paradójico que un Estado tuviera que indemnizar a una empresa por afectar la fama de un producto, cuando la empresa no solo ha erigido su prestigio precisamente sobre el desafío continuo a la investigación criminal y a los organismos que se encargan de llevarla a cabo, sino que se ha ocupado, además, de publicitar el reto.

Con independencia de estas reflexiones, para determinar el interés público, al otro lado de la balanza se situaría, en primer lugar, la gravedad del hecho. En dicho parámetro deberá calibrarse, primero, la severidad de la pena prevista para el delito que se está investigando. Éste constituye un criterio tenido en especial consideración por parte del legislador de las nuevas tecnologías, puesto que tanto la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas como el registro a distancia está reservado para un listado de delitos considerados de especial gravedad.

Ello es así en teoría, porque en ambos casos se incluye un inciso final que abre el abanico a otros delitos que no tienen que ser graves. Así, recordemos, que en el caso de la interceptación de las comunicaciones, según el artículo 583 ter a, la autorización para llevarla a cabo queda reservada a los delitos contemplados en el artículo 579.1 LECrim, es decir, a los delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión, a cometidos en el seno de un grupo u organización criminal, a los delitos de terrorismo y, además, a los «delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicio de comunicación». Esa misma referencia se contiene en los delitos en los que está permitido el registro remoto. En el listado se incluyen los delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales, los delitos de terrorismo; los delitos cometidos contra menores o personas con capacidad modificada judicialmente y los delitos contra la Constitución, de traición y relativos a la defensa nacional, pero se añade también una última categoría idéntica referida a «delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la telecomunicación o servicio de comunicación».

Estos añadidos han sido objeto de duras críticas por parte de distintos autores(54), puesto que el hecho de que en la comisión se empleen medios informáticos o telemáticos nada indica acerca de la gravedad del delito. Así, Zaragoza Tejada(55) recuerda la incongruencia existente en el hecho de que no puedan investigarse a través de estas medidas delitos como un homicidio, un asesinato o una agresión sexual, pero sí otros delitos menores como la estafa informática, y propone una regulación similar a la del Anteproyecto del 2013, que preveía la creación de *softwares* para los delitos graves y, además, para aquellos en los que el uso de *softwares* fuera necesario para su esclarecimiento. A esta particularidad tendremos ocasión de pronunciarnos más adelante.

En cualquier caso, para determinar la gravedad del hecho deberá ser tenida en cuenta también su trascendencia social(56). La sensibilidad de la sociedad con respecto a determinados delitos habla a favor de la utilización de técnicas de investigación más invasivas. Y a estos criterios de la gravedad y de la necesidad, debe añadirse otro: la finalidad que pretende alcanzarse con la información que se obtenga. No será lo mismo, por ejemplo, tratar de condenar a un sujeto que intentar impedir la comisión próxima de un atentado terrorista, debiendo ser valorada también la urgencia, pues el recurso a las empresas alternativas requiere normalmente de un plazo de tiempo superior por la falta de familiaridad con el producto.

Para que el saldo arrojado sea favorable al interés público también resultará fundamental la solidez de los indicios existentes. El principio de especialidad requiere que la medida se adopte para la investigación de un delito en concreto. Por lo tanto, la medida solo podrá acordarse para investigar un delito de cuya comisión se tienen sospechas fundadas, quedando vetada cualquier diligencia restrictiva de derechos fundamentales adoptada en una situación que se asemeje a eso que en terminología anglosajona se denomina una *fishing expedition*: una investigación prospectiva realizada sin verdaderos indicios de la existencia de un delito. Como recuerda la STS núm. 404/2016, de 11 de mayo(57), se requieren «indicios que son algo más que simples sospechas, pero también algo menos que los indicios racionales

---

(54) Ya el propio RUBIO ALAMILLO, J.: «La informática en la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», *op. cit.* pp. 6 y 10.

(55) Véase ZARAGOZA TEJADA, J. I.: «El registro remoto de equipos informáticos», *op. cit.*, p. 460.

(56) La vinculación de la trascendencia social con el ámbito tecnológico de producción se afirma en el AAP de Madrid 131/2015, de 25 de febrero (RJ 3).

(57) STS núm. 404/2016, de 11 de mayo (FJ 4).

que se exigen para el procesamiento»(58). Para la validez de esos indicios se requiere una objetividad que, de acuerdo con la argumentación de la Sentencia, puede afirmarse cuando se dan tres requisitos: «1.º) ser accesibles a terceros, sin lo cual no serían susceptibles de control; 2.º) proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o que se va a cometer el delito, y 3.º) no consistir en valoraciones acerca de la persona»(59).

En definitiva, tendrán que aplicarse los principios rectores comunes a todas las medidas de interceptación y registro adaptándolas en este caso, más allá de a una posible vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones y a la intimidad, a una posible vulneración del derecho a la propiedad industrial e intelectual.

#### D) La creación de una puerta trasera como forma de colaboración exigible

Por lo que respecta a la cuestión concreta de si ha de considerarse desproporcionado obligar al requerido a desvelar un secreto industrial y/o a diseñar una aplicación que permita forzar la clave de acceso, lo cierto es que existen a este respecto opiniones muy diversas y plagadas de matices. Basta remitirnos a la encuesta de la Editorial jurídica *Sepín* del año 2016, que muestra cómo entre las opiniones positivas y desfavorables, que desarrollaremos más abajo, se abre un abanico de criterios intermedios que condicionan la posibilidad a la comisión de determinados delitos o al cumplimiento de determinados requisitos(60).

Frente a esta disparidad de criterios, la Circular 5/2019 resulta clara: mientras que en el caso de registros remotos sí puede requerirse la realización de un trabajo en sentido amplio que permita la realiza-

(58) Sobre la importancia de los indicios resulta especialmente relevante la STC 49/1999, de 5 de abril y más recientemente las SSTC 136/2000, de 29 de mayo y 253/2006, de 11 de septiembre y 145/2014, de 22 de septiembre.

(59) STS núm. 404/2016, de 11 de mayo (FJ 4).

(60) Pueden verse distintas opiniones de Magistrados, Fiscales y abogados en la Encuesta Jurídica publicada por *Sepín* en 2016. A favor, RODRÍGUEZ LÁINZ, J. L. (el mismo en «¿Podría un juez español obligar a Apple a facilitar una puerta trasera para poder analizar información almacenada en un iPhone 6?», *op. cit.*, p. 11) y VELASCO NÚÑEZ; en determinados supuestos, PERALS CALLEJA, J. y SANTALÓ JUNQUERA, J. I.; y en contra de esta opción se manifiestan MORENO VERDEJO, J., SÁNCHEZ MELGAR, J. y NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., disponible en <https://sepin.es/cronus4plus/documento/VerDoc.asp?dist=55&referencia=SP%2FDOCT%2F21122&cod=0JP2JP1Cv0FF1T10Vb0FP1%24v0GC0Fa1yB0G909P17P0Vf08A1ek1S308A1vd1yi05u1dF1Dk0Ha1%3DP01b0Fa17T1DT0Fk1C50Gz0Fa1Aa01f0Ha1Aa1Dg0Fa1C42AA0G%5F1C51Cv0FF0yg0HL0GB0Oq01E#25605745> (último acceso 6/3/2022).



ción de una diligencia de investigación, en los registros directos la colaboración activa exigible queda limitada a un deber meramente informativo consistente en proporcionar las claves de acceso o indicar la ubicación de los datos. Por lo tanto, si se planteara un caso similar al del conflicto entre *Apple* y el FBI estadounidense en territorio español, la argumentación de la FGE se situaría del lado de *Apple*, que podría legítimamente, de acuerdo con este criterio, negarse a introducir *backdoors* en su propio sistema.

Sin embargo, nosotros no podemos estar de acuerdo con este criterio. Consideramos que la respuesta no puede ser en todo caso negativa ni tampoco hacerla depender del tipo de registro que se vaya a llevar a cabo. Además, semejante tesis derivaría de una interpretación literal del artículo 588 sexies c.5 LECrim de la que discrepamos. De acuerdo con ese criterio favorable a la literalidad, puesto que ante el registro de un dispositivo de almacenamiento masivo el legislador únicamente se refiere a la posibilidad de obligar a una persona a que «facilite la información necesaria», todo lo que exceda esa facilitación de información –en el sentido de transmitir los conocimientos que ya se tienen– ha de considerarse una carga excesiva.

Por lo tanto, el deber de colaboración establecido por el legislador hace referencia a la facilitación de la información necesaria para el registro, pero no alcanza al desarrollo de actividades o trabajos tendentes a posibilitar el registro, como sería, por ejemplo, la creación de programas informáticos específicos destinados para ello. De este modo, se entiende que la carga sería, sin duda, desproporcionada, como decimos, cuando se obligara al requerido a desvelar un secreto industrial, o a diseñar una aplicación que permitiera forzar la clave de acceso en el caso de un registro directo. Nosotros nos mostramos contrarios a ese entendimiento literal del precepto, como expondremos en el siguiente apartado.

En todo caso, incluso con una interpretación amplia de la colaboración exigible en el registro directo, podría entenderse que la carga sería en todo caso excesiva si se diera por válida la razón principal de la negativa de *Apple*. La empresa norteamericana auguraba grandes calamidades con la creación de la puerta trasera: ese mecanismo de acceso acabaría cayendo en las manos erróneas con toda seguridad e incluso en las manos correctas sería objeto de un uso ilimitado y abusivo.

En la misma línea argumental se pronunció el alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, el jordano Zeid Ra'ad Al Hussein, que afirmaba(61) que «las autoridades corren el riesgo de abrir una caja de Pandora con implicaciones extremadamente

---

(61) Pueden leerse sus declaraciones en: <https://www.elmundo.es/tecnologia/2016/03/04/56d9a352ca474185168b45dc.html> (último acceso 10/3/2022).

perjudiciales para los derechos humanos de millones de personas», puesto que ceder a las pretensiones del FBI «sería un regalo para regímenes autoritarios, así como para delincuentes informáticos». Parece evidente que una discusión no puede desarrollarse en términos absolutos de «todo acceso» o «ningún acceso». Ningún derecho –y, por tanto, tampoco el relativo a la intimidad, a la protección de datos o al mismísimo secreto de las comunicaciones– tiene un carácter ilimitado.

No resulta convincente la razón proporcionada por el CEO de *Apple*, Tim Cook, arguyendo que conceder al FBI una puerta trasera supone poner en peligro la seguridad de los usuarios, puesto que no se puede controlar que se vaya a dar el uso para la que fue creada. Bastaría crear un procedimiento que proporcione las suficientes garantías. Y desde luego, uno en el que media una orden judicial y la intervención de los cuerpos de seguridad de un Estado de Derecho ha de tenerse por suficientemente garantista. Además, ni siquiera resultaría indispensable que *Apple* proporcionara la forma de acceder; bastaría con que proporcionara la información que le es requerida. En este sentido, ya el Convenio de Budapest, como hemos visto, preveía que en aquellos casos en los que exigir la facilitación de contraseñas o métodos de desbloqueo resultara peligroso, entonces podía el obligado dar cumplimiento al mandato de colaboración simplemente proporcionando los datos concretos.

Por lo demás, resultan fácilmente imaginables situaciones graves en las que obligar a diseñar una aplicación o incluso a revelar un secreto industrial no suponga una carga susceptible de ser calificada como desproporcionada: un caso en el que se sepa que un terrorista(62) que está en paradero desconocido va a cometer un atentado de grandes dimensiones. Acudir a una empresa alternativa no es una opción, debido a la urgencia en obtener la información. En tal supuesto, podría exigirse a cualquier fabricante que permitiera acceder a su contenido por la sencilla razón de que, por muy grave que fuera el supuesto daño reputacional y económico, la balanza se inclinaría siempre a favor de la vida y la integridad de las personas.

---

(62) En este sentido, Martínez Atienza afirma que «en los delitos especialmente graves, en los que esté comprometida la vida de alguna persona o la seguridad pública (como ocurriría en los delitos de terrorismo), deberán ceder, de ordinario, los intereses de la persona requerida. Por el contrario, cuando se trate de delitos de menor importancia o cuando los datos que el registro pueda proporcionar a la investigación no sean especialmente determinantes, deberán valorarse con mayor intensidad los intereses del requerido». Véase MARTÍNEZ ATIENZA, G.: *Investigación tecnológica en los cibercrimes*, op. cit., p. 151.

## 6. OBSERVACIONES ACERCA DE LA EXPRESIÓN «FACILITAR INFORMACIÓN»

### A) Interpretaciones posibles acerca del deber de facilitación de información

Tal y como venimos señalando, en la Circular 5/2019 la Fiscalía General del Estado se muestra favorable a una interpretación literal de la expresión «facilitar información», empleada en los artículos 588 sexies c y 588 septies b LECrim.

De este modo, entiende que esa colaboración intelectual que supone la facilitación de información constituye la única colaboración exigible, con independencia del sujeto de que se trate, cuando el registro es directo. Y constituye, asimismo, la colaboración exigible en el registro a distancia, salvo que el destinatario de la obligación sea un prestador de servicios, en cuyo caso se puede exigir una colaboración más amplia. De acuerdo con la interpretación de la FGE, fuera de estos casos de colaboración más amplia de los prestadores de servicios, en los registros de los dispositivos «lo único que podrán ordenar las autoridades o agentes encargados de la investigación será la facilitación de la información, pero nada más»(63).

Así, solo sería posible exigir el suministro de datos, como el relativo a las claves de acceso o la ubicación de datos o el asesoramiento técnico, quedando excluido el que suponga la revelación de un secreto industrial, pues ello resultaría vetado por aplicación de la segunda parte de la regulación del deber de colaboración, referido a la carga excesiva. Por lo tanto, aunque según esta interpretación sí sería posible ordenar a una empresa tecnológica que revelara cómo se crea una puerta trasera (pues entraría dentro del concepto «facilitar información»), ello tendría que ser rechazado al suponer esa información una lesión de un secreto industrial, calificable como carga desproporcionada.

En tal sentido, se afirma en la Circular 5/2019 que debería ser considerada excesiva, en principio, «la facilitación de información que supusiera desvelar secretos industriales que pudieran perjudicar una actividad empresarial del afectado, como resultaría de facilitar información sobre los sistemas de seguridad de un determinado teléfono o dispositivo informático»(64).

---

(63) Véase el apartado 3.7 de la Circular 5/2019, disponible en [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-4244](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-4244) (último acceso 13/2/2022).

(64) *Ibidem*.

En una línea semejante a la de la FGE se sitúan las posiciones de Jaime Moreno Verdejo y de Julián Sánchez Melgar(65), para quienes no es posible obligar a crear un programa que permita el acceso, pero sí obligar a que se proporcione la información de que se disponga. Moreno Verdejo considera que resulta una carga desproporcionada pedir al fabricante que modifique su producto y desdibuje una de sus características esenciales, y en parecido sentido Sánchez Melgar rechaza la posibilidad de exigir la elaboración de un programa *ad hoc*, pero no facilitar la información que se posea siempre y cuando no constituya una carga desproporcionada. Por último, el magistrado Narváez Rodríguez(66) también rechaza esta modalidad de colaboración, si bien lo hace de manera especialmente enérgica compartiendo las mismas preocupaciones de la empresa *Apple* cuando manifestó su negativa a colaborar con el FBI.

Frente a esta postura, se alza otra opinión que se muestra favorable a la posibilidad de exigir la creación de esos *softwares* denominados puertas traseras. Tal sería el parecer, por ejemplo, de Rodríguez Lainz(67), quien, partiendo de la calificación de *Apple* como prestadora de servicios por su control sobre *iTunes* y *iCloud*, destaca lo incoherente que resultaría el hecho de poder exigir a *Apple* la creación de una puerta trasera para un registro remoto, pero no para un registro directo. También a favor de permitir que se exija ese tipo de colaboración parece posicionarse tanto el Magistrado Velasco Núñez, aunque recuerda que solamente se tolera para que se facilite la información necesaria, como el Fiscal Peralas Calleja, que lo admite apriorísticamente sin duda en los delitos de terrorismo y contra la salud pública(68). El abogado Santaló Junquera(69), por su parte, lo admite siempre que medie una autorización judicial. Destaca la opinión de

(65) Texto disponible en: <https://sepin.es/cronus4plus/documento/VerDoc.asp?dist=55&referencia=SP%2FDOCT%2F21122&cod=0JP2JP1Cv0FF1T10Vb0FP1%24v0GC0Fa1yB0G909P17P0Vf08A1ek1S308A1vd1yi05u1dF1Dk0Ha1%3DP01b0Fa17T1DT0Fk1C50Gz0Fa1Aa01f0Ha1Aa1Dg0Fa1C42AA0G%5F1C51Cv0FF0yg0HL0GB0Oq01E#256055> (último acceso 6/3/2022).

(66) *Ibidem*.

(67) RODRÍGUEZ LAINZ, J. L.: «Tres cuestiones polémicas sobre el registro de dispositivos electrónicos de almacenamiento masivo de información», artículo monográfico, *Revista Sepín*, septiembre 2016, pp. 6-8 (último acceso 27/2/2022).

(68) La opinión de ambos en la Encuesta del Sepín de 2016. Texto disponible en: <https://sepin.es/cronus4plus/documento/VerDoc.asp?dist=55&referencia=SP%2FDOCT%2F21122&cod=0JP2JP1Cv0FF1T10Vb0FP1%24v0GC0Fa1yB0G909P17P0Vf08A1ek1S308A1vd1yi05u1dF1Dk0Ha1%3DP01b0Fa17T1DT0Fk1C50Gz0Fa1Aa01f0Ha1Aa1Dg0Fa1C42AA0G%5F1C51Cv0FF0yg0HL0GB0Oq01E#256055> (último acceso 6/3/2022).

(69) *Ibidem*.

Zaragoza Tejada(70), gran experto en esta materia, para quien la posibilidad de exigir la creación del *software* que permita el acceso derivaría de la necesidad de salvar la incongruencia que supondría «prever esta obligación de colaboración respecto al acceso remoto y no respecto al acceso directo previsto en el artículo 588 sexies» a pesar de que en el registro remoto «la afectación del derecho al secreto de las comunicaciones puede ser, incluso, mayor».

## B) Propuesta de interpretación

Estimamos adecuado el resultado al que llegan todos los autores favorables a la posibilidad de exigir una colaboración más amplia que la derivada de la interpretación literal de los preceptos. No obstante, en algún aspecto diferimos del camino tomado, puesto que normalmente a esa conclusión se llega tras afirmar la condición de *Apple* como prestadora de servicios. Y, a pesar de que estamos de acuerdo con esa calificación, creemos no puede ser lo determinante para calibrar el grado de colaboración de *Apple*, puesto que aun cuando perdiera el control sobre *iTunes* y sobre *iCloud*, como en su día lo perdió sobre *WhatsApp*, la respuesta ha de ser la misma: quien crea un mecanismo de seguridad inquebrantable para el investigador criminal tiene el deber de garantizar al investigador el acceso a la información cuando ese acceso es la única forma que tiene el investigador de esclarecer el delito.

Como argumentos relevantes consideramos destacable, en primer lugar, el hecho de que, al igual que sucede con el ámbito de aplicación de la excepción relativa a la carga desproporcionada y que vimos en el apartado anterior, tampoco parece que el empleo por parte del legislador de la expresión «facilitar información» sea fruto de una profunda reflexión por su parte que haya desembocado en una intención clara de establecer unos deberes de colaboración distintos dependiendo del tipo de registro.

Una distinción como ésa tendría sentido si, por ejemplo, entre los diferentes tipos de registro se diera en toda circunstancia una sucesión temporal –imaginemos que fuera siempre posible primero llevar a cabo el registro directo del dispositivo, quedando el sujeto requerido únicamente obligado a un mero suministro de información, y que, después, en caso de fallar esta primera opción, fuera posible acudir con la artillería pesada al registro remoto, exigiendo a otros sujetos

---

(70) ZARAGOZA TEJADA, J. I.: «El registro remoto de equipos informáticos», en *Investigación tecnológica y derechos fundamentales*, op. cit., p. 447.

unas tareas colaborativas de mayor calado(71). Pero semejante sucesión temporal no se da. También tendría alguna lógica si, estando limitado –como de hecho está– el registro remoto a delitos de especial gravedad, el registro de dispositivos de almacenamiento masivo estuviera reservado para delitos de menor importancia. Entonces quizás sería admisible entender que en esos delitos menos graves solamente puede exigirse una mera facilitación de información. Pero tampoco esto se corresponde con la realidad de las cosas. Los delitos en los que se permite el registro remoto, que son, en efecto, los de especial gravedad tasados en el apartado 1 del artículo 588 septies a LECrim(72), pueden requerir del registro directo de un dispositivo de almacenamiento masivo como único medio de obtener la prueba digital.

Por lo tanto, y puesto que el poder practicar un registro u otro depende de algo completamente ajeno a la gravedad del delito –y tan aleatorio, por lo demás– como que al dispositivo tenga acceso o no el investigado, –puesto que la instalación del troyano exige la colaboración, involuntaria eso sí, del titular del dispositivo– o como que el dispositivo opere físicamente en manos del investigador público, porque se haya decidido y se haya logrado su incautación y se disponga de la autorización judicial pertinente, no parece razonable vincular el tipo de registro y la clase de colaboración exigible(73).

A ello podríamos añadir que la identificación del deber de colaborar en el caso de los registros directos con un mero suministro de claves y ubicaciones llevaría a un resultado indeseable. Como sabemos, el registro remoto de un dispositivo resulta mucho más agresivo que el

---

(71) A favor de que la propia ley hubiera establecido esa prelación, permitiendo solo el registro remoto cuando el directo fuera imposible, se manifestaba Bachmaier Winter, advirtiendo del peligro de lo tentador que puede resultar recurrir al registro remoto «más rápido o más económico». Véase BACHMAIER WINTER, L.: «Registro remoto de equipos informáticos y principio de proporcionalidad en la Ley Orgánica 13/2015», *op. cit.*, p. 27.

(72) Véase la nota 41.

(73) Acerca de la correlación existente entre el artículo 588 sexies c.5 y el artículo 588 septies b.1, afirma Rodríguez Lainz que «no existe en este sentido una diferenciación de trato que pueda justificar cómo en el último sí pudieran imponerse obligaciones de hacer como la descrita, sin posibilidad además de alegato de excesiva gravosidad, mas no en un supuesto de registro físico en el que nos enfrentamos a idéntico problema. Aparte de los supuestos en que legalmente procede la práctica de la diligencia, la única diferencia existente, de índole exclusivamente técnica, radica en que el acceso en el registro remoto puede enfrentarse a ciertas dificultades cuando la penetración se realiza a través de una vía externa; pero ello no justifica en modo alguno la diferencia de trato». Véase RODRÍGUEZ LAINZ, J. L.: «Veintiocho discrepancias y refutaciones a las Circulares de la Fiscalía General del Estado de 6 de marzo de 2019 sobre diligencias de investigación tecnológica», *Diario La Ley*, núm. 9416, Sección Doctrina, 16 de mayo de 2019.

registro directo, pues implica que se pueda acceder a un sistema informático sin que lo sepa su titular. En efecto, y como señala la Circular FGE(74), el carácter dinámico de esta medida, frente al estático del registro directo, determina que pueda accederse a una cantidad de datos mucho mayor que en el registro directo y que puedan ser interceptadas las comunicaciones en tiempo real. Y ha de tenerse en cuenta la circunstancia de que el registro remoto es siempre clandestino, puesto que el titular del dispositivo desconoce que se está llevando a cabo.

Por esas razones, las exigencias para el registro remoto son mucho mayores y solo puede llevarse a cabo en uno de los supuestos tasados para los que está prevista. Recordemos también que, a diferencia del registro directo, ni cabe el registro remoto de urgencia convalidado posteriormente por un Juez, ni esa diligencia de investigación es susceptible de ser ampliada a otros sistemas.

Por todo ello, parece que en un escenario hipotético en el que ambos tipos de registro fueran posibles, habría que optar por el registro directo. Sin embargo, parece que los investigadores públicos siempre optarían por el registro remoto, a pesar de su mayor agresividad, y lo harían, además, en aplicación de un principio propio de las diligencias de investigación, como es el de necesidad, puesto que en el caso del registro directo la limitada colaboración exigible no garantiza el acceso al dispositivo investigado.

Otra razón favorable al entendimiento de que toda colaboración es exigible tiene que ver con la regulación introducida por el legislador para el registro remoto de un equipo informático. Como venimos diciendo, este tipo de registro resulta especialmente lesivo, al menos potencialmente, pues permite el recurso a mecanismos-programas espías –*spywares*, *web bugs*, identificadores ocultos y el recurso al agente encubierto online– que pueden afectar al secreto de las comunicaciones y que resultan gravemente lesivos de la intimidad en la medida en que actúan sin que lo sepa el titular del dispositivo. El legislador ha restringido la utilización de este tipo de registro a delitos especialmente graves, salvo uno: los delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la telecomunicación o servicio de comunicación. En tal caso no se exige ningún tipo de gravedad.

Ahora bien, con independencia de que esa regulación resulte más o menos deseable, contiene en sí misma una declaración de principios: el legislador no quiere que ningún delito se sustraiga de la investigación criminal por el hecho de cometerse a través de un sistema

---

(74) Véase el apartado 4.1, Regulación legal, en [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-4244](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-4244) (último acceso 16/2/2022).

informático. Es ése claramente el motivo por el que no ha exigido una gravedad concreta y mayor: porque no quiere permitir la creación de un ámbito de impunidad para ningún delito.

El motivo por el que se ha hecho uso del término «facilitar información» reside, sencillamente, en que ésa fue la expresión empleada en el Convenio de Budapest. No olvidemos que el artículo 19.4 del Convenio de Ciberdelincuencia hacía referencia al deber de «cualquier persona que conozca el funcionamiento del sistema informático o las medidas aplicadas para proteger los datos informáticos contenidos en el mismo» a «que facilite toda la información necesaria». El legislador del Convenio de Budapest empleó para regular los deberes de colaboración en el único registro posible entonces –el directo– la fórmula más amplia de la que fue capaz. Carecería de lógica pensar que una década y media después, en pleno auge de los sistemas de seguridad y encriptación, el legislador se fuera a autolimitar el acceso a todas las pruebas digitales contenidas en los dispositivos más comprados del mercado.

En efecto, el legislador se hizo eco de la expresión utilizada en el Ciberconvenio sin plantearse si un entendimiento literal de la expresión «facilitar información» acarrearía posteriormente limitaciones indeseables. No tenía presente entonces ni la versión iOS 8, ni sus sistemas de retardo y autodestrucción. Y es que, en lo que respecta a las nuevas tecnologías, el legislador se debate entre elaborar normas excesivamente imprecisas, o utilizar expresiones llamadas a caducar en un breve periodo de tiempo. A favor de entender que se trata de un descuido habla el hecho de que el legislador se ha preocupado en otros ámbitos de garantizarse el acceso la información en todo caso. Tanto es así que, como vimos, incluye como delitos susceptibles de investigación a través de un registro remoto ni más ni menos que los cometidos en el ámbito informático.

Constituiría una verdadera paradoja que el legislador, tratando de evitar la impunidad de un círculo de delitos, los informáticos, permitiera la agresividad de un registro remoto y a la vez se autodenegara la investigación de todo delito –informático o no– cuando la única manera de esclarecerlo es con la información contenida en un dispositivo –por ejemplo, de *Apple*–, que se encuentra bloqueado.

Otro sector en el que también se ha preocupado de garantizarse el acceso a la información lo constituye el ámbito de las telecomunicaciones. La Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, en su artículo 39, establece el deber de los sujetos que apliquen a las comunicaciones algún procedimiento de cifrado o codificación la obligación de «entregar aquellas desprovistas de los efectos de tales



procedimientos, siempre que sean reversibles», sin establecer ninguna limitación al tipo de actividades que podía desarrollar el sujeto obligado para cumplir con su deber de entrega. Es más, en el artículo 43, dedicado al cifrado en las redes y servicios de comunicaciones electrónicas, tras permitir, en su apartado 1, que toda información transmitida por redes de comunicaciones electrónicas sea cifrada, se afirma en el apartado 2 que «se podrá imponer la obligación de facilitar a un órgano de la Administración General del Estado o a un organismo público, los algoritmos o cualquier procedimiento de cifrado utilizado, así como la obligación de facilitar sin coste alguno los aparatos de cifra a efectos de su control de acuerdo con la normativa vigente».

Por lo tanto, la Ley 9/2014 contiene una regulación omnicompreensiva de las obligaciones de quien encripta la información: el sujeto que encripta tiene que desencriptar, pudiendo ser requerido también, ni más ni menos que a facilitar los procedimientos o los aparatos de cifrado. No tiene ningún sentido entender que por las mismas fechas la LECrim haya venido a exigir una colaboración de menor calado que la que se regula en la Ley de Telecomunicaciones: al igual que a quien encripta se le obliga a desencriptar, quien crea barreras para impedir el acceso de terceros a los dispositivos tiene que poder ser obligado a quitarlas, especialmente si solo ese sujeto conoce los vericuetos tecnológicos para hacerlo, o para hacerlo en un tiempo razonable.

Con independencia de lo anterior, sin duda resulta llamativo que en este ámbito de la interpretación del verbo la Circular 5/2015 se cña al principio de legalidad estricto y entienda que solo puede imponerse lo que gramaticalmente la expresión «facilitar información» permite, mientras que cuando se ha obviado la referencia a la desproporción de la carga como excepción al deber de colaboración en los registros a distancia, proponga esa misma circular hacer una interpretación sistemática mucho más laxa que lo que el sentido literal permite.

A nuestro juicio, se impone aquí una interpretación extensiva. Tres interpretaciones de esta naturaleza serían aquí posibles. Una primera interpretación permitiría entender que la expresión «facilitar información» constituye una concreción meramente ejemplificativa, siendo posible exigir una colaboración que implique otro tipo de tareas, como la creación de una puerta trasera.

A favor de interpretar con amplitud lo que puede exigirse a unos y otros destinatarios habla el Informe del Consejo de Estado, cuando afirma que «estos específicos deberes de colaboración, previstos en atención a la concreta naturaleza de las medidas apuntadas, no son sino manifestaciones de un deber de colaboración que tiene su fundamento último en el artículo 118 de la Constitución y que no limita sus

efectos únicamente a los supuestos indicados sino a cualquiera otros en que puedan resultar necesarios para el éxito de la investigación penal»(75). Una explicación como ésta, situada en las antípodas de lo que propone la FGE, resultaría, quizás, en exceso apartada del principio de legalidad. Otra interpretación factible sería la de entender que esa información que el sujeto está obligado a facilitar y que la LECrim califica de «necesaria» la constituye, sencillamente, aquella que necesita el investigador. Después entraría en juego la consideración de la desproporción de la carga. En este supuesto, no se vulneraría ningún secreto industrial, pues la información acerca de cómo acceder al contenido de nuestro dispositivo quedaría en manos del propio fabricante.

Una última opción, también posible, sería la de conciliar la literalidad que propone la FGE con la interpretación contenida en el Convenio de Budapest. Así, ciñéndonos a la literalidad del precepto, esa «facilitación de información» abarcaría la relativa a cómo crear una puerta trasera. A favor de este criterio habla la redacción del Anteproyecto. En efecto, en el texto del Anteproyecto de LECrim se mantiene esa referencia a la facilitación de la información, pero a diferencia de lo que sucede en el vigente artículo 588 sexies c.5, que contempla el deber de facilitar la información «que resulte necesaria», en el nuevo artículo 428 se precisa un poco más, y se añade «que resulte necesaria para acceder a dichos datos».

En la medida en que, de acuerdo con el estado actual de la técnica, la información almacenada en los servidores de la nube no se corresponde en su totalidad con la contenida en el dispositivo y depende de que el titular realice o no copias en ella, la colaboración que puede requerirse incluye la información relativa a la creación de una puerta trasera (*backdoor*). De este modo, los ingenieros de *Apple* podrían ser obligados a enseñar al investigador público cómo se crea una puerta trasera en su sistema, puesto que eso no deja de constituir un simple suministro de información («para acceder», de acuerdo con el Anteproyecto).

Hasta aquí el razonamiento sería el mismo que el de la Fiscalía General del Estado. A continuación, entraría en juego el criterio de la desproporción de la carga, pero en caso de afirmarse, creemos que ello no puede conducir a la afirmación radical de que cuando no puede exigirse «todo» –es decir, cómo se crea una puerta trasera– entonces

---

(75) Dictamen del Consejo de Estado al Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal, el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2015-97> (último acceso 26/2/2022).

necesariamente no puede exigirse «nada». En tal caso, no podrá exigirse la información relativa a cómo acceder al dispositivo, es decir, la que tiene que ver con la creación de la puerta trasera, pero sí podrá reclamarse la entrega de los datos que se buscan. Por lo tanto, de acuerdo con la regulación actual –y con la establecida en el Anteproyecto de LECrim de 2020–, resulta posible obligar a una multinacional a la creación de una puerta trasera. Cosa distinta es que la enorme relevancia de esta forma de investigación, que irá en aumento, aconseje una regulación expresa de este deber de asistencia.

Sea como fuere, y de acuerdo con la regulación vigente, creemos que se dará siempre un elemento que determinará que la carga pueda ser tildada de desproporcionada, aunque ello no constituya más que una concreción de los principios de proporcionalidad y necesidad que rigen en toda la investigación tecnológica. Ese elemento de desproporción no lo constituirá, a nuestro juicio, el peligro para la seguridad de terceros que aduce *Apple* –que no es otro que el que se recogía en el Ciberconvenio cuando se hablaba de la irrazonabilidad de la carga–, puesto que queremos creer que el Estado no haría un uso abusivo e ilegal del acceso. El manejo por parte de un Juez de la información solicitada constituye, en nuestra opinión, garantía suficiente. Tampoco la limitación vendría a nuestro juicio necesariamente por la protección del secreto industrial, puesto que creemos que su sacrificio estaría justificado, al menos, en los delitos especialmente graves y susceptibles de ser investigados a través del registro remoto y en aquellos que, sin ser tan graves, solamente puedan ser investigados a través del registro de dispositivos electrónicos.

La carga sería desproporcionada cuando pudiera ser calificada de innecesaria(76), lo que sucedería siempre en estos casos por la sencilla razón de que existe otra manera menos lesiva de conseguir lo mismo y que permite que el secreto industrial permanezca en la multinacional: que la empresa cree la puerta trasera y sea ella misma la que acceda al dispositivo, facilitando entonces información en el sentido más literal y restringido del término. La precisión establecida en el artículo 428 del Anteproyecto de LECrim, que añade al deber de

---

(76) Por todas, véase la STS 391/2016, 6 de mayo, que consideró que en la autorización judicial se incumplió el principio de necesidad «toda vez que la solicitud policial se formuló sin haber agotado previamente la práctica de otros medios de investigación que evidenciasen lo imprescindible de la realización de las *escuchas*, así como que tampoco la Resolución autorizante motivaba con suficiencia las razones por las que se produjo el cambio de líneas telefónicas, objeto de investigación, correspondientes a otros titulares distintos del sospechoso inicial» (FD 1.).

facilitación de información que la misma resulte necesaria «para acceder a dichos datos», habla a favor de este entendimiento.

## 7. CONCLUSIONES

I. Desde el nacimiento de las nuevas tecnologías existe una pugna lógica entre los encargados de la investigación criminal, interesados en acceder al contenido de los dispositivos, y las empresas digitales que, con el objetivo de lucrarse y bajo el pretexto de proporcionar seguridad y tranquilidad a sus usuarios, tratan de dificultar todo acceso no consentido a sus productos. Esta contienda entre el sector público y el privado se ha mantenido hasta tiempos relativamente recientes dentro de lo que podríamos calificar como una desigualdad «aceptable», en la medida en que los investigadores terminaban por lograr su objetivo de introducirse en los dispositivos electrónicos protegidos recurriendo a los denominados «ataques de fuerza bruta». Si bien puede afirmarse con carácter general que la oferta de seguridad ha ido ampliándose paulatinamente en todo el sector tecnológico, el panorama cambiaría particularmente y de manera radical a partir de 2014, cuando *Apple* saca al mercado el sistema operativo iOS 8. Los sistemas de retardo y autodestrucción de datos introducidos con la nueva versión supusieron el fin de la autonomía del investigador criminal, que pasó a necesitar irremediamente de la colaboración del sector privado para acceder a la información penalmente relevante contenida en los dispositivos electrónicos.

II. Cuatro son los grupos o momentos principales en los que pueden agruparse las obligaciones de cooperar en la investigación tecnológica en la LECrim: la relativa a la intervención de las comunicaciones telefónicas o telemáticas (art. 588 ter e.1 LECrim), la que tiene que ver con el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información (588 sexies c.5 LECrim) la que hace referencia a los registros remotos de equipos informáticos (art. 588 septies b LECrim), y, por último, la que persigue garantizar la conservación de datos (art. 588 octies LECrim). Solamente se hace referencia a la carga desproporcionada como límite objetivo en el registro directo, en el que el deber de colaboración, además, se limita a una facilitación de información. Semejante regulación se mantiene en el texto del Anteproyecto de LECrim de 2020, que precisa en el artículo 428 que esta cooperación ha de ser la «que resulte necesaria para acceder a dichos datos».

III. Creemos que la limitación objetiva de la carga desproporcionada, sucesora de la «razonabilidad» del Convenio de Budapest, constituye una manifestación del principio de proporcionalidad que ha de

regir en todas las medidas de investigación tecnológica, aunque solo se prevea de manera expresa en el registro directo de dispositivos de almacenamiento masivo de datos. La única razón que explica esta regulación asimétrica reside en el accidentado camino recorrido por el deber de colaboración en su evolución normativa y en cierta falta de precisión por parte del legislador a la hora de regular esta materia. No compartimos, por tanto, las explicaciones que proporciona la FGE en la Circular 5/2019, de 6 de marzo, acerca de la omisión a esta referencia en el registro remoto.

IV. La desproporción de la carga constituye un concepto indeterminado cuya concreción exige tener en cuenta las circunstancias del caso. Deberán ser objeto de ponderación, entre otros, el esfuerzo y dedicación que implica la colaboración, los costes económicos y reputacionales que la contribución supone para el sujeto en cuestión, la gravedad del hecho, su trascendencia social, la finalidad que pretende alcanzarse, así como la totalidad de intereses en juego y derechos afectados, de forma que esa colaboración arroje un saldo favorable al interés público y a los terceros. A pesar de que solamente se hace referencia a este límite en el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información, resulta extensible a todos los ámbitos en los que se establecen deberes de colaboración, pues la desproporción de la carga solamente constituye una expresión del principio de proporcionalidad que rige en todas las medidas de investigación, tecnológicas o no, en que se ven afectados derechos fundamentales.

V. Existen diversas opiniones acerca de lo que ha de entenderse por «facilitar información», lo que deriva en distintas concepciones acerca de la asistencia que puede requerirse. A nuestro juicio, de acuerdo con la regulación actual del primer párrafo del artículo 588 sexies c.5 LECrim, la colaboración exigible en el registro directo es cualquiera que permita el acceso a los datos contenidos en el dispositivo. La precisión establecida en el artículo 428 del Anteproyecto de LECrim de 2020, que añade al deber de facilitación de información que la misma resulte necesaria «para acceder a dichos datos», habla a favor de este entendimiento.

VI. Consideramos que la decisión de obligar a las multinacionales a colaborar mediante la creación de puertas traseras (*backdoors*) no puede depender de la condición de la empresa como prestadora de servicios. Exponemos diversos argumentos contrarios al entendimiento de que en el registro directo se impone una colaboración menor que en el registro remoto: ni se da una sucesión temporal entre el desarrollo de ambas medidas ni la posibilidad material de llevar a cabo uno u otro depende de la gravedad del delito. Una diferenciación

como ésta no solo carece de sentido, sino que llevaría a un resultado indeseable: el investigador que pudiera optar entre el registro directo y el remoto elegiría siempre el remoto por carecer éste de limitaciones, a pesar de su carácter más invasivo.

VII. De acuerdo con el estado actual de la técnica, no toda la información contenida en un dispositivo electrónico se encuentra almacenada en los servidores accesibles a través de Internet conocidos como «la nube». Se trata de un tipo de almacenamiento que todavía depende de que el titular realice copias en ella y, aun cuando se realicen las copias, la información no es siempre completa. Por ello, no bastará en todos los casos con que la multinacional proporcione los datos contenidos en la nube, sino que podrá exigirse a las empresas tecnológicas que faciliten la información relativa a la creación de las puertas traseras en tanto en cuanto estas constituyen, a día de hoy, la única forma de acceder al contenido de determinados dispositivos electrónicos.

VIII. En la medida en que exista un medio menos lesivo de acceder a esa información alojada en el dispositivo que permita que el secreto industrial relativo a la puerta trasera permanezca en la empresa, podrá afirmarse la desproporción de la carga y la falta de necesidad de una medida semejante. Por ese motivo, en una segunda valoración, no se impondrá a la multinacional el deber de proporcionar la información relativa a la creación de la puerta trasera –información que, en principio, era exigible–, sino que bastará con que la empresa cree la puerta trasera y sea ella misma la que acceda al dispositivo, facilitando entonces la información allí contenida en el sentido más restringido del término.

IX. A pesar de que, de acuerdo con la regulación actual de la LECrim y con la establecida en el Anteproyecto de LECrim de 2020, resulta posible obligar a una multinacional tecnológica a la creación de una puerta trasera, la enorme relevancia de esta forma de investigación, que solo irá en aumento, aconseja una regulación expresa de este deber de asistencia.

## 8. BIBLIOGRAFÍA CITADA

ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P.: «Las nuevas medidas de investigación tecnológica y la enésima invocación al principio de proporcionalidad», *Justicia: Revista de Derecho procesal*, 2018, n. 1.

BACHMAIER WINTER, L.: «Registro remoto de equipos informáticos y principio de proporcionalidad en la Ley Orgánica 13/2015», *Boletín del Ministerio de Justicia*, año LXXI, núm. 2195, enero 2017.

- BERMÚDEZ GONZÁLEZ, J. A.: «Deber de colaboración de particulares en la Ley de Enjuiciamiento Criminal», Ponencia presentada en el Curso de formación de Fiscales «Uso de las nuevas tecnologías y nuevas formas de delincuencia», celebrada en el Centro de Estudios Jurídicos los días 27 y 28 de octubre de 2016, disponible en [www.cej-mjusticia.es](http://www.cej-mjusticia.es).
- BLANCO, H.: «El hackeo con orden judicial en la legislación procesal española a partir de la Ley Orgánica 13/2015 del 5 de octubre», *Indret* 1. 2021.
- ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, B.: «El investigado o encausado, el abogado y el pariente como sujetos excepcionados del deber de colaborar en la obtención de la prueba digital», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 36, 2021.
- GIL GIL, A. y HERNÁNDEZ BERLINCHES, R. (coords.): *Cibercriminalidad*, Dykinson, Madrid, 2019.
- GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N.: «El principio de proporcionalidad en el Derecho penal español», *Cuadernos de Derecho público*, núm. 5, 1998.
- MARCHENA GÓMEZ, M.: «Algunos aspectos procesales de Internet», en Martín Casallo López, J. J., *Problemática jurídica en torno al fenómeno Internet*, Cuadernos de Derecho Judicial, Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 2000.
- «El sabotaje informático: entre los delitos de daños y desórdenes públicos», *Actualidad informática Aranzadi: revista de informática para juristas*, núm. 40, 2001.
- «Dimensión jurídico-penal del correo electrónico», *Estudios jurídicos*, núm. 2007.
- MARCHENA GÓMEZ, M., y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N.: *La Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015*, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2015.
- MARTÍNEZ ATIENZA: *Investigación tecnológica en los cibercrimitos*, Ediciones Experiencia, 2021.
- MONTES ÁLVARO, M. A.: «La regulación de las medidas de investigación tecnológica y la protección de los derechos reconocidos en el artículo 18 CE», *Revista del Ministerio Fiscal*, núm. 3, 2017.
- NAVARRO FRÍAS, I.: «El principio de proporcionalidad en sentido estricto: principio de proporcionalidad entre el delito y la pena o balance global de costes y beneficios», *Indret* 2/2010.
- ORTIZ PRADILLO, J. C.:  
— «Nuevas medidas tecnológicas de investigación criminal para la obtención de prueba electrónica», en Pérez Gil, J. (coord.), *El proceso penal en la sociedad de la información. Las nuevas tecnologías para investigar y probar el delito*, La Ley, Madrid, 2012.  
— *Problemas procesales de la cibercriminalidad*, Colex, Madrid, 2013.
- POVEDA CRIADO, M. A.: *Delitos en la Red*, Fragua, Madrid, 2015.
- RICHARD GONZÁLEZ, M.: «La investigación y prueba de hechos y dispositivos electrónicos», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 43, septiembre 2017.

- RODRÍGUEZ LAINZ, J. L.: «¿Podría un juez español obligar a Apple a facilitar una puerta trasera para poder analizar información almacenada en un iPhone 6?», *Diario La Ley*, núm. 8729, 2016.
- «Veintiocho discrepancias y refutaciones a las Circulares de la Fiscalía General del Estado de 6 de marzo de 2019 sobre diligencias de investigación tecnológica», *Diario La Ley*, núm. 9416, Sección Doctrina, 16 de mayo de 2019.
- «Tres cuestiones polémicas sobre el registro de dispositivos electrónicos de almacenamiento masivo de información», Artículo monográfico, *Revista Sepín*, septiembre 2016.
- RUBIO ALAMILLO, J.: «La informática en la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», *Diario La Ley*, núm. 8662, 2015.
- SAIN, G. y AZZOLIN, H.: *Delitos informáticos, Investigación criminal, marco legal y peritaje*, IBdef, Montevideo-Buenos Aires, 2017.
- SÁNCHEZ MELGAR, J., *et al.*: Encuesta Jurídica publicada por Sepín en octubre de 2016, disponible en <https://sepin.es/cronus4plus/documento/VerDoc.asp?dist=55&referencia=SP%2FDOCT%2F21122&cod=0JP2JP1Cv0FF1T10Vb0FP1%24v0GC0Fa1yB0G909P17P0Vf08A1ek1S308A1vd1yi05u1dF1Dk0Ha1%3DP01b0Fa17T1DT0Fk1C50Gz0Fa1Aa01f0Ha1Aa1Dg0Fa1C42AA0G%5F1C51Cv0FF0yg0HLOGB00q01E#25605745>
- VELASCO SAN MARTÍN, C.: *Jurisdicción y competencia en relación al acceso transfronterizo en materia de ciberdelitos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- ZARAGOZA TEJADA, J. I.: «El registro de dispositivos de almacenamiento masivo de la información», en la obra colectiva dirigida por él, *Investigación tecnológica y derechos fundamentales, Comentarios a las modificaciones introducidas por la Ley 13/2015*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2017.



# Las criptomonedas frente al delito de blanqueo de capitales y la complejidad de la prueba pericial en el ámbito ciberdelincuente

ÁNGELA CASALS FERNÁNDEZ

Profesora Acreditada Contratada Doctora de Derecho Penal  
y Derecho Penitenciario  
Universidad CEU San Pablo  
Doctoranda Universidad de Alcalá

## RESUMEN

*Hoy en día tenemos nuevos retos en el ámbito de la ciberdelincuencia, especialmente su regulación y complejidad en demostrar sus actuaciones ilegítimas. El presente trabajo se compone de un breve análisis de las criptomonedas y los usos ilegítimos de estas, con especial consideración del delito de blanqueo de capitales. Hay que tener en cuenta que la lucha contra el lavado de activos, entre otros constituye un reto crucial para los legisladores internacionales y nacionales, especialmente para desincentivar a los delincuentes de recurrir a las monedas virtuales para conseguir sus fines delictivos. La segunda parte del trabajo se dedica a la complejidad de la prueba pericial en el mundo cibernético, especial mención a la informática forense y al informe pericial informático.*

Palabras clave: Criptomonedas, delito de blanqueo de capitales, prueba pericial, ciberdelito, informe pericial.

## ABSTRACT

*Today we face new challenges in the field of cybercrime, especially its regulation and complexity in proving its illegitimate actions. This paper consists of a brief analysis of cryptocurrencies and their illegitimate uses, with special consideration of the crime of money laundering. It should be borne in mind that the fight*

*against money laundering, among others, is a crucial challenge for international and national legislators, especially to discourage criminals from resorting to virtual currencies to achieve their criminal ends. The second part of the work is devoted to the complexity of expert evidence in the cyber world, with special mention of computer forensics and computer forensic reports.*

Keywords: *Cryptocurrencies, money laundering, expert evidence, cybercrime, expert evidence.*

SUMARIO: I. Introducción.–II. Representación digital de valor: las criptomonedas.–III. El uso ilegítimo de criptomonedas en el delito de blanqueo de capitales.–IV. La prueba pericial en el ámbito ciberdelincuente: informática forense.–V. La pericia como medio de prueba e imparcialidad del perito. Aspectos relevantes del informe pericial.–VI. Conclusiones.–VII. Bibliografía.

## I. INTRODUCCIÓN

El ciberespacio lleva años consolidándose como un entorno de alta relevancia económica y social, pero también de inseguridad. Un ámbito propicio para la alta velocidad de cambio, donde los riesgos y amenazas son cambiantes, poliédricos, difíciles de evaluar y de predecir. Desde que en la década de los 90 aparecieran las tecnologías de la información y la comunicación, a través del surgimiento de la *World Wide Web*, se ha ido transformando el comportamiento humano a nivel mundial. El crecimiento imparable del uso de estas nuevas tecnologías ha favorecido la ampliación y la diversidad de los espacios y de las condiciones de comunicación social. En términos generales, podemos afirmar que hemos pasado a ser dependientes de las nuevas tecnologías y, al igual que nuestra forma de comunicación ha dado un salto evolutivo en estos últimos años este importante cambio también se ve reflejado en nuevas formas de cometer delitos(1).

La realidad virtual configurada por las nuevas tecnologías es un espacio no tangible que guarda muchas similitudes con los espacios físicos propios de la realidad material, por lo que debe recibir la misma

---

(1) Vid. CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I. «La ciberdelincuencia en España: un estudio basado en las estadísticas policiales», en *Revista de Estudios Penales y de la Seguridad* núm. 6, 2020, p. 3.

protección jurídica que estos. El vigente Código Penal tiene un número considerable de nuevos artículos referentes al mundo tecnológico. Las exigencias del principio de legalidad han obligado a nuestro legislador a incorporar, en todos los delitos en los que existe una relación de instrumentos comisivos, una referencia expresa a los medios tecnológicos y en algunos casos diseñar nuevas infracciones cuya acción típica consiste, exclusivamente, en la utilización de nuevas tecnologías(2).

Debemos recordar que para que proceda la punición de un daño un bien jurídico protegido, realizado a través de medios o instrumentos informáticos, electrónicos o cibernéticos, no es inexcusable que el Código Penal recoja una mención expresa. Nos encontramos que, a veces, el legislador ha optado por describir la conducta típica del delito con una expresión genérica, abarcando todos los medios e instrumentos capaces de provocar el resultado no permitido. Por ejemplo, en el artículo 169 del Código Penal donde expresa «se impondrán en su mitad superior si las amenazas se hicieren por escrito, por teléfono o por cualquier medio de comunicación o de reproducción»; o en el artículo 172 ter del Código Penal que dice que se puede dar acoso «a través de cualquier medio de comunicación».

Además, debemos tener en cuenta que hay dos grandes retos, entre otros, en la ciberdelincuencia. Por un lado, el conflicto jurisdiccional, ya que el tratamiento de los datos informatizados es un factor criminológico con una facilidad en su acceso, obtención y uso, traducándose en una dificultad para la determinación del autor y los medios de prueba. Esto se debe a que es una red de comunicación global sujeta de forma simultánea a varias jurisdicciones limitadas por el factor territorial frente a la multiterritorialidad que caracteriza a la red y que a efectos de la persecución de la ciberdelincuencia se traduce en una plurijurisdiccionalidad(3). Internet ha sido capaz de desarrollar un sistema de comunicación y transmisión de datos de carácter universal(4)

---

(2) Como, por ejemplo, el artículo 197 bis.2 del Código Penal que pena la utilización de artificios o instrumentos técnicos para interceptar transmisiones no públicas de datos informáticos que se produzcan desde, hacia o dentro de un sistema de información; o el artículo 270.2 del Código Penal donde la conducta es la facilitación de modo activo el acceso o la localización en internet de obras o prestaciones objeto de propiedad intelectual sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos o de sus cesionarios. En MESTRE DELGADO, E.: «Introducción», en VV. AA.: *Tratado de Delincuencia Cibernética*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, p. 58.

(3) Vid. MUÑOZ MACHADO, S.: *La regulación de la red. Poder y Derecho en Internet*, Taurus, Madrid, 2000, p. 221.

(4) Vid. MORALES GARCÍA, O.: «Criterios de atribución de responsabilidad penal a los prestadores de servicios e intermediarios de la sociedad de la información», en *Cuadernos de Derecho Judicial* núm. 9, 2002, p. 237.

frente a la incapacidad político-gubernativa de optar, o por el establecimiento de una homogeneización o una legislación internacional, para unificar las tipologías previstas en el derecho penal sustantivo(5).

Por otro lado, la gran problemática con el aspecto probatorio y la acreditación de la conducta para poder identificar la autoría. Ejemplo de ello, y adentrándonos en nuestro tipo delictivo objeto de estudio, donde a través de grandes operaciones en red se comete delito de blanqueo de capitales teniendo las evidencias digitales las pruebas de los ilícitos que se han cometido. De ahí la importancia de analizar documentos informáticos, correos electrónicos, mensajes en el móvil o incluso la geolocalización para poder determinar en qué lugares ha estado el investigado. De ahí la importancia de tener que acudir a la prueba pericial informática o de carácter tecnológico para poder acreditar el hecho delictivo y la autoría, sirviendo ésta al Juez para poder formarse su convicción(6).

Adentrándonos en nuestro complejo tema de estudio, el uso de las criptomonedas presenta grandes dificultades por el carácter descentralizado, la difícil trazabilidad de sus movimientos por su grado de privacidad y su habitual irreversibilidad de las transacciones(7), de ahí que sean presupuestos con una orientación hacia usos ilegítimos.

## II. REPRESENTACIÓN DIGITAL DE VALOR: LAS CRIPTOMONEDAS

Las criptomonedas carecen de una regulación jurídica unitaria y esta circunstancia caracteriza la relevancia penal de los comportamientos que se comenten mediante las mismas. Su régimen jurídico penal, al igual que su régimen jurídico en general, resulta discontinuo y fragmentario, lo que complica la descripción de los riesgos penales derivados de la creación y funcionamiento de las criptomonedas(8).

---

(5) Vid. VELASCO NÚÑEZ, E.: «Ciberseguridad, ciberdelincuencia y empresa: la respuesta penal», en *Revista de privacidad y derecho digital*, vol. 4, núm. 14 (abril-junio), 2019, p. 25.

(6) Vid. MARTÍNEZ GALINDO, G.: «La prueba pericial informática y tecnológica», en VV. AA.: *Tratado de Delincuencia Cibernética*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, p. 741.

(7) Vid. PÉREZ LÓPEZ, X.: «El blanqueo de capitales a través de las criptomonedas», en VV. AA.: *Tratado de Delincuencia Cibernética*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, p. 511.

(8) Vid. BARROILHET DÍEZ, A.: «Criptomonedas, economía y derecho», en *Revista chilena de derecho y tecnología*, vol. 8, núm. 1, 2019, p. 31.

A esta tarea hay que añadir además otra dificultad, la variedad de monedas virtuales que tienen cabida dentro de este concepto, con diversas características y grados de control por parte de sus operadores y la rapidez con la que aparecen otras nuevas. En la actualidad, existen más de 10.400 criptomonedas(9).

La primera controversia que surge acerca de la criptomoneda es su calificación como dinero, moneda o divisa. En 2008, a través de un escrito realizado por Satoshi Nakamoto(10), se proponía la denominación de *bitcoin*, describiendo un sistema propuesto como *peer-to-peer* de dinero en efectivo electrónico, siendo un sistema de pagos que, por no requerir de un tercero cuya autoridad respaldase la validez de la transacción para la fiabilidad de ésta, constituiría una alternativa viable al dinero contante en las transacciones online(11).

La Unión Europea ha dado ya los primeros pasos en la regulación del mercado de los cryptoactivos y en abril de 2020 la Comisión presentaba una propuesta de regulación, a través de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a los mercados de cryptoactivos y por el que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937, COM (2020) 593 final, 2020/0265 (COD).

En 2018 se desarrolla la Directiva (UE) 2018/843 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo, que tiene como finalidad considerar sujetos obligados a las personas que realizan dos actividades claves en el comercio de criptomonedas, por un lado, los proveedores de servicios de cambio entre las monedas virtuales y las fiduciarias, y, por otro lado, los proveedores de servicios de monedero. Además, la Directiva define la moneda virtual como «representación digital de valor no emitida ni garantizada por un banco central ni por una autoridad pública, no necesariamente asociada a una moneda establecida legalmente, que no posee el estatuto jurídico de moneda o dinero, pero aceptada por personas físicas o jurídicas como medio de cambio y que puede transferirse, almacenarse y negociarse por medios electrónicos».

En 2019, el Tribunal Supremo, en su STS 2109/2019, de 20 de junio, declara que las criptomonedas no son dinero de curso legal, sostiene que se trata de un activo patrimonial inmaterial de contraprestación o intercambio en aquellas transacciones bilaterales en las que los

---

(9) Según *CoinMarketCap* ([coinmarketcap.com](https://coinmarketcap.com)), es una plataforma online que realiza un seguimiento de la capitalización de diferentes criptomonedas, la cantidad de operaciones que las utilizan y el precio actual convertido a moneda fiduciaria.

(10) Se considera de Satoshi Nakamoto puede ser el pseudónimo usado por un grupo de personas, creadoras del protocolo *Bitcoin* y su *software* de referencia. NAKAMOTO, S.: «Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System», en *bitcoin.org*. Disponible en: <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>

(11) Cfr. PÉREZ LÓPEZ, X: *op. cit.*, p. 513.

contratantes lo acepten. El Banco Central Europeo(12) ha adoptado también esta postura, indicando que las monedas virtuales no son dinero ni monedas desde una perspectiva legal. Menos clara, sin embargo, resulta la posición del TJUE; se ha referido al bitcoin como una divisa virtual de flujo bidireccional, que se intercambia por divisas tradicionales en las operaciones de cambio, que no tiene ninguna finalidad distinta de la de ser un medio de pago (STJUE 718/2015, de 22 de octubre).

Por lo tanto, y según la Directiva 2014/62/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a la protección penal del euro y otras monedas frente a la falsificación, se entiende moneda de curso legal aquellas que tienen que ser obligatoriamente admitidas como medios de pago. Además, a día de hoy, las criptomonedas se encuentran fuera del ámbito de la legislación de la Unión Europea en materia de servicios financieros y no se encuentran sujetas a las disposiciones relativas a la protección de los inversores y la integridad de los mercados.

Aunque jurídicamente las criptomonedas no sean dinero, ni activos financieros, sí se pueden considerar bienes de consumo(13), ya que puede utilizarse como medio de pago y en el que algunos ciudadanos deciden invertir sus ahorros. Al ser un bien de consumo le es aplicable el derecho que tutela a los consumidores, incluida la publicidad engañosa que se encuentra en la Directiva 2006/144/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa.

Además de considerarlas bienes de consumo, son un medio de pago. La Directiva 2019/713 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril, sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo, ha incluido a las criptomonedas dentro de las monedas virtuales, a las que define como «representación digital de valor que no ha sido emitida ni está garantizada por un banco central ni por una autoridad pública, no está necesariamente asociada a una moneda de curso legal ni posee la condición jurídica de moneda o dinero, pero que es aceptada por personas físicas o jurídicas como medio de cambio y que puede transferirse, almacenarse y nego-

---

(12) Vid. BANCO CENTRAL EUROPEO: «Virtual currency schemes: A further análisis», Frankfurt am Main, 2015. Disponible en: <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/virtualcurrencyschemesen.pdf>

(13) Cfr. NIETO MARTÍN, A., GARCÍA-MORENO, B.: «Criptomonedas y derecho penal: más allá del blanqueo de capitales», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 23-17, 2021, p. 4. Disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/23/recpc23-17.pdf>

ciarse por medios electrónicos». Y es que, son una clase de monedas virtuales que se caracterizan por utilizar para su circulación, una determinada tecnología, un registro de transacciones descentralizado, pero unitario, que utiliza la criptografía como mecanismo de seguridad. Esta tecnología es lo que conocemos como *blockchain* y, en lo que a nosotros nos interesa, confiere un gran protagonismo a la criminalidad informática como herramienta para realizar las diversas conductas delictivas en este entorno.

En España, nuestra norma de transposición no llega hasta la promulgación del Real Decreto-Ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores. Nuestro interés se centra en las novedades en materia de prevención del blanqueo de capitales, el artículo 3.1 que modifica la Ley 10/2010, realiza el cambio de moneda virtual por moneda fiduciaria; y se añaden las definiciones de proveedores de servicios de custodia de monederos electrónica y de moneda virtual.

Debemos destacar que nuestro legislador busca deslindar el nuevo concepto legal de moneda virtual con respecto a otros conceptos legales ya existentes, de índole monetaria<sup>(14)</sup>. En la propia definición no sólo evita el calificar moneda virtual como dinero en general, sino que, además, trata de delimitar los contornos de la moneda virtual respecto a los de la moneda de curso legal y el dinero electrónico.

Hay que tener en cuenta que el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo son dos de los usos ilegítimos más conocidos de la regulación jurídico penal de las criptomonedas, toda vez que preocupa que puedan servir como medio de pago en transacciones ilícitas y como forma para introducir activos procedentes de actividades delictivas en la economía legal<sup>(15)</sup>. El principal problema que tenemos en la actualidad para la economía y el sistema monetario es que las grandes masas de dinero procedentes de actividades delictivas ingresen en la economía legal. Es por eso por lo que las restricciones que el blanqueo de capitales impone sirven para el control del fraude fiscal. La Directiva 2018/843 del Parlamento Europeo y del Consejo somete a las monedas virtuales y las criptomonedas al mismo régimen que al dinero estatal, además se refiere a las posibilidades de uso

---

(14) Cfr. PÉREZ LÓPEZ, X: *op. cit.*, p. 524.

(15) Vid. NIETO MARTÍN, A., GARCÍA-MORENO, B.: *op. cit.*, p. 5.

de las criptomonedas en el contexto de la comisión de delitos de blanqueo de capitales.

Algunas de las principales características, según Pérez López(16), y tomando en consideración el *bitcoin*, para el empleo ilegítimo en el blanqueo de capitales son la comprobación y el registro de transacciones por la comunidad de usuarios, sin que sea posible la supervisión centralizada de éstas. En segundo lugar, la posibilidad de operar sin intermediarios. En tercer lugar, la dificultad para poder relacionar direcciones *bitcoin* de envío y de recepción de criptomonedas en las transacciones. En cuarto lugar, es imposible atribuir un identificador único a una unidad de valor, dificultando la trazabilidad de las transacciones. En quinto lugar, la dificultad para asociar un haz de direcciones *bitcoin* determinado a un usuario concreto. Y en sexto lugar la irreversibilidad de las transacciones una vez confirmadas.

Estas características en el mercado pueden considerarse ventajas dentro de las metodologías delictivas. Los informes institucionales(17) sobre la cibercriminalidad han destacado, en primer lugar, la ausencia de supervisión por parte de una autoridad central de índole estatal o bancaria. En segundo lugar, la posibilidad de llevar a cabo transacciones rápidas en un ámbito espacial que abarca todo el globo. Esto para el blanqueo de capitales no es un problema nuevo, las técnicas *offline* de movimientos de capitales con el fin de encubrir su origen ilícito pasaban y pasan por la fragmentación de la comisión del delito en una pluralidad de actos y de saltos de capitales de una jurisdicción a otra. Por eso la doctrina española ha resuelto la fragmentación del *iter* delictivo del delito de blanqueo de capitales considerándolo un delito de resultado cortado y favoreciendo una concepción amplia de los bienes(18). Y, en tercer lugar, prácticamente el anonimato total, al tener una gran dificultad de relacionar a un usuario concreto con un haz de direcciones *bitcoin* determinado.

A día de hoy, podemos afirmar que las criptomonedas son un medio de pago frecuente en las finanzas criminales, siendo las más

---

(16) Vid. PÉREZ LÓPEZ, X.: «Las criptomonedas: consideraciones generales y empleo de las criptomonedas con fines de blanqueo», en Fernández Bermejo, D. (Dir.): *Blanqueo de capitales y TIC: Marco Jurídico y Europeo, Modus Operandi y Criptomonedas*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019, p. 87.

(17) Entre otros, el Informe de 2014 del *Groupe de Travail «Monnaies virtuelles»* del *TracFin*; Informe anual del *Bundeskriminalamt* alemán de 2018; *Cybercrime- Bundeslagebild* de 2018.

(18) Vid. FERNÁNDEZ BERMEJO, D. (Dir.): *Blanqueo de capitales y TIC: Marco Jurídico y Europeo, Modus Operandi y Criptomonedas*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019, p. 33.



usadas de ellas en este contexto el *bitcoin*(19). Es frecuente el medio de pago en los *dark marketplaces*(20), teniendo una gran cantidad de servicios que facilitan y ofrecen medios de cambio de criptomonedas por otro tipo de valores.

En 2018, el Banco de España y la Comisión Nacional del Mercado de Valores emitieron una nota conjunta sobre los riesgos de la inversión en criptomonedas, poniéndolo en relación con las fuertes variaciones de la cotización de las principales criptomonedas en el inicio de 2017(21).

### III. EL USO ILEGÍTIMO DE CRIPTOMONEDAS EN EL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALS

Desde los primeros años de existencia de las criptomonedas, se señaló como riesgos de la anonimidad con el dinero en efectivo, así como su carácter descentralizado. Esto último provocaba y provoca, dificultades para la investigación de los delitos de blanqueo de capitales, al no poder dirigirse las autoridades a una única entidad o administrador, además de la probabilidad de dispersarse geográficamente entre varias jurisdicciones las infraestructuras físicas que hacen posible el uso de las criptomonedas en cada caso determinado(22).

La utilización de criptomonedas como medio de blanqueo de capitales es, en la actualidad, una práctica de gran difusión entre los cibercriminales y que está también presente en el ámbito de la delincuencia no especializada en el medio *ciber*(23). Algunos *marketplaces* ofrecen a sus clientes el servicio de blanqueo de capitales o instrucciones acerca de cómo blanquear capitales empleando criptomonedas(24).

(19) Cfr. EUROPOL, iOCTA (*internet Organised Crime Threat Assessment*) 2019, p. 54. Disponible en: [https://www.europol.europa.eu/cms/sites/default/files/documents/iocata\\_2019.pdf](https://www.europol.europa.eu/cms/sites/default/files/documents/iocata_2019.pdf)

(20) El listado de los *Darknet Markets* de 2022. Como, por ejemplo, *Alphabay Market, Vice City Market, Kingdom Market, DarkFox Market, Cocorico Market, Versus Market*. Disponible en: <https://dnstats.net/list-of-darknet-markets/>

(21) BANCO DE ESPAÑA; COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES: *Comunicado conjunto de la CNMV y del Banco de España sobre criptomonedas y ofertas iniciales de criptomonedas*, de 8 de febrero de 2018.

(22) Vid. PÉREZ LÓPEZ, X: «El blanqueo de capitales...», *op. cit.*, p. 541.

(23) Cfr. EUROPOL, iOCTA (*internet Organised Crime Threat Assessment*) 2020, p. 58. Disponible en: [https://www.europol.europa.eu/cms/sites/default/files/documents/internet\\_organised\\_crime\\_threat\\_assessment\\_iocata\\_2020.pdf](https://www.europol.europa.eu/cms/sites/default/files/documents/internet_organised_crime_threat_assessment_iocata_2020.pdf)

(24) *Ibíd.*, p. 59.

Debemos destacar, como así desarrolla Pérez López(25), que el empleo de criptomonedas como medio para el blanqueo de capitales no se suele presentar en solitario, sino que se acompaña de otros medios de naturaleza variada, siendo habitual la conversión sucesiva de los fondos a blanquear en distintos tipos de activos. Esto contribuye a una gran dificultad del seguimiento del rastro, obligando a las autoridades a combinar competencias técnicas muy específicas que requieren las investigaciones sobre criptomonedas con las competencias y acciones necesarias para el rastreo del producto delictivo hasta llegar al mundo físico.

Para poder llegar al mundo físico los propios criminales deben tener unas competencias específicas, necesitando recurrir a servicios específicos ofertados en los *dark marketplaces*. La metodología empleada en estos casos sigue un flujo circular. Se comienza por cambiar activos comprometidos, como las criptomonedas, a moneda de curso legal, desviándolas a una cuenta corriente concreta o a una multiplicidad de cuentas corrientes. De esas cuentas, los fondos son retirados en un cajero automático por miembros de la organización. Otras veces, a través de mercancías pedidas de manera fraudulenta son recogidas por los miembros de la organización en negocios de paquetería o en apartados de correos. Una vez que cobran la comisión, los contratistas criminales devuelven los fondos restantes en criptomonedas a la organización criminal comitente, de este modo se cierra el círculo(26).

Adentrándonos en nuestra legislación y, en concreto, la conducta sancionada en el tipo básico del artículo 301.1 del Código Penal que dice que «el que adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquiera tercera persona, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los bienes. En estos casos, los jueces o tribunales, atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del delincuente, podrán imponer también a éste la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de uno a tres años, y acordar la medida de clausura temporal o definitiva del estableci-

---

(25) Vid. PÉREZ LÓPEZ, X: op. cit., p. 543.

(26) Según el BKA, *Cybercrime- Bundeslagebild*, 2019, p. 40. Disponible en: <https://www.bka.de/SharedDocs/Downloads/DE/Publikationen/JahresberichteUndLagebilder/Cybercrime/cybercrimeBundeslagebild2019.html;jsessionid=91C950CE5639A81ACEE2023BA455C7C3.live301?nn=28110>.

miento o local. Si la clausura fuese temporal, su duración no podrá exceder de cinco años». En este delito contra el patrimonio y el orden socioeconómico, es importante destacar la relación entre el delito previo y el blanqueo. Se consigue dar una apariencia de legalidad a un bien obtenido ilegalmente, permitiendo el uso y disfrute del mismo. Es lo que comúnmente se llama lavado de dinero y lo que pretende es borrar los rastros de la procedencia ilícita de una cantidad de dinero o un bien.

Teniendo en cuenta el entramado de operaciones que reviste el blanqueo, la jurisprudencia ha ido acotando paulatinamente una lista de indicios cuya concurrencia lleva a cabo la constitución de una prueba indiciaria sólida de la comisión de estos delitos. Esto lo refleja la STS 468/2018, de 7 de febrero, donde recapitula que constituyen los indicios más habituales de esta clase de infracciones, la inexistencia de justificación lícita de los ingresos que permiten la realización de esas operaciones; la naturaleza y características de las operaciones económicas llevadas a cabo, por ejemplo, con el uso de abundante dinero en metálico; la inexistencia de sociedades pantalla o entramados financieros que no se apoyan en actividades económicas acreditadas de manera lícita. Este listado jurisprudencial de indicios habituales conecta con los usos ilegítimos actuales de las criptomonedas.

Revisando nuestra jurisprudencia, la SAN 14/2016, de 3 de marzo, versa sobre un complejo supuesto de cibercriminalidad con un gran alcance mediático, donde se da la estafa de pequeñas sumas de dinero a decenas de miles de personas en 22 países distintos entre los años 2011 y 2012 a través del uso de un *ransomware*(27) de gran calidad técnica por una red criminal muy bien organizada. Dentro de los varios delitos por los que fueron condenados, se apreciaba la existencia de un delito de blanqueo de capitales con el uso de criptomonedas, no precisaba ninguna configuración de prueba indiciaria del delito, se limitaba a describir el entramado operativo empleado por la organización criminal. Se observó cómo se había procedido a realizar conversiones sucesivas del producto delictivo en diversos tipos de valores combinando diversos instrumentos financieros electrónicos y divisas de curso legal, el salto de los bienes de origen delictivo del formato digital al físico y viceversa con el fin de ofuscar su rastro, y la reserva final de los bienes blanqueados en instrumentos particularmente opacos, anónimos y de difícil investigación(28).

---

(27) El *ransomware* es un tipo de malware que impide a los usuarios acceder a su sistema o a sus archivos personales y que exige el pago de un rescate para poder acceder de nuevo a ellos. Según <https://es.malwarebytes.com/ransomware/>

(28) Vid. PÉREZ LÓPEZ, X: *op. cit.*, p. 549.

La SAN 548/2021, de 7 de julio, en este caso, y en relación con los hechos «en fecha 10.2.2021 fue detenido en Alicante D. Cristóbal en virtud de orden de arresto emitida por el Tribunal Federal de Distrito para el Distrito Este de Kentucky de EEUU, con fines de extradición, para su persecución y enjuiciamiento por hechos delictivos que vienen calificados como delitos de estafa informática, organización criminal y blanqueo de capital. Incoado el procedimiento de extradición por el JCI, y puesta a su disposición el reclamado asistido de su letrado manifestó que no se acogía al procedimiento de extradición simplificada y que no renunciaba al principio de especialidad. Se decretó la prisión provisional por auto de 11.2.2021... Desde, por lo menos, diciembre de 2013 hasta diciembre de 2018, Cristóbal y otros integrantes de un grupo internacional de crimen organizado llevaron a cabo un ardid de fraude de subastas en línea que defraudó a residentes en Estados Unidos y ocasionaron pérdidas millonarias. Para llevar a cabo el ardid, Cristóbal y sus coconspiradores publicaron anuncios falsos en sitios web populares de subastas y ventas en línea por bienes costosos que no existían, crearon cuentas ficticias en línea para publicar los anuncios y se comunicaron con víctimas con el uso de identidades robadas y marcas registradas falsificadas. Después de recibir el dinero de las víctimas, Cristóbal y sus coconspiradores blanqueaban entonces esos fondos convirtiéndolos en criptomoneda y luego transferían la criptomoneda de vuelta a estafadores ubicados en el extranjero como Cristóbal, quien entonces se encargaba de transferir la criptomoneda a blanqueadores de dinero y cambiadores de criptomoneda ubicados en el extranjero. Los blanqueadores y cambiadores de dinero luego cambiaban la criptomoneda en moneda local para el beneficio de Cristóbal y sus coconspiradores».

Según nuestro Código Penal, los hechos constituyen un delito de estafa continuada de los artículos 248, 249, 250.5 y 74, un delito de blanqueo de capitales del artículo 301 y 302.1 y otro de pertenencia a organización criminal del artículo 570 bis.

Por último, y en cuanto al control por parte de España, debemos tener en cuenta la reforma del 28 de abril de 2021 que ha sufrido la Ley 10/2010, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, en su nueva disposición adicional segunda exige la inscripción en un registro creado al efecto en el Banco de España de toda persona física o jurídica, sin que importe la nacionalidad, que preste u ofrezca en España servicios de cambio de moneda virtual por moneda fiduciaria o de custodia de monederos electrónicos; y la de toda persona física que preste estos servicios, cuando «la base, la dirección o la gestión de estas actividades radique en España», o toda

persona jurídica establecida en España que los preste, sin que importe dónde se ubiquen los destinatarios de tales servicios. Requiere la existencia de los procedimientos y los órganos adecuados para el cumplimiento de las obligaciones impuestas por la Ley 10/2010, así como los requisitos de honorabilidad comercial y profesional previstos en el Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero, requisitos que se tendrán que mantener para continuar inscritos en el registro(29).

#### IV. LA PRUEBA PERICIAL EN EL ÁMBITO CIBERDELINCUENTE: LA INFORMÁTICA FORENSE

La prueba es el elemento determinante de los procesos judiciales en el ordenamiento jurídico español, de su práctica dependerá que el Juez obtenga la evidencia de los hechos controvertidos afirmados por las partes, que condicionan la aplicación de la norma cuya consecuencia jurídica las partes invocan(30). La prueba es, por tanto, la actividad procesal clave de la que depende que el juez logre su convencimiento acerca de los hechos litigiosos y, con base en las normas jurídicas aplicables, estime o desestime las pretensiones formuladas por las partes.

La prueba como entidad procesal adquiere una dimensión diferente con la expansión de las nuevas tecnologías. Las nuevas tecnologías no sólo han alterado las comunicaciones interpersonales, la obtención de la información por parte de los ciudadanos y su día a día, sino que han entrado de lleno en el derecho probatorio, pues han modificado las características propias de la prueba en los procesos judiciales(31).

La prueba pericial está prevista en el artículo 456 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que indica que «el Juez acordará el informe pericial cuando, para conocer o apreciar algún hecho o circunstancia importante en el sumario, fuesen necesarios o convenientes conocimientos científicos o artísticos». A su vez, la jurisprudencia (SSTS 2084/2001, de 13 de

---

(29) Desde la sede electrónica del Banco de España se informa del procedimiento para el registro, según

<https://sedeelectronica.bde.es/sede/es/menu/tramites/autorizaciones-de-entidades-de-credito-y-otros/registro-de-proveedores-de-servicios-de-cambio-de-moneda-virtual-por-moneda-fiduciaria-y-de-custodia-de-monederos-electronicos.html>

(30) Vid. GIMENO SENDRA, V.: 1, *Derecho Procesal Civil I: El Proceso De Declaración. Parte General*, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2015, p. 495.

(31) Vid. ARRABAL PLATERO, P.: *La prueba tecnológica: aportación, práctica y valoración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 32.

diciembre; 480/2009, de 22 de mayo; 1097/2011, de 25 de octubre) nos la define como una prueba de naturaleza personal que constituye una declaración de conocimiento de un especialista que aporta al Juez unos conocimientos técnicos.

Nos encontramos en la actualidad que tanto los delitos cometidos a través de las nuevas tecnologías, es decir, los ciberdelitos, como los delitos clásicos cometidos en el mundo *offline*, cuyas evidencias se encuentran en el ámbito digital o tecnológico, tienen una gran problemática en relación con el aspecto probatorio y la acreditación de la conducta para la identificación de la autoría, extracción de pruebas del delito y la posibilidad de desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia(32).

En estos tipos de delitos cibernéticos es necesario acudir a la prueba pericial informática o de carácter tecnológico para poder acreditar el hecho delictivo y la autoría, para que el juez forme su convicción, siendo más o menos compleja en función del delito, por ejemplo, en nuestro caso el blanqueo de capitales con criptomonedas entraña una gran complejidad probatoria. Además, debemos tener en cuenta que en muchos casos se va a tratar del único medio de prueba o, incluso, la única basada en criterios objetivos, pudiendo aportar en el proceso una cierta convicción científica sobre la originalidad y autenticidad de una comunicación telemática o producida con las nuevas tecnologías(33).

Debemos recordar que en el ámbito de las pericias informáticas hay que citar a la informática forense, que es una disciplina dentro de la investigación en Ciencias Forenses. Su objeto es el estudio y análisis de sistemas informáticos para la obtención de pruebas y evidencias. Para todo ello, se requiere una continua actualización y esta disciplina desarrolla técnicas idóneas para ubicar, reproducir y analizar evidencias digitales con fines legales.

Las evidencias electrónicas son pruebas físicas de carácter inmaterial, normalmente rastros que quedan registrados en equipos o dispositivos informáticos o en el ciberespacio, siendo necesario ayudarse de esta ciencia para descubrirlos(34). Puede ser cualquier documento, fichero, registro o dato contenido en un soporte informático y que sea susceptible de tratamiento digital, como, por ejemplo, documentos de Ofimática, comunicaciones digitales, bases de dato, servidores, páginas web, entre otras.

---

(32) Vid. MARTÍNEZ GALINDO, G.: «La prueba pericial informática y tecnológica», en VV. AA.: *Tratado de Delincuencia Cibernética*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, p. 741.

(33) Vid. ARRABAL PLATERO, P.: *op. cit.*, p. 286.

(34) Cfr. MARTÍNEZ GALINDO, G.: *op. cit.*, p. 744.

Dentro de la informática forense encontramos disciplinas como el *Computer forensics*, que descubre e interpreta la información en los medios informáticos para establecer los hechos y formular las hipótesis relacionadas con el caso; el *Network forensics* que establece rastros, movimientos y acciones que un intruso ha desarrollado para concluir su acción en redes; y la *Digital forensics* que aplica los conceptos, estrategias y procedimientos de la moderna Criminalística a los medios informáticos(35). En la actualidad, la referencia para el análisis digital forense es la norma ISO/IEC 27037:2012, consiste en una guía para la identificación, recolección, adquisición y preservación de evidencia digital, procedente de Seguridad Informática ISO 27000, que es donde se proporcionan pautas para el manejo de la evidencia digital, sistematizando la identificación, recolección, adquisición y preservación de la misma, con procesos diseñados para respetar la integridad de la evidencia y con una metodología para asegurar su admisibilidad en el procedimiento judicial.

Los principios básicos en los que se basa la norma ISO/IEC 27037:2012 son los siguientes. En primer lugar, la aplicación de métodos. La evidencia digital debe ser adquirida del modo menos intrusivo posible, tratando de preservarla originalidad de la prueba y en la medida de lo posible obteniendo copias de respaldo. En segundo lugar, un proceso auditable. Los procedimientos seguidos y la documentación generada deben haber sido validados y contrastados por las buenas prácticas profesionales. Se deben proporcionar trazas y evidencias de lo realizado y sus resultados. En tercer lugar, un proceso reproducible. Los métodos y procedimientos aplicados deben de ser reproducibles, verificables y argumentables al nivel de comprensión de los entendidos en la materia, quienes puedan dar validez y respaldo a las actuaciones realizadas. En cuarto lugar, un proceso defendible. Las herramientas utilizadas deben de ser mencionadas y éstas deben de haber sido validadas y contrastadas en su uso para el fin en el cual se utilizan en la actuación. Para cada tipología de dispositivo la norma divide la actuación o su tratamiento en tres procesos diferenciados como modelo genérico de tratamiento de las evidencias. En quinto lugar, una identificación. Es el proceso de la identificación de la evidencia y consiste en localizar e identificar las potenciales información eso elementos de prueba en sus dos posibles estados, el físico y el

---

(35) Vid. PINTO PALACIOS, F., PUJOL CAPILLA, P.: «La prueba pericial informática», en *Diario La Ley*, núm. 5, Sección Ciberderecho, 3 de abril de 2017, p.1. Disponible en: <https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAA-AEAMtMsbF1CTEAAiMTEyMTS7WY1KLizPw8WYMDQ3MDEwNjkEBmWqVLFnJIZUGqbVpiTnEqAJMEE-w1AAAAWKE>

lógico, según sea el caso de cada evidencia. En sexto lugar, una recolección y/o adquisición. Este proceso se define como la recolección de los dispositivos y la documentación que puedan contener la evidencia que se desea recopilar o bien la adquisición y copia de la información existente en los dispositivos. En séptimo lugar, la conservación/preservación. La evidencia ha de ser preservada para garantizar su utilidad, es decir, su originalidad para que a posteriori pueda ser ésta admisible como elemento de prueba original e íntegro, por lo tanto, las acciones de este proceso están claramente dirigidas a conservar la cadena de custodia, la integridad y la originalidad de la prueba. Y, en octavo y último lugar, la preservación de las evidencias digitales.

Por otro lado, se exige que los peritos tengan conocimientos científicos o artísticos necesarios para conocer o apreciar algunas circunstancias durante la instrucción de la causa, como así lo expresa el artículo 456 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Según el artículo 457 del mismo cuerpo legal: «Los peritos pueden ser o no titulares. Son peritos titulares los que tienen título oficial de una ciencia o arte cuyo ejercicio esté reglamentado por la Administración. Son peritos no titulares los que, careciendo de título oficial, tienen, sin embargo, conocimiento o prácticas especiales en alguna ciencia o arte».

El problema que se plantea en el caso de la pericial informática es que no existe una normativa de carácter nacional o internacional que determine la titulación o conocimiento necesarios para elaborar un dictamen de esta naturaleza. En España no existe todavía un Grado en Informática Forense, pese a que en algunos planes de estudio del Grado en Ciencias Criminológicas sí que encontramos asignaturas como informática forense o electrónica e informática forense. Pero lo más extendido es que la formación en esta especialidad se realice a través de distintos cursos impartidos por instituciones privadas donde se forma a los alumnos en las habilidades propias de esta materia. Estos cursos versan sobre la pericial judicial informática, derecho informático o peritaje telemático forense. En esta tesitura, surge la duda de qué titulación o conocimientos serían los adecuados para emitir un dictamen pericial informático.

En este sentido, Izquierdo Blanco(36) considera que lo más adecuado sería que el perito estuviera en posesión de un Grado en Informática, de Ingeniería (en todas sus acepciones, telecomunicaciones,

---

(36) Vid. IZQUIERDO BLANCO, P., «Pericial informática. De acordarse una pericial informática, ¿qué titulación debe reunir el perito encargado de practicar la pericia, una licenciatura en informática, en ingeniería o en matemáticas», en Abel Lluch, X. y Picó I Junoy, J. (Dir.): *La prueba electrónica*, Colección de Formación Continua Facultad de Derecho ESADE, J. M. Bosch editor, Madrid, 2011, p. 409.



de sonido, imagen, etc.) o en Matemáticas, al tratarse de las disciplinas que guardan mayor conexión con la materia.

Sin embargo, se permite la intervención como peritos de personas que, sin ostentar una titulación oficial o académica, poseen conocimientos específicos en materia de informática forense adquiridos gracias a su experiencia personal o trayectoria profesional. En este caso, surgen interrogantes acerca de cómo determinar la experiencia mínima exigible a esa persona que carece de base académica que asiente sus conocimientos.

En el proceso penal, normalmente este tipo de pericias se realizan por las Brigadas Especializadas de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Son los agentes de determinadas unidades especializadas los que incautaran los dispositivos electrónicos que deben examinarse y efectúan, previa autorización judicial, el examen de estos en busca de evidencias del delito punible que sean objeto de investigación. En este sentido, las pericias podrán tener un objeto muy amplio y comprender, entre otros, el análisis de los intercambios de archivos, de *malware* instalado, del rastro dejado en la red para la comisión del delito, así como determinar el grado de conocimientos del presunto responsable para descartar otros posibles usuarios, técnicas de formateo o de cifrado de la información.

En el caso de la Policía Nacional, este tipo de investigaciones están centralizadas en la Unidad de Investigación Tecnológica (UIT)(37) dependiente de la Comisaría General de Policía Judicial. Dicha Unidad se subdivide en la Brigada Central de Investigación Tecnológica, a la que le corresponde la investigación de las actividades delictivas relacionadas con la protección de los menores, la intimidación, la propiedad intelectual e industrial y los fraudes en las telecomunicaciones; y la Brigada Central de Seguridad Informática, dependientes ambas de la Comisaría General de Policía Judicial, a la que corresponde la investigación de las actividades delictivas que afecten a la seguridad lógica y a los fraudes.

En el caso de la Guardia Civil(38), las actuaciones de investigación y emisión de dictámenes periciales relacionados con la investigación de delitos cometidos a través de las tecnologías de comunicación se llevan a cabo por el Grupo de Delitos Telemáticos de la Unidad Central Operativa y en los Equipos de Investigación Tecnológica existentes en cada una de las provincias de España.

---

(37) Información disponible en [http://www.policia.es/org\\_central/judicial/estructura/funciones.html](http://www.policia.es/org_central/judicial/estructura/funciones.html)

(38) Información disponible en [https://www.gdt.guardiacivil.es/webgdt/home\\_alerta.php](https://www.gdt.guardiacivil.es/webgdt/home_alerta.php)

La pericial informática viene precedida de una investigación que consta de varias fases. En primer lugar, el análisis preliminar para la identificación de la prueba informática que se desea obtener, siendo aconsejable la implicación del perito desde el primer momento de selección de la información a identificar. En segundo lugar, la adquisición de los datos informáticos, proceso en el que es fundamental la conservación de las copias y la constatación de las técnicas empleadas para garantizar la integridad de la información. En esta fase, se recomienda que la prueba se obtenga a presencia de testigos o de un fedatario público y se deposite en soporte adecuado. Si se trata de una evidencia digital que se va a utilizar en un proceso civil, el depósito se podrá efectuar en una Notaría mediante la oportuna acta de manifestaciones del perito en la que detalle el proceso de obtención de la información. En el caso de tratarse de una evidencia digital que se va a utilizar en el proceso penal, se custodiará por el Letrado de la Administración de Justicia como pieza de convicción, sin perjuicio de que el Juez dicte las oportunas resoluciones para que los técnicos especialistas de las fuerzas de seguridad accedan a su contenido para emitir el dictamen pericial. Y, en tercer lugar, el análisis forense de la información digital, a cuyo efecto es conveniente que el perito, además de disponer de elevada formación y experiencia técnica, atesore un mínimo conocimiento de la normativa legal aplicable(39).

## V. LA PERICIA COMO MEDIO DE PRUEBA E IMPARCIALIDAD DEL PERITO. ASPECTOS RELEVANTES DEL INFORME PERICIAL

La prueba pericial informática se practica a través de la aportación de un informe escrito en el procedimiento judicial. Este lo podemos definir como aquel medio de prueba a través del cual una persona emite una declaración de conocimiento sobre unos hechos, circunstancias o condiciones para lo que se requiere unos conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal regula los informes periciales tanto en la fase de instrucción (artículos 456 a 485) como en la fase de juicio oral (artículos 723 a 725). Dentro de dicha normativa, no se hace referencia específica a la pericial informática a diferencia de otros dictámenes periciales como, por ejemplo, la tasación pericial de objetos (artículo 365), informes periciales del Médico Forense sobre

---

(39) Vid. PINTO PALACIOS, F., PUJOL CAPILLA, P.: *op. cit.*, p. 1.

edad del investigado (artículo 375) o informes periciales sobre muestras de ADN (artículo 363).

En el proceso penal, todo reconocimiento pericial se efectuará por dos peritos, según lo expresado en el artículo 459 en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, siempre que sea un procedimiento ordinario o sumario (artículos 778 y 797 Ley de Enjuiciamiento Criminal). Para el procedimiento abreviado, el informe pericial podrá ser emitido por uno solo de ellos cuando el Juez lo considere suficiente (artículo 778.1 Ley de Enjuiciamiento Criminal). La exigencia de dos peritos ha sido matizada por la jurisprudencia en aquellos supuestos en los que el análisis pericial se realiza o por la Policía científica o por funcionarios de un laboratorio oficial, en el que se integra un equipo y el dictamen se basa en criterios científicos. Podemos citar la STS 10690/2004, de 17 de octubre, donde nos explica que «la exigencia de dualidad de peritos en cada dictamen pericial obedece a la mayor garantía de acierto que representa la posible coincidencia de pareceres de dos peritos frente a la opinión única, y a las mejores condiciones de objetiva valoración que para el Tribunal representan las posibles divergencias y opiniones encontradas de dos peritos intervinientes. De lo que se trata es de reforzar la eficacia, el acierto y el rigor técnico de los dictámenes periciales, sin que por ello se haga de la dualidad de peritos una condición inexcusable de la necesaria garantía puesto que el párrafo segundo del propio artículo 459 exceptúa el caso de que no hubiese más de un perito en el lugar y no fuera posible esperar la llegada de otro sin graves inconvenientes para el curso del sumario. En todo caso si el fundamento de la exigencia se halla en la mayor probabilidad de acierto que representa el trabajo realizado por varios, la finalidad de la norma queda satisfecha en el caso de dictámenes periciales emitidos por Órganos Oficiales dotados de equipos técnicos altamente cualificados integrados por distintos profesionales que intervienen como tales participando cada uno de sus miembros en el trabajo común dentro de la división de tareas o funciones. En tales casos el mero dato formal de estar suscrito el informe por uno solo de los profesionales del equipo, normalmente el que ejerce facultades representativas del Laboratorio u Órgano informante, como responsable o jefe del Servicio de que se trate, no puede ocultar el hecho real de que el dictamen no es obra de un solo individuo, es decir, de un perito, sino del trabajo de equipo normalmente ejecutado según procedimientos científicos protocolizados en los que intervienen varios expertos, desarrollando cada uno lo que le compete en el común quehacer materializado por todos. En estos casos no es que no sea aplica-

ble el artículo 459 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sino que debe entenderse satisfecha la exigencia que el precepto contiene».

Debemos señalar, que los peritos designados por el Juzgado de Instrucción pueden ser recusados a fin de garantizar su imparcialidad. Esta posibilidad queda limitada a aquellos supuestos en los que la prueba pericial no pueda reproducirse en el juicio oral (artículo 467 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Las causas en que puede basarse la recusación son, en primer lugar, el parentesco de consanguinidad o de afinidad dentro del cuarto grado con el querellante o con el acusado. En segundo lugar, el interés directo o indirecto en la causa o en otra semejante. Y, en tercer lugar, la amistad íntima o la enemistad manifiesta.

Los informes periciales también pueden aportarse por las partes personadas en el proceso durante la fase de instrucción, así como acompañarlos junto con el escrito de calificación provisional (en el proceso ordinario; artículo 656 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) o en el escrito de acusación y/o defensa (en el proceso abreviado; artículos 781 y 784 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). De igual manera, también es práctica forense habitual aportar dichos informes periciales junto con la querrela para justificar los hechos denunciados.

Una situación más complicada en las periciales aportadas por particulares o privadas es la validez de la prueba porque, en ocasiones, se producen injerencias, por ejemplo, en las telecomunicaciones entre particulares que afectan a la intimidad de terceros ajenos a la víctima y, por tanto, vulnerarían el derecho fundamental recogido en el artículo 18 de la Constitución.

Debemos tener en cuenta, en el caso de las pruebas informáticas que el elemento fundamental para la identificación de estas pruebas con respecto a aquellas obtenidas o aportadas por medios en los que no interviene la tecnología, es que contienen una serie de información conocida como metadatos. Estos son un grupo de datos ocultos que se almacenan en forma de ceros y unos y que exigen de su transformación en información legible y que describen el contenido informativo de un elemento digital y que, por tanto, aportan información adicional al archivo en el que se encuentren(40). Es decir, las pruebas tecnológicas contienen más información respecto a las que no tienen relación con las tecnologías de la información y de la comunicación.

Por otro lado, el artículo 336 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal reconoce al investigado y su Letrado el derecho de asistir al reco-

---

(40) Vid. PERALES CAÑETE, R.: «Exiftool: ¿Los metadatos sirven de algo?», en Oliva León, R; Valero Barceló, S. (Coord.): *La prueba electrónica. Validez y eficacia procesal*, Juristas con futuro, Zaragoza, 2016, p. 110.

nocimiento pericial de efectos que puedan tener relación con el delito. En el caso de los dispositivos de almacenamiento masivo de información y periciales sobre dispositivos informáticos en general, es obvio que se tiene esa facultad, porque la prueba que puede obtenerse de ellos está oculta, pudiendo solicitar un clonado de los dispositivos en ese momento. Aconseja siempre Martínez Galindo(41), que se acuda al acto de clonado y se solicite una copia para la defensa, para lo cual debe aportarse el oportuno dispositivo (que siempre tiene que ser nuevo o, en su caso, formateado y del doble de capacidad del que se va a copiar), a los efectos de que, en su caso, si se considera necesario, el investigado designe su propio perito para llevar a cabo otro reconocimiento pericial distinto.

En cuanto al objeto del informe pericial informático varía en función de las necesidades probatorias de los hechos investigados. Podemos distinguir entre las periciales que llevan a cambio auditorías de seguridad, periciales de autenticidad, de contenido, pericias de internet y aquellas que deben hacerse sobre los datos informáticos. También deberíamos tener en cuenta si se busca una peritación de un mero análisis de las comunicaciones, de la identificación de la dirección IP para determinar la procedencia de un ataque, o el origen del autor y el intercambio de datos o archivos. Ejemplo de ello, es en el caso de tener que buscar prueba a través del *blockchain*, debemos tener en cuenta que es un libro de contabilidad digital distribuido que almacena datos de cualquier tipo, desde transacciones de criptomonedas, propiedad de NFT(42) o contratos inteligentes DeFi(43). Por lo tanto, la complejidad de la peritación reviste tintes económicos y digitales.

En el informe pericial se tiene que explicar el motivo del análisis y el tipo de evidencias que han tratado de encontrar, así como la cronología del examen cibernético y las herramientas forenses utilizadas para el análisis de las evidencias. Las fuentes de información son los ordenadores, memorias, terminales móviles (en el caso de las criptomonedas se pueden tener aplicaciones en los dispositivos(44)), cada investigador crea su propia caja de herramientas cibernéticas (como, por ejemplo, herramientas de análisis de imágenes, de protocolos de

---

(41) Cfr. MARTÍNEZ GALINDO, G.: *Op. cit.*, p. 752.

(42) Las NFT o *Non Fungible Token* o *Tokens* no fungibles son un certificado digital de autenticidad que mediante la tecnología *blockchain*, la misma que se emplea en las criptomonedas (los tokens), se asocia a un único archivo digital.

(43) Los contratos inteligentes DeFi (contratos inteligentes de finanzas descentralizadas) son una forma experimental de finanzas que no dependen de intermediarios financieros centrales.

(44) Algunas de las principales aplicaciones de criptomonedas son eToro, Capex, Markets.com, Plus500 o XTB.

red, de análisis de registros, para el cálculo de cash, entre otras) que irá actualizando en función de las necesidades de sus pericias.

La norma UNE 197010:2015 enumera los principios que deben respetarse durante la selección, obtención, presentación y almacenado de evidencias digitales: relevancia, fiabilidad, suficiencia y oportunidad. Pero también debemos tener muy presente la cadena de custodia de los mismo, la Circular 5/2019 de Fiscalía, en relación con las diligencias de investigación tecnológica, en su apartado 3.4.3 se refiere a la prueba pericial haciendo saber de la importancia de fijar las condiciones para asegurar la integridad de los datos y las garantías de su preservación. Se necesita garantizar la adecuada cadena de custodia de los efectos objeto de la pericia, asegurando que son los mismos y con el mismo contenido, con lo que fueron intervenidos. Se trata de garantizar la adecuada cadena de custodia de las fuentes de prueba, asegurando que lo que se analiza es justamente lo necesario para evidenciar el delito y que no ha sufrido alteración alguna.

Además de garantizar la identidad del objeto, la cadena de custodia cumple también la función de acreditar su autenticidad, pues asegura la imposibilidad fáctica de que el vestigio o prueba haya podido resultar manipulado o alterado(45). Según lo expuesto por Figueroa Navarro(46), y como crítica, considera necesario abordar la regulación normativa de la cadena de custodia de las fuentes de prueba, con el fin de unificar criterios de actuación y garantizar la corrección procesal en la obtención y aseguramiento de los vestigios delictivos.

El investigador forense puede visualizar el contenido de los datos en el momento de la investigación y descargar de la red o copiar a un fichero, disco duro o memoria USB, pero a los efectos de garantizar la pericial y su cadena de custodia debe acudir a fedatarios públicos para certificar el contenido de la página web o aplicación, y generar un documento con el contenido completo de dicha web o aplicación, la fecha y la hora de la certificación y una firma electrónica que garantiza la integridad e inalterabilidad del documento, con la descarga de los archivos y ficheros, que deben quedar oportunamente reflejados en el acta que se levante y que constituyan indicios de delito.

Cuando el perito procede al análisis de las evidencias digitales se basa en analizar las pruebas electrónicas o cibernéticas y presentar la información en ellas de una manera objetiva y clara, sin que pueda dar

---

(45) Vid. MESTRE DELGADO, E.: «La cadena de custodia de los elementos probatorios obtenidos de dispositivos informáticos y electrónicos», en VV. AA.: *La cadena de custodia en el proceso penal*, Edisofer, 2015, p. 73

(46) Cfr. FIGUEROA NAVARRO, C.: «La cadena de custodia de las muestras biológicas», en VV. AA.: *La cadena de custodia en el proceso penal*, Edisofer, 2015, p. 127

lugar a la interpretación y puedan realizar valoraciones jurídicas, que les está vedado, toda vez que corresponde al Tribunal. En este sentido, y a modo de ejemplo, la STS 6007/2008, de 29 de octubre, delimita la función que corresponde al perito informático al establecer que «es evidente que la equiparación que efectúa el perito entre: ausencia de advertencia del programa Emule del sistema de archivos transparentes con la conclusión de que el usuario del programa desconocía y estaba ignorante de este dato no es admisible. Tal conclusión solo podría ser efectuada por el juzgador a quien le corresponde la tarea de valorar la actividad probatoria». En un sentido similar, se pronuncia la STS 406/2012, de 8 de noviembre, donde afirma que «no se pueden confundir los roles. El perito no puede suplantar ni al juez ni al testigo. Ni puede usurpar la función de valoración de la prueba que corresponde al Juez. Éste no puede convertirse en un mero espectador de la valoración realizada por los peritos».

Por último, señalar que el informe pericial puede ser presentado en cualquier fase del procedimiento, pero en cada una de ellas despliega distintos efectos, por la naturaleza de cada fase y los fines que se persiguen. Ciertamente, en materia de Criminalidad Informática tiene su ubicación más adecuada en la fase de instrucción del proceso, ya que será determinante y esclarecedora tanto para averiguar la ejecución del delito como la concreta identidad del delincuente. De hecho, si ponemos como ejemplo nuestro delito objeto de estudio, el blanqueo de capitales a través de las criptomonedas, deberemos aportar informes periciales que acrediten la relación de actuaciones con los presuntos responsables (ya sean personas físicas o jurídicas). Esta información se efectuará por peritos privados y será adjuntada a la querrela o denuncia que se presente.

Los informes periciales practicados durante la fase de instrucción no constituyen pruebas, sino solo diligencias de investigación para determinar si existen elementos suficientes de determinación de la autoría, y para que puedan constituir verdadera prueba deben ser ratificados en Juicio Oral. Es en esta fase donde se procede a su valoración judicial. En este sentido, el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que el Tribunal dictará sentencia valorando «según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio». La jurisprudencia ha declarado que ello supone que la prueba se debe valorar sin sujeción a tasa, pauta o regla de ninguna clase, para evitar cualquier tipo de arbitrariedad por los poderes públicos, es decir, por los Juzgados y Tribunales. Es necesario que en la sentencia se desarrolle la argumentación que sostiene la valoración de la prueba que, en todo caso, deberá ajustarse a las reglas de la lógica, la racionalidad y

la coherencia. En consecuencia, la prueba pericial informática se valora por el Tribunal según las reglas de la sana crítica atendiendo al resto de medios de prueba que se hayan practicado en las sesiones de juicio oral. Dado que en el proceso penal las únicas pruebas que pueden desvirtuar la presunción de inocencia, según el artículo 24.2 de la Constitución Española, son aquellas que se practican en el juicio oral con las garantías de publicidad, oralidad, inmediación y contradicción, se han planteado algunos problemas prácticos cuando el perito no comparece en el juicio oral para ratificar su informe. La regla general es que el perito informático deberá comparecer personalmente al acto del juicio para exponer, ampliar siempre que no se sobrepasen los límites del objeto de la pericia, o aclarar lo que se estime oportuno en el plenario respecto del contenido del informe emitido.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional (SSTC 127/1990 y 24/1991) y del Tribunal Supremo (STS 62839/2011, de 24 de mayo) han manifestado que, si bien la prueba pericial debe ser practicada en el acto del juicio oral, puede ocurrir que, aportada durante la fase de instrucción y conocida por las partes al tiempo de emitir su escrito de calificación, si nadie formula impugnación o propone la comparecencia del mismo al acto del juicio, puede estimarse que existe una aceptación tácita de su resultado. De esta manera, el Tribunal podrá valorar ese dictamen como auténtico medio de prueba, aun cuando el perito no haya comparecido a juicio, máxime si el informe pericial ha sido realizado por un órgano de carácter público u oficial(47).

## VI. CONCLUSIONES

El incremento de los delitos ciberdelincuentes en los últimos años es evidente. En parte se debe al aumento progresivo que existe del uso de las tecnologías en todos los ámbitos. Esto significa que, al igual que la sociedad ha entrado y explorado el mundo *online* y *offline*, los delincuentes también lo han hecho.

Como hemos podido plasmar, las criptomonedas y su frenética fenomenología constituyen una innegable fuente de riesgos penales. Sin lugar a dudas, el que mayor atención a suscitado es su posible uso ilícito y como forma para introducir activos procedentes de actividades delictivas en la economía legal. Además, hay que añadir que ninguna criptomoneda, descentralizada o centralizada, goza de ser

---

(47) Vid. PINTO PALACIOS, F., PUJOL CAPILLA, P.: *La prueba en la era digital*, La Ley, Madrid, 2017, p. 200



moneda de curso legal en la Unión Europea. Si algún Estado, cuya moneda sea el euro, llegase a formar la intención de legislar para considerarla como moneda de curso legal, dicho Estado podría hacerlo únicamente en desarrollo de la normativa que a ese respecto marcara la Unión Europea, la cual dispone de competencia exclusiva sobre la política monetaria de los Estados miembros cuya moneda es el euro (artículo 3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea).

Como se mencionó anteriormente, las criptomonedas tienen ciertas características que las hacen atractivas para su uso fraudulento, especialmente en el delito de blanqueo de capitales, como la dificultad para asociar direcciones de envío y de recepción de criptomonedas o la imposibilidad de atribuir un identificador único, entre otras.

Estas conductas delictivas cibernéticas no sólo son novedosas en la legislación penal sino también a la hora de evidenciar este tipo de delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico, entre otros, mediante la prueba, de ahí la importancia y auge de la prueba pericial informática, y a su vez, la figura del perito y su informe. Estos son necesarios para aportar el conocimiento técnico, en este caso, sobre las conductas ciberdelinquentes, y bajo la objetividad de sus aportaciones, de ayuda a la valoración por parte del Juez.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- ARRABAL PLATERO, P.: La prueba tecnológica: aportación, práctica y valoración, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- BANCO CENTRAL EUROPEO: «Virtual currency schemes: A further analysis», Frankfurt am Main, 2015 Disponible en: <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/virtualcurrencyschemesen.pdf>
- BARROILHET DÍEZ, A.: «Criptomonedas, economía y derecho», en Revista chilena de derecho y tecnología, Vol. 8, núm. 1, 2019.
- CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I. «La ciberdelincuencia en España: un estudio basado en las estadísticas policiales», en *Revista de Estudios Penales y de la Seguridad* núm. 6, 2020.
- FERNÁNDEZ BERMEJO, D. (Dir.): *Blanqueo de capitales y TIC: Marco Jurídico y Europeo, Modus Operandi y Criptomonedas*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019.
- FIGUEROA NAVARRO, C.: «La cadena de custodia de las muestras biológicas», en VV. AA.: *La cadena de custodia en el proceso penal*, Edisofer, 2015.
- GIMENO SENDRA, V.: I, Derecho Procesal Civil I: El Proceso De Declaración. Parte General, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2015.

- IZQUIERDO BLANCO, P., «Pericial informática. De acordarse una pericial informática, ¿qué titulación debe reunir el perito encargado de practicar la pericia, una licenciatura en informática, en ingeniería o en matemáticas», en Abel Lluch, X. y Picó I Junoy, J. (Dir.): *La prueba electrónica*, Colección de Formación Continua Facultad de Derecho ESADE, J. M. Bosch editor, Madrid, 2011.
- MARTÍNEZ GALINDO, G.: «La prueba pericial informática y tecnológica», en VV. AA.: *Tratado de Delincuencia Cibernética*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021.
- MESTRE DELGADO, E.: «La cadena de custodia de los elementos probatorios obtenidos de dispositivos informáticos y electrónicos», en VV. AA.: *La cadena de custodia en el proceso penal*, Edisofer, 2015.
- «Introducción», en VV. AA.: *Tratado de Delincuencia Cibernética*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021.
- MORALES GARCÍA, O.: «Criterios de atribución de responsabilidad penal a los prestadores de servicios e intermediarios de la sociedad de la información», en *Cuadernos de Derecho Judicial* núm. 9, 2002.
- MUÑOZ MACHADO, S.: *La regulación de la red. Poder y Derecho en Internet*, Taurus, Madrid, 2000.
- NAKAMOTO, S.: «Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System», en bitcoin.org. Disponible en: <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>
- NIETO MARTÍN, A., GARCÍA-MORENO, B.: «Criptomonedas y derecho penal: más allá del blanqueo de capitales», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 23-17, 2021, p. 4. Disponible en: <http://criminol.ugr.es/recpc/23/recpc23-17.pdf>
- PERALES CAÑETE, R.: «Exiftool: ¿Los metadatos sirven de algo?», en Oliva León, R; Valero Barceló, S. (Coord.): *La prueba electrónica. Validez y eficacia procesal, Juristas con futuro*, Zaragoza, 2016, p. 110.
- PÉREZ LÓPEZ, X.: «Las criptomonedas: consideraciones generales y empleo de las criptomonedas con fines de blanqueo», en Fernández Bermejo, D. (Dir.): *Blanqueo de capitales y TIC: Marco Jurídico y Europeo, Modus Operandi y Criptomonedas*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019.
- «El blanqueo de capitales a través de las criptomonedas», en VV. AA.: *Tratado de Delincuencia Cibernética*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021.
- PINTO PALACIOS, F., PUJOL CAPILLA, P.: «La prueba pericial informática», en Diario La Ley, núm. 5, Sección Ciberderecho, 3 de abril de 2017, p.1. Disponible en: <https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAEAMtMSbF1CTEAAiMTEyMTS7Wy1KLizPw8WyMDQ3MDEwNjkEBmWqVLfnJIZUGqbVpiTnEqAJMEE-w1AAAAWKE>
- PINTO PALACIOS, F., PUJOL CAPILLA, P.: *La prueba en la era digital*, La Ley, Madrid, 2017.
- VELASCO NÚÑEZ, E.: «Ciberseguridad, ciberdelincuencia y empresa: la respuesta penal», en *Revista de privacidad y derecho digital*, Vol. 4, núm. 14 (abril-junio), 2019.

# Fundamento de punibilidad de la tentativa: A la vez consideraciones sobre la punibilidad de la tentativa inidónea

CARLOS BARDAVÍO ANTÓN

Doctor en Derecho  
Profesor Asociado de la UNIR  
Abogado (Socio Director *Bardavío Abogados*)

## RESUMEN

*En este trabajo se defiende que el fundamento de punibilidad de la tentativa y su comienzo es idéntico en la tentativa idónea y en la tentativa inidónea. Se considera punible la tentativa inidónea, inclusive la no peligrosa para el bien jurídico, en aquellos casos en que el quebrantamiento del rol contenga un mínimo de racionalidad. La mínima racionalidad se vincula al concepto normativo de persona en un concreto ámbito de ejecución (sistema concreto de comunicación) al objeto de delimitar comportamientos con sentido criminal de los irreales, supersticiosos o auténticamente impunes. La principal conclusión de este trabajo es que la peligrosidad para el bien jurídico únicamente incrementa el quantum del quebrantamiento normativo, mientras que el fundamento de punibilidad está más ligado a la imputación objetiva de la ejecución típica.*

Palabras clave: *Desvalor de la acción. Desvalor del resultado. Peligrosidad. Punibilidad. Tentativa idónea. Tentativa inidónea.*

## ABSTRACT

*In this paper, the punishability of the attempt and its beginning is defended as being identical in the ideal attempt and in the unsuitable attempt. The unsuitable attempt, including non-dangerous ones for the legal good, is considered punishable in those cases in which the breach of the role contains a minimum of rationality.*

*Minimum rationality is linked to the normative concept of person in a specific field of execution (concrete communication system) in order to define behaviors with a criminal sense from the unreal, superstitious or authentically unpunished. The main conclusion of this paper is that the danger for the legal good only increases the quantum of the normative breach, while the basis of punishment is more linked to the objective imputation of the typical execution.*

Keywords: *Disvalue of the action. Disvalue of the result. Danger. Punishment. Ideal attempt. Unsuitable attempt.*

SUMARIO: I. Introducción.–II. Fundamentos clásicos de punibilidad.–III. Fundamentos actuales.–IV. Teorías subjetivo-objetivas. 1. La imputación de lo subjetivo en la representación del autor. 2. La desobediencia a la norma: quebrantamiento de la vigencia normativa. 2.1 La impresión o alarma colectiva como fundamento de la tentativa punible. 2.2 Fundamento funcionalista de punibilidad: la tentativa como expresión de sentido contra la norma. V. Consideraciones propias. 1. Introducción. 2. Sobre el fundamento de punibilidad en la tentativa idónea y su comienzo. 3. El fundamento de punibilidad de la tentativa inidónea: la racionalidad mínima en un concreto sistema de comunicación y persona. 4. La punibilidad de la tentativa acabada e inacabada en comisión por omisión e imputación objetiva. 4.1 Tentativa acabada e inacabada en comisión por omisión: delimitación. 4.2 Imputación objetiva de la tentativa en la comisión por omisión y en la omisión pura de simple actividad. 4.3 La punibilidad de la tentativa inidónea en comisión por omisión.–VI. Conclusiones.–VII. Bibliografía.

## I. INTRODUCCIÓN

El fundamento de punibilidad de cualquier institución jurídico-penal es materia de debate puramente dogmático siempre, y así seguirá siendo pues las representaciones de las que parte cualquier observador muchas de las veces se ven impregnadas de los principios y fundamentos generales de los que se parten, más hoy en día, donde la llamada Ciencia del Derecho penal, si bien diferenciada de otras, alcanza altas dosis de complejidad debida a falta de una sistemática independiente a la racionalidad del observador. Esta complejidad se observa más claramente en el fundamento de punibilidad o de impunidad de la denominada tentativa inidónea, motivo por el cual trataremos en este trabajo de ponerla de manifiesto para después resolverla con un fun-

damento propio de los sistemas sociales, esto es, desde la propia diferenciación (unidad) del Derecho penal.

Al respecto, ya en su día Welzel(1) comentó que el injusto intentado (*Versuchsunrecht*) se perfecciona con el desvalor de la acción, pero, precisamente esto último no es pacífico. No debe confundirse el concepto de acción con el comienzo del injusto (acto preparatorio o tentativa)(2). Las teorías que han tratado de resolver la problemática toman como eje principios asociados a la perspectiva espacio-temporal de un observador psíquico, sin prestar atención a que el único observador de lo injusto es el propio sistema del Derecho penal.

Pues bien, de una parte, la *concepción subjetivo-individual*(3) considera que el injusto se completa con el desvalor de la representa-

(1) *Abreviaturas*: ADPCP: Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales; AP: Actualidad penal; art: artículo; CP: Código penal; CPd: Código penal derogado; CPC: Cuadernos de Política criminal; CDJ: Cuadernos de Derecho judicial; ed: edición; EDPC: Estudios de Derecho penal y Criminología; Id: idéntico; *Ibidem*: en el mismo lugar; *La Ley*: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía; *op. cit.*: *opus citatum* (obra citada); *p/pp*: página/s; PE: Parte especial; PG: Parte general; PJ: Poder judicial; *pról*: prólogo; RECPC: Revista electrónica de ciencia penal y criminología; RDPC: Revista de Derecho penal y criminología; RP: Revista penal; RPJ: Revista del Poder judicial; RJC: Revista jurídica de Catalunya; *ss*: siguientes; StGB: Strafgesetzbuch; STS: Sentencia del Tribunal Supremo español; T: Tomo; *vol*: Volumen.

WELZEL, H., *Derecho penal alemán*, trad. de la 11.ª ed. alemana por Juan Bustos y Sergio Yáñez, Santiago de Chile, 1976, pp. 74 y 75.

(2) Al respecto, CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho penal español, Parte General*, vol. II, Teoría del delito 2, Dykinson, 2009, pp. 4 ss.

(3) La mal llamada *teoría subjetivista del injusto* de KAUFMANN y ZIELINSKY exige para fundamentar la punibilidad de la tentativa un desvalor de la acción (*Handlungsunwert*), de su intención (el *injusto personal*), así la norma cumple una función motivadora sobre los sujetos para que cumplan la «norma de determinación». En concreto ZIELINSKY admite en los casos en los que el autor cae en un error sobre la propia existencia de las causas de las leyes naturales, una falta de merecimiento de pena, pero cuando yerra sobre la configuración de las mismas (tentativa inidónea) ha de pensarse; KAUFMANN, A., *Dogmática de los delitos de omisión*, trad. Joaquín Cuello Contreras, José Luis Serrano González de Murillo (Edt.), Marcial Pons, Barcelona, Madrid, 2006, pp. 216 ss.; STRUENSEE, E., «Dolo de causar y causalidad putativa», trad. José Luis Serrano González de Murillo, ADPCP, t. 43, Fasc/Mes 3, 1990, p. 934 ss. Con particularidades en Argentina. SANCINETTI, M. A., *Teoría del delito y disvalor de la acción: una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción*, Hammurabi, Buenos Aires, 1991, pp. 66 ss. En España, con matices. CUELLO CONTRERAS, J., *PG, op. cit.*, pp. 9, 17, 89; *Íd.*, «El estado de la discusión en torno al fundamento de la tentativa», *El nuevo Código Penal: Presupuestos y fundamentos, Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Comares, Granada, 1999, pp. 285 a 298; desde una concepción motivadora de la norma, GONZÁLEZ MATEOS, J. C., «Esencia del injusto penal e injusto de la tentativa», AP, núm. 28, 9-15, julio, 2001, pp. 621 a 653; *Íd.*, «Esencia de la norma penal y antijuricidad de la tentativa», *Anuario de la Facultad de Derecho*, Universidad Extremadura, Cáceres, núm. 18, 2000, pp. 198 ss.

ción del autor. De otra, la *concepción objetivo-individual*(4) afirma la naturaleza objetiva de la antijuridicidad. Por otro lado, la *concepción dualista*(5) integra en el injusto intentado tanto el desvalor de la acción como el del resultado (paradigma de protección de bienes jurídicos). Y, por último, la *concepción subjetivo-objetiva individual* (teo-

y 215; GRACIA MARTÍN, L., «El «*iter criminis*». El Código penal español de 1995», *CDJ*, XXVII, ejemplar dedicado a: El sistema de responsabilidad en el nuevo Código penal, José Luis Díez Ripollés (dir.) Escuela Judicial y Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, pp. 257 ss; ÍD., «Sobre la punibilidad de la llamada tentativa inidónea en el nuevo Código penal español de 1995 (Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 24 de mayo de 1996)», *RDPC*, 2.ª Época, núm. 3, UNED, Madrid, 1999, pp. 335 ss; con matizaciones, MIR PUIG, S., *El Derecho penal en el Estado Social y democrático de Derecho*, Ariel, Barcelona, 1992, p. 62.

(4) MEZGER, E., *Tratado de Derecho penal*, I trad. 2.ª ed. alemana de 1933, y notas de Derecho español por José Arturo Rodríguez Muñoz, Editorial Revista de Derecho privado, Madrid, 1935, pp. 308 ss. En España, COBO DEL ROSAL M. /QUINTANAR DÍEZ M., *Instituciones de Derecho penal español, Parte general*, CESEJ, Madrid, 2004, pp. 220.

(5) Desde la *teoría dualista*, mayoritaria en España, se defiende que en la tentativa ya hay un resultado, el resultado de peligro o la probabilidad de causación lesiva para el bien jurídico, ALCÁ CER GUIRAO, R., *La tentativa inidónea: fundamento de punición y configuración del injusto*, Comares, Granada, 2000, pp. 350 ss; BUSTOS RAMÍREZ, J., «Castigo o impunidad de la tentativa inidónea: un falso dilema», Santiago Mir Puig, Juan Córdoba Roda y Gonzalo Quintero Olivares (coords.), *Estudios Jurídicos en Honor al Prof. Octavio Pérez Vitoria*, vol. 1, Bosch, Barcelona, 1983, pp. 91 ss; DEMETRIO CRESPO, E., *La tentativa en la autoría mediata y actio libera in causa: una contribución al estudio del fundamento de punición y comienzo de la tentativa*, Comares, Granada, 2003, pp. 22 ss. y pp. 143 y 144; HUERTA TOCILDO, S., *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 50 ss; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1993, p. 122; MUÑOZ CONDE F. / GARCÍA ARÁN M., *Derecho penal, Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 347 y 348; MUÑOZ CONDE, F., *Teoría General del delito*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, pp. 86 y 87; NÚÑEZ BARBERO, R., *El delito imposible*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1963, pp. 7 ss., 50 ss; QUINTERO OLIVARES, G., «Acto, resultado y proporcionalidad», *Libro Homenaje al Profesor Antón Oneca*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1982, pp. 377 ss; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, pról. Diego-Manuel Luzón Peña, Universidad Complutense, Servicio de Publicaciones, Madrid, 1994, pp. 37 y 38; SOLA RECHE, E., *La problemática asociada a la llamada «tentativa inidónea» de delito*, Universidad de La Laguna, Tesis Doctoral, 1994, p. 101; SOTO NIETO, F., «Tentativa relativamente inidónea: punibilidad», *La Ley*, núm. 7, 2000, pp. 1498 a 1499; TORÍO LÓPEZ, A., «Indicaciones para una concepción dualista de la tentativa», *Presupuestos para la reforma penal*, Tenerife, vv.AA., Centro de Estudios Criminológicos de la Universidad de La Laguna, 1992, pp. 169 ss. En Alemania, von LISZT, F., *Tratado de Derecho Penal*, III, trad. Jiménez de Asúa, 3.ª ed. de la 20.ª ed. alemana, Reus, Madrid, 1929. En la doctrina italiana, CARRARA, F., *Teoría de la tentativa y complicidad o del grado en la fuerza física del delito*, trad. Romero Girón, Centro Ed. de Góngora, Madrid, 1926, p. 71; PETROCELLI, B., *Il delitto tentato*, CEDAM, Padova, 1955, p. 29.

ría de la impresión y teoría expresión) considera que la peligrosidad de la acción configura por sí sola la antijuridicidad.

En este sentido, cobra vital importancia la perspectiva jurídico-penal para determinar el fundamento de punibilidad. Las posturas anteriores, si bien parecen irreconciliables, presentan características comunes que sirven para hallar un fundamento común de la punibilidad del delito de tentativa.

## II. FUNDAMENTOS CLÁSICOS DE PUNIBILIDAD

Con Feuerbach se comenzó a considerar que la *probabilidad objetiva de producción del resultado* desde una perspectiva *ex ante*, aquella en la que todo hombre inteligente con los conocimientos del autor se hubiese representado como probable el resultado, era el fundamento de punibilidad de la tentativa. De esta manera se dio comienzo a las teorías objetivo-clásicas, antesala de la moderna teoría objetiva(6).

En concreto, las teorías *objetivo-formales*(7) basan su fundamentación en la realización parcial del delito o falta del tipo o *estrictamente objetiva*. La teoría iniciada por Binding, entre otros(8) considera que solo las acciones u omisiones que adecuadamente son susceptibles de realizar el tipo pueden considerarse tentativa punible. La crítica fundamental a esta teoría es la imprecisión de la misma tentativa, pues si la problemática viene dada por no solo fundamentar la punición o impunidad, sino también por el momento inicial y discernimiento con el acto preparatorio, recurrir al tipo y a su acción es una reducción al absurdo que no salva la problemática, sino que la engrandece. Para esta teoría, por ejemplo, salir de casa con una pistola con el objetivo de matar, no es comienzo de la acción de matar ya que no se está comenzando a matar,

(6) V. LISZT, F., *Tratado, op. cit.*, III, pp. 17 ss. En la doctrina italiana, CARRARA, F., *Teoría de la tentativa y complicidad, op. cit.*, pp. 57 ss; PESSINA, E., *Elementi di diritto penale*, presso Riccardo Margheri di Gius editore, Napoli, 1882, pp. 239 ss; VANNINI, O., *Il problema giuridico del tentativo (art. 56 del codice penale)*, 2.ª ed., Giuffrè, Milano, 1950, p. 11. A favor, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. / HUERTA TOCILDO, S., *Derecho penal, Parte General*, 2.ª ed., corregida y aumentada, Rafael Castellanos, Madrid, 1986, p. 445.

(7) Solo las acciones que son susceptibles de realizar el tipo pueden considerarse tentativa punible, por lo que la realización parcial debe ser impune, v. LISZT, F., *Tratado, op. cit.*, III, p. 129.

(8) En el mismo sentido se pronunciaron: v. BELING, E. L., *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906, pp. 245 ss; v. LISZT, F., *Tratado de Derecho Penal*, III, *op. cit.*, p. 129; MITTERMAIER, C. J., «Über den Anfangspunkt der Strafbarkeit der Versuchshandlungen», *Neues Archiv des Kriminalrechts*, II, 33, Halle, 1818, pp. 602 ss.

no existe principio de ejecución, y en consecuencia no existiría quebrantamiento del ordenamiento jurídico. En el mismo error incurre la *teoría de la falta de tipo* de zu Dohna(9), la cual además de exigir la falta de resultado, precisa haber realizado algún elemento del tipo, no solo la acción injusta o desvalor de la acción. Pero a estas teorías les falta la apreciación exterior de lo que adecuadamente y socialmente es peligroso, es decir, la susceptibilidad de la acción para el resultado.

Frank(10) y los autores que lo siguieron desarrollaron la concepción de la tentativa basada en el verbo o acción típica, esgrimiendo para ello, una ampliación del concepto jurídico-penal de tentativa en aquellas acciones directamente relacionadas con la acción u omisión típicas, lo que constituye una ampliación que quebranta tanto la seguridad normativa, como el discernimiento entre tentativa y actos preparatorios. Al contrario de las teorías objetivo causales que veremos posteriormente, para esta teoría, considera a los actos preparatorios como acción típica, lo que produjo en su tiempo una nebulosa-conceptual entre los actos preparatorios y los ejecutivos de la tentativa.

La teoría de Frank fue posteriormente desarrollada por Baumann(11), añadiendo un elemento subjetivo, el *plan del autor*, como criterio o posición de enjuiciamiento, objetivando la solución de la delimitación entre tentativa y acto preparatorio. Así, para dicho autor, existirá tentativa y no acto preparatorio cuando un espectador objetivo, conociendo o considerando el plan del autor, entienda que existe conexión causal, típica, y natural.

Estas teorías(12) abandonan el criterio formal para establecer otro que nos parece demasiado ambiguo, como es el argumento de la causalidad necesaria de la acción precedente y peligrosidad *ex ante* para el bien jurídico. El criterio de discernimiento entre acto preparatorio y tentativa (principio de ejecución) se centra aquí en la condición y la causa respectivamente. La *condición* es el comportamiento por el que se fundamenta el primer acto que lleva al delito, mientras que la *causa*, entendida como principio de ejecución, tentativa, es aquel acto que aumenta la probabilidad del resultado. Es decir, parece que estas doc-

(9) Zu DOHNA, G., «Der Mangel am Tatbestand», *Festgabe für Güterbock*, Berlin, 1910, pp. 35 ss.

(10) FRANK, R., *Das Strafgesetzbuch für Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz*, 18.<sup>a</sup> ed., J. C. B. Mohr, Tübingen, 1931, p. 87; KOHLRAUSCH, E. / LANGE, R., *Strafgesetzbuch mit Erläuterung und Nebengesetzen*, 39-40.<sup>a</sup> ed., De Gruyter, Berlin, 1950, pp. 82 ss.

(11) BAUMANN J. / WEBER U. / MITSCH W. / EISELE J., *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 7.<sup>a</sup> ed., Giesecking, Bielefeld, 1975, p. 523.

(12) En Alemania, BIRKMEYER, K.v., *Die Lehre von der Teilnahme und die Rechtsprechung des Deutschen reichsgerichts*, Berlin, 1980, pp. 94 ss.



trinas apelan a un plus natural-causal en la tentativa en comparación con el simple acto preparatorio, lo que minimiza el ámbito propio de estos y lo que lleva, en nuestra opinión, a no explicar el comienzo de la tentativa y, mucho menos, lógicamente, el comienzo de la tentativa omisiva. Críticamente, cabe afirmar, como bien resalta Polaino Navarrete, que la teoría objetiva clásica «(e)s una emanación del –ya supe- rado– dogma causal»(13).

El debate puramente dogmático recobró fuerza con las *teorías clásicas subjetivas* (las teorías de la peligrosidad del autor(14) y las teorías de la voluntariedad de contravenir la norma(15)). En este sentido, coincidimos críticamente con Farré Trepát(16) que todas ellas parecen incapaces de adecuarse a la fórmula «dar principio de ejecución», porque estas teorías ampliaban de forma desmesurada el ámbito de los actos preparatorios.

Welzel, en cambio, con su *teoría individual objetiva (Ansatz-formel)*, consideraba que la acción humana tiene una finalidad: «la tentativa como tal está construida finalmente» y por tanto el dolo está inmerso en el injusto. De este modo, el desvalor del resultado desaparecía en la configuración *welzelriana*(17), pues la tentativa nace con

(13) POLAINO NAVARRETE, M., «Injusto de la tentativa y vigencia de la norma desde una perspectiva penal funcionalista», *El pensamiento filosófico y jurídico-penal de Günther Jakobs*, Flores Editor y Distribuidor, S. A. de C. V., México D. F., 2007, p. 731.

(14) Mayor revuelo levantaron estas teorías al normativizar la potencialidad delictiva del autor y basar la punibilidad en la posibilidad futura de peligro delictivo (*Wiederholungsgefahr*). De estos postulados vinieron diferentes teorías, pero críticamente todas ellas fallan en fundamentar la punibilidad con conceptos ambiguos como el de objeto, medio o sujeto, SALDAÑA, Q., *Adiciones a la traducción del Tratado de Derecho Penal de von Liszt*, t. III., 3.<sup>a</sup> ed., Reus, 1906, p. 33; SAUER, W., *Derecho penal, Parte general*, trad. Juan del Rosal y José Cerezo Mir, Bosch, Barcelona, 1956, pp. 166 ss. pp. 172 y 176. Desarrollos ulteriores, pero sin admitirse en exclusiva, CEREZO MIR, J., *Lo objetivo y lo subjetivo en la tentativa*, Facultad de Derecho, Universidad de Valladolid, 1964, p. 27; NÚÑEZ BARBERO, R., *El delito imposible, op. cit.*, pp. 55 y 171.

(15) Jurisprudencia del Tribunal del Reich, especialmente SS 24 de mayo de 1880, 15 de octubre de 1888. En España, CUELLO CALÓN, E., *Derecho penal. Parte general*, t. II, vol. 2, 18.<sup>a</sup> ed., Bosch, Barcelona, 1981, p. 648. En sentido similar la doctrina italiana, FERRI, E., *Principios de Derecho penal*, trad. José Arturo Rodríguez Muñoz, Reus, Madrid, 1933, pp. 490 ss; afirmaba que la voluntad y el hecho son independientes (*teoría sintomática*), GAROFALO, R., *Criminología. Estudio sobre el delito y sobre la teoría de la represión*, trad. Pedro Dorado Montero, La España Moderna, Madrid, 1890, pp. 414 ss. En Francia, GARRAUD, R., *Traité Théorique et pratique de droit pénal français*, 3.<sup>a</sup> ed., Larose et Forcel, Paris, 1924, p. 31 y pp. 514 ss; VIDAL, G., *Cours de Droit Criminelle*, I, Rousseau, Paris, 1947, pp. 161 ss.

(16) FARRÉ TREPAT, E., *La tentativa de delito, doctrina y jurisprudencia*, Bosch, Barcelona, 1986, pp. 220 ss.

(17) WELZEL, H., *Derecho penal alemán, op. cit.*, p. 224.

el comienzo de la ejecución del plan delictivo valorado desde la perspectiva del *hombre medio*.

Para fundamentar la punibilidad de la tentativa inidónea Welzel utilizó el concepto de *intensidad de la energía criminal* (integrado en el desvalor de la acción), a diferencia de la supersticiosa en la que la voluntad, por intensa que fuere, no merece punición por falta de capacidad –desvalor de la acción– para quebrantar objetivamente al ordenamiento jurídico: falta el merecimiento de la pena.

Las mencionadas teorías fueron progresivamente abandonadas, sin perjuicio de ser utilizadas parcialmente, por fundamentos normativos que tratan, como veremos, de ser sistemáticos.

### III. FUNDAMENTOS ACTUALES

Si bien hay diversos postulados para fundamentar la punibilidad de la tentativa (el enjuiciamiento de la acción peligrosa, desde su inicio, durante, en el fin de la acción o con posterioridad al resultado; desde la perspectiva de valoración *ex ante* –asumida mayoritariamente por la doctrina penal española(18)–, *ex post*(19) o *ex tunc*(20)), lo

---

(18) ALCÁCER GUIRAO, R., *La tentativa inidónea*, *op. cit.*, pp. 173 y 177; CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español, Parte General I, Introducción. Teoría jurídica del delito*, 5.ª ed., Tecnos, Madrid, 1996, pp. 94 ss; considera punible la tentativa inidónea absoluta siempre y cuando exista peligrosidad *ex ante* y sea dolosa, ÍD., «La regulación del «*iter criminis*» y la concepción de lo injusto en el nuevo Código Penal Español», *RDPC*, 2.ª época, núm. 1, 1998, p. 23; FARRÉ TREPAT, E., *La tentativa de delito, doctrina y jurisprudencia*, *op. cit.*, p. 36; MIR PUIG, S., *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*, 2.ª ed., Bosch, Barcelona, 1982, pp. 64 y 65; MUÑOZ CONDE F. / GARCÍA ARÁN M., *Derecho penal, Parte general*, *op. cit.*, p. 440; SOLA RECHE, E., *La llamada «tentativa inidónea» de delito, Aspectos básicos*, Comares, Granada, 1996, pp. 68 ss; SILVA SÁNCHEZ, J. M.ª, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992, p. 389.

(19) Perspectiva defendida inicialmente por la teoría objetiva de la peligrosidad. Actualmente, GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «Principio de ofensividad. Aplicación del Derecho penal y reforma penal», *PJ*, núm. 28, Ejemplar dedicado a: Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal, 1992, pp. 7 ss; COBO DEL ROSAL M. / VIVES ANTÓN T. S., *Derecho penal, Parte General*, 5.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 728 ss; si bien resalta que la conducta debe tener un adecuado potencial de *peligro* –previsibilidad– desde una perspectiva *ex ante*, pero la comprobación del *riesgo* debe realizarse *ex post*, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., «Algunas cuestiones sobre autoría, participación, tentativa, peligro e imprudencia, a propósito de «la responsabilidad penal por el producto»», *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Emilio Octavio de Toledo y Ubieto, Manuel Gurdíel Sierra, Emilio Cortés Bechiarelli (coords.), 2003, p. 837; ÍD., «Algunos límites de la tentativa con arreglo al Código Penal», *RP*, núm. 24, julio 2009, pp. 142 a 150.

(20) POLAINO NAVARRETE, M., «Injusto de la tentativa y vigencia», *op. cit.*, p. 732.

cierto es que gran parte de la doctrina y jurisprudencia en España defienden la *teoría del paradigma del bien jurídico*(21), detractora de la *teoría de la impresión*(22) y de la *teoría de la expresión*, cuyo fundamento como se verá es dual.

La teoría del paradigma del bien jurídico argumenta que lo penalmente relevante en la tentativa es la *peligrosidad concreta de la acción* desde una perspectiva *ex ante*, por lo que el desvalor del resultado es necesario en cuanto afecta inmediatamente al bien jurídico protegido. Amén de ello, se defiende que en la tentativa ya hay un resultado: el peligro de afección al bien jurídico. *De lege lata* ello determina la atenuación preceptiva de la pena bajo criterios cualitativos de un menor desvalor del resultado y una atenuación facultativa para la inacabada (art. 16 CP).

Cabe criticar, brevemente, a esta posición doctrinal por varios motivos: a) la peligrosidad inherente(23) así como el grado de ejecución o la proximidad son únicamente elementos que ayudan a la determinación de la pena pero no fundamentan la punibilidad; b) permite una escasa aplicabilidad del desistimiento en los delitos de peligro concreto –y en otros delitos– pues para esta teoría el peligro se ha consumado, lo cual hace negar a sus seguidores la *retroactividad del injusto* o la *modificación actual del hecho* (modificación de los riesgos y de la obligación del autor)(24); y c), asimismo, la doctrina crí-

(21) Íd., *ibídem*, *op. cit.*, nota 4.

(22) Se denuncia contra esta teoría que permite un adelantamiento punitivo que vulnera el principio de *ultima ratio*. FARRÉ TREPAT, E., «Consideraciones dogmáticas y de *lege ferenda* en torno a la punibilidad de la tentativa inidónea», *Estudios de Derecho Penal y Criminología, Libro Homenaje al Prof. Rodríguez Devesa*, vol. 2, UNED, Madrid, 1989, pp. 259 ss; SILVA SÁNCHEZ, J. M.<sup>a</sup>, *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 131 y 132; BALDÓ LAVILLA, F., *Estado de necesidad y legítima defensa*, Bosch, Barcelona, 1994, pp. 117 ss.

(23) También haciendo referencia a la peligrosidad exteriorizada del autor, ECHARRI CASI, F. J., «Tentativa y desistimiento: límites entre punibilidad e impunidad», *La Ley*, núm. 7, 2002, p. 1.681.

(24) JAKOBS, G., *Derecho penal, Parte general, Fundamento y teoría de la imputación*, trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, 2.<sup>a</sup> ed., Marcial Pons, Madrid, 1997, 26/19. Se refiere a que el desistimiento es una figura impune cuando se *modifica el hecho*, no así, por ejemplo, cuando se dispara a un sujeto asumiendo la probabilidad de matarle instantáneamente, pero si se le causa heridas ya no es modificable el riesgo de muerte instantánea, lo que en tal caso hará que *la evitación no supone desistimiento sino una conducta post-delictiva*; en sentido similar, JÄGER apela a la disminución del peligro, considerando que los riesgos no se abandonan mientras el sujeto tenga dominio sobre todos ellos, JÄGER, C., «El elemento volitivo en el desistimiento de la tentativa. Aportación para la asimilación de las Teorías de la Autoría y el Desistimiento», *ADPCP*, vol. 56, 2003, pp. 17 a 44.

tica(25) denuncia también la desproporcionalidad punitiva entre la tentativa y los delitos de peligro concreto.

Más interesante es la propuesta de otros autores(26) que defienden el *peligro abstracto* como fundamento, lo que no deja de ser criticable porque no puede identificarse el tipo subjetivo de la tentativa inidónea y el de los delitos de peligro abstracto al no exigirse en estos el dolo(27). Otros(28) atribuyen el fundamento de punibilidad a la *estadístico* o a la *prognosis posterior*. No obstante, estas posturas doctrinales también carecen de argumentos en nuestra opinión por dos razones: a) es posible la tentativa en los delitos de peligro abstracto aunque en improbables casos(29); b) existe una desproporción ilegítima del *quantum* de la pena en unos y en otros delitos, por ejemplo, en los delitos de emprendimiento.

Entonces: ¿un mismo fundamento en la tentativa idónea e inidónea es bastante argumento para fundamentar la punibilidad de la inidónea? Quienes(30) defienden un fundamento basado en la peligrosidad para

(25) DEMETRIO CRESPO, E., *La tentativa*, op. cit., p. 51.

(26) En España, BALDÓ LAVILLA, F., *Estado de necesidad y legítima defensa*, op. cit., p. 118; BUSTOS RAMÍREZ, J., «Castigo o impunidad de la tentativa inidónea», op. cit., pp. 91 ss. y pp. 97 ss; FUENTES OSORIO, J. L., «Formas de anticipación de la tutela penal», *RECPC*, núm. 8, 2006, pp. 9 y 10. Equipara algunos tipos de tentativa (325 y 472 CP) a los delitos de peligro, en concreto los delitos preparatorios y los de tentativa de participación a los de peligro abstracto, si bien reconoce que no se puede equiparar el tipo subjetivo de la tentativa y los de peligro, Íd., ibídem, op. cit., p. 33; SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, J. R., «Fundamento de la punición en la tentativa», *El nuevo Código Penal: Presupuestos y fundamentos, Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Granada, 1999, pp. 546 ss.

(27) ALCÁCER GUIRAO, R., *La tentativa inidónea*, op. cit., p. 228.

(28) CEREZO MIR, J., «Lo objetivo», op. cit., pp. 20 ss; Íd., «La regulación del «iter criminis» y la concepción de lo injusto en el nuevo Código Penal Español», op. cit., pp. 21 ss; Íd., «Actos preparatorios y tentativa», Adela Asúa Batarrita (coord.), *Jornadas sobre el nuevo Código penal de 1995*, celebradas del 19 al 21 de noviembre de 1996, Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, Servicio de Publicaciones, País Vasco, 1998, p. 46; DEMETRIO CRESPO, E., *La tentativa*, op. cit., p. 55; FARRÉ TREPAT, E., *La tentativa*, op. cit., p. 389; Íd., «Consideraciones», op. cit., pp. 273 ss; MIR PUIG, S., *Derecho penal, Parte general*, 10.<sup>a</sup> ed., 2.<sup>a</sup> reimp. actualizada y revisada, con la colaboración de Víctor Gómez Martín y Vicente Valiente Iváñez, Reppertor, Barcelona, 2016, 13/81 ss; MUÑOZ CONDE F. / GARCÍA ARÁN M., *Derecho penal, Parte general*, op. cit., p. 484; SOLA RECHE, E., *La llamada*, op. cit., p. 176; SILVA SÁNCHEZ, J. M.<sup>a</sup>, *El nuevo Código penal*, op. cit., pp. 130 ss.

(29) En contra gran parte de los defensores del bien jurídico, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., «Sobre autoría, participación, tentativa, peligro e imprudencia», *La Ley*, núm. 5, D-292, 2003, p. 2053.

(30) ALCÁCER GUIRAO, R., *La tentativa inidónea*, op. cit., pp. 176 ss. y pp. 466 ss; BACIGALUPO ZAPATER, E., «Sobre la tentativa inidónea en el Derecho vigente y en el Proyecto de Código penal», *La Ley*, núm. 2, 1981, p. 971; BLANCO LOZANO, C., *La omisión del deber de socorro en Derecho penal*, Bosch, Barce-

el bien jurídico lógicamente no aceptan la punibilidad de la tentativa inidónea que no sea peligrosa *ex ante*, precisamente porque la asimilan a la absolutamente inidónea. Por otro lado, quienes<sup>(31)</sup> –como en este trabajo– defendemos la punibilidad de la tentativa no peligrosa o inidónea *ex ante* objetivamente para el bien jurídico –sin aceptarse por ello la punibilidad de la irreal, supersticiosa– partimos del fundamento de la capacidad comunicadora del comportamiento.

A nuestro juicio, el fallo proviene de asimilar la tentativa inidónea que no sea objetivamente peligrosa a la tentativa irreal, supersticiosa o absolutamente inidónea, y quizá la confusión proviene por la derogación del artículo 52.2 CP que penaba la inidónea, hecho del cual algu-

---

lona, 2009, p. 292; GIMBERNAT ORDEIG, E., «Prólogo a la 2.<sup>a</sup> ed. del Código penal de Tecnos», Tecnos, Madrid, 1996, pp. 17 ss; LUZÓN PEÑA, D.-M., *Curso de Derecho penal, Parte general*, I, Universitas, Madrid, 1996, p. 469; MUÑOZ CONDE F. / GARCÍA ARÁN M., *Derecho penal, Parte general, op. cit.*, pp. 439 ss; POLAINO NAVARRETE, M., «Artículo 16», Manuel Cobo del Rosal (dir.), *Comentarios al Código penal*, vol. 1, Edersa, 1999, pp. 841 ss; SERRANO-PIEDRECASAS FERNÁNDEZ, J. R., «Fundamento de la punición en la tentativa», *op. cit.*, p. 546; SILVA SÁNCHEZ, J. M.<sup>a</sup>, *El nuevo Código penal, op. cit.*, pp. 133 ss; SOTO NIETO, F., «Tentativa relativamente inidónea: punibilidad», *op. cit.*, pp. 1498 y 1499. En Alemania, entre otros, ROXIN se acoge a la falta de merecimiento de pena al no ser peligrosa para el bien jurídico, ROXIN, Claus, «Acerca de la punibilidad de la tentativa inidónea», *Revista Latinoamericana de Derecho*, núm. 9-10, 2009, pp. 294 ss.

(31) GRACIA MARTÍN niega que sea necesario el resultado de peligro en la tentativa pues con la peligrosidad de la acción basta, GRACIA MARTÍN, L., «Sobre la punibilidad», *op. cit.*, pp. 348 ss. No obstante, comenta que la acción peligrosa no es el fundamento de la tentativa porque «basta con que el autor haya realizado actos que sean subsumibles en la acción típica», ÍD., *ibídem, op. cit.*, p. 344; si se acredita el peligro estadístico, MIR PUIG, S., «Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo código penal», *RECPC*, núm. 3, 2001, pp. 13 ss; ÍD., *Manuales de formación continuada*, núm. 4, Ejemplar dedicado a Problemas específicos de la aplicación del Código penal, 1999, pp. 13 ss; propone su tipificación *de lege ferenda*, MUÑOZ LORENTE, J., *La tentativa inidónea y el Código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 135 ss. Concretamente comenta MUÑOZ LORENTE que «es necesario resaltar que la «peligrosidad» es una característica de la conducta, independientemente del estado de peligro en que se encuentre un concreto objeto –*el Derecho penal no desvaloriza concretas situaciones o estados de un bien jurídico sino conductas tendentes y aptas para su lesión*–, y consistente en un juicio de pronóstico sobre la virtualidad, posibilidad o certeza de lesión del bien jurídico», ÍD., *ibídem, op. cit.*, p. 34; PÉREZ DEL VALLE, C., «La individualización de la pena y su revisión», en Bernardo del Rosal Blasco (coord.), *Estudios sobre el nuevo Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 57; pero sin aceptar la punibilidad de la tentativa no peligrosa por razón de la protección al bien jurídico y por razones de intervención mínima, SOLA RECHE, E., *La llamada, op. cit.*; ÍD., «Sobre el concepto de tentativa idónea», Fermín Morales Prats, Gonzalo Quintero Olivares, (coord.), *El nuevo Derecho penal español, Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, 2001, pp. 778 ss.; PESSOA, N. R., *Delito imposible*, Hammurabi, Buenos Aires, 1989, pp. 50 ss.

nos(32) se han servido para defender la impunidad. La pregunta que hay que despejar entonces es la siguiente: ¿es bastante para la punibilidad de la tentativa inidónea el fundamento de la imputación objetiva del dolo típico a un autor racional?

#### IV. TEORÍAS SUBJETIVO-OBJETIVAS

##### 1. La imputación de lo subjetivo en la representación del autor

La teoría subjetivo-objetiva, mayoritaria en Alemania (especialmente la teoría de la impresión), arguye que la representación del plan del autor sin base a las *leyes causales-naturales* solo refiere un mero deseo. De aquí que esta teoría se sirva de las leyes causales-naturales para determinar la idoneidad de la *objetivación del plan del autor*.

De esta teoría provienen diversas variantes, en especial, la teoría sobre el *error ontológico* y *nomológico*(33) que defiende la trascendencia que supone para la objetivación la diferencia entre el error sobre la causalidad de las leyes naturales (error ontológico) y la propia existencia de las leyes causales-naturales (error nomológico). Así, el primer error, desde este postulado, es punible al representarse el autor la comisión delictiva a través de leyes causales existentes, pues si estas leyes se hubieran desarrollado naturalmente el resultado se habría producido; mientras que en el error nomológico el autor yerra sobre la propia existencia de estas leyes, lo que significa la nula peligrosidad y, por ende, su impunidad. No obstante, críticamente se considera que en ocasiones será imposible discernir si estamos ante uno u otro tipo de error, y que esta distinción es innecesaria porque también la tentativa putativa es impune por un error nomológico(34).

(32) LUZÓN CUESTA, J. M.<sup>a</sup>, *Compendio de Derecho Penal, Parte General*, Dykinson, Madrid, 1996, p. 198; MORA ALARCÓN, J. A., *Suma de Derecho penal, parte general y especial*, Edisofer, Madrid, 1996, p. 155.

(33) GRACIA MARTÍN, L., «Política criminal», *op. cit.*, pp. 348 ss; STRUENSEE exige una causalidad idónea en la representación del autor, STRUENSEE, E., «Dolo de causar y causalidad putativa», *op. cit.*, pp. 934 ss.

(34) Críticamente, ALCÁCER GUIRAO, R., *La tentativa inidónea*, *op. cit.*, pp. 92 ss; BALDÓ LAVILLA, F., *Estado de necesidad y legítima defensa*, *op. cit.*, pp. 117 ss; CUELLO CONTRERAS, J., *PG*, *op. cit.*, p. 63; DEMETRIO CRESPO, E., *La tentativa*, *op. cit.*, pp. 77 ss; ÍD., *Prevención general e individualización judicial de la pena*, pról. Ignacio Berdugo Gómez de la Torre y Hans Joachim Hirsch, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1999, pp. 126 ss. y 159 ss; FARRÉ TREPAT, E., *La tentativa*, *op. cit.*, p. 330; ÍD., «Consideraciones», *op. cit.*; MORENO-TORRES HERRERA, M.<sup>a</sup> R., *Tentativa de delito y delito irreal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999,

## 2. La desobediencia a la norma: quebrantamiento de la vigencia normativa

Otras teorías defienden que el Derecho penal constituye una norma preventiva u *orientadora* de conductas. Toda norma que estableciese deberes quedaría en saco roto si renunciase a evitar la consumación, por ello, para algunas teorías, el fin del Derecho es *orientar* al ciudadano de tal forma que rechace iniciar lo injusto, esto es, que se adecúe a la norma sin exigir el fatal e hipócrita *moralismo kantiano* consistente en estar de acuerdo con la norma y sentirla como propia. En suma, se defiende desde este tipo de postulados que el *sentido comunicativo de la norma* va más allá de lo ontológico, y su función preventivo-general-positiva adquiere especial relevancia en los estados previos a la consumación.

### 2.1 LA IMPRESIÓN O ALARMA COLECTIVA COMO FUNDAMENTO DE LA TENTATIVA PUNIBLE

En concreto, la *teoría de la impresión*, mayoritaria en Alemania pero minoritaria en España, parte de un criterio de punibilidad basado en lo que entienda la sociedad como *relevante*. Podría decirse que parte de un criterio *psicológico-social*, apela a que la voluntad exteriorizada tiene capacidad para quebrantar la seguridad y la confianza que la sociedad tiene en la norma. La problemática de dicho fundamento viene de la determinación de lo que se entienda como relevante *psico-social*. Los predecesores de esta teoría defendieron que tanto el criterio de punibilidad en la inidónea como el comienzo de la tentativa se basaban en la *impresión de peligrosidad* o *impresión de amenaza*, valoradas ambas desde la perspectiva del juicio de una persona razonable. Pero paradójicamente esto mismo fundamentaba la impunidad de la tentativa supersticiosa, pues en ésta no se defrauda la confianza al faltar la posibilidad real o potencial de materializarse el resultado. Así, si el medio empleado en la tentativa es inidóneo desde un principio no existirá inseguridad en la colectividad, pero si se emplea uno idóneo y en el último momento por causas ajenas a la voluntad del sujeto el medio se configura como inidóneo, entonces, será punible

---

p. 333; MUÑOZ LORENTE, J., *La tentativa inidónea*, *op. cit.*, pp. 50 ss; SILVA SÁNCHEZ, J. M.<sup>a</sup>, *El nuevo Código penal*, *op. cit.*, p. 127; SOLA RECHE, E., *La llamada*, *op. cit.*, p. 106; TAMARIT SUMALLA, J. M.<sup>a</sup>, «La tentativa con dolo eventual», *ADPCP*, t. 45, Fasc/Mes 2, 1992, p. 532. En Alemania, JAKOBS, G., *PG*, *op. cit.*, 25/21; JESCHECK H-H. / WEIGEND T., *Tratado de Derecho penal, Parte general*, 5.<sup>a</sup> ed., ampliada y renovada, trad. Miguel Olmedo Cardenete, Granada, 2002, 49, II.

porque la inidoneidad se crea por circunstancias ajenas a ese autor con capacidad racional media.

Papageorgious(35) aporta un criterio distinto al del *hombre medio*. Utiliza el concepto *gente sensata*, es decir, lo que considera la sociedad como normal organización. Según este criterio habrá que analizar si la conducta tiene un potencial quebrantador de la vigencia normativa, si comunicativamente se siente como una amenaza por la sociedad y, para ello, ha de utilizarse, ahora sí –comenta Papageorgious– el criterio del *hombre* con conocimientos *medios* sobre lo nomológico y lo ontológico.

Más recientemente la *teoría de la impresión* exige además un verdadero *merecimiento de la pena* (perturbación en la confianza normativa de la sociedad). En tal sentido, cabe resaltar al respecto que el StGB en los § 22 y 23 parece refrendar esta teoría, ya que si bien se criminaliza generalmente la tentativa inidónea se acepta la posibilidad de la atenuación o la eliminación de la pena (§ 23.3.º) en casos de imposibilidad de consumación por *falta burda de entendimiento* del autor (en la tentativa supersticiosa e irreal) por no suponer ejecución alguna, aunque cabe añadir que hay quien admite la punibilidad de la supersticiosa(36).

Críticamente, cabe reprochar a esta teoría –como bien denuncian la doctrina española y parte de la alemana(37)– que falta la argumentación sobre la concreción objetiva de lo que es relevante o perturbable en la sociedad.

---

(35) PAPAGEORGIOUS-GONATAS, S., *Wo liegt die Grenze Zwischen Vorbereitungshandlungen und Versuch? Zugleich eine theoretische Auseinandersetzung mit dem Strafgrund des Versuchs*, Florentz, München, 1988, pp. 210 ss.

(36) KAUFMANN, A., *Dogmática de los delitos de omisión*, op. cit., p. 240.

(37) En España, ALCÁCER GUIRAO, R., *La tentativa inidónea*, op. cit., p. 343; DEMETRIO CRESPO, E., *La tentativa*, op. cit., pp. 77 ss; ÍD., *Prevención general e individualización judicial de la pena*, op. cit., pp. 126 ss. y 159 ss; FARRÉ TREPAT, E., *La tentativa*, op. cit., p. 330; MORENO-TORRES HERRERA, M.ª R., *Tentativa de delito y delito irreal*, op. cit., p. 333; MUÑOZ LORENTE, J., *La tentativa inidónea*, op. cit., p. 198; SOLA RECHE, E., *La llamada*, op. cit., p. 106; TAMARIT SUMALLA, J. M.ª, «La tentativa con dolo eventual», op. cit., p. 532. En Alemania, JAKOBS, G., *PG*, op. cit., 25/21. Critica que «no hay que atender al momento de la conmoción general, sino solo a la conexión con la realización del tipo, lo que no puede llevarlo a cabo la teoría de la impresión en cuanto a su contenido positivo. Ahora bien, negativamente puede establecerse que sin el poder de impresión del hacer no existe motivo alguno para constituir una tentativa», y sin éste el fundamento de punición de los actos preparatorios decaería. Ampliamente sobre el debate doctrinal en Alemania, FRISCH, W., «La atenuación del marco penal en la tentativa», trad. Marcelo A. Sancinetti *ADPCP*, t. 47, mes 2, 1994, pp. 159 a 192, trad. del original «Die Strafrahmnenmilderung beim Versuch», *Festschrift für Günter Spendel*, Berlin, 1992.



## 2.2 FUNDAMENTO FUNCIONALISTA DE PUNIBILIDAD: LA TENTATIVA COMO EXPRESIÓN DE SENTIDO CONTRA LA NORMA

Los fundamentos de los que parte Jakobs(38) han conseguido relegar a un plano secundario tanto al *paradigma de la protección de bienes jurídicos* como a la *teoría de la motivación de la norma*(39), y esto se debe a que, en verdad, lo que trata de proteger el Derecho penal no es todo ataque al bien (¡imposible normativa y materialmente!) sino su valor como expectativa generalizable, en este sentido su valor normativo para *orientar* la conducta de las personas de forma general en un horizonte de alternativas comportamentales. La doctrina puramente funcionalista(40) se adelanta a la protección de bienes jurí-

(38) HEGEL, G. W. F., *Principios de la filosofía del derecho o Derecho natural y ciencia política*, Edhasa, Barcelona, 1999; LUHMANN, N., *Sistemas Sociales. Lineamientos para una teoría general*, trad. Silvia Pappe y Brunhilde Erke, bajo la coordinación de Javier Torres Nafarrate, 2.ª ed., Anthropos, 1998, p. 72; ÍD., *El Derecho de la sociedad*, trad. Javier Torres Nafarrate, 2.ª ed., Herder, Universidad Iberoamericana, Biblioteca Francisco Xavier Clavigero, México, 2005; ÍD., *La sociedad de la sociedad*, trad. Javier Torres Nafarrate, Herder, México, 2007.

(39) ROXIN, C., *Derecho penal, Parte general*, t. I, *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, trad. y notas Luzón Peña / Díaz y García Conlledo / De Vicente Remesal, de la 2.ª ed. alemana, Civitas, Madrid, 1997, pp. 813 ss; ÍD., «Qué queda de la culpabilidad en Derecho penal», trad. Jesús-María Silva Sánchez, *CPC*, núm. 30, 1986, pp. 688 ss; GARCÍA ARÁN, M., «Culpabilidad, legitimación y proceso», *ADPCP*, t. 41, Fasc/Mes 1, 1988, p. 86; GIMBERNAT ORDEIG, E., «El sistema del Derecho penal en la actualidad», GIMBERNAT ORDEIG, E., *Estudios de Derecho penal*, 3.ª ed., Tecnos, Madrid, 1990, p. 174 ss; GONZÁLEZ MATEOS, J. C., «Esencia de la norma penal y antijuricidad de la tentativa», *op. cit.*, pp. 194 ss; MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho penal: concepto y método*, 2.ª ed. reimp., 1.ª ed. 1976, B de F, Montevideo, 2003, pp. 56 ss; MUÑOZ CONDE, F., *Introducción al Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1979, pp. 50 ss.

(40) LESCH, H. H., *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, P. Lang, Frankfurt am Main, New York, 1992; MÜSSIG, B., «Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría crítica del bien jurídico hacia el sistema», *RDPC*, núm. 9, 2002, pp. 169 ss; MYLONOPOULOS, C., Über das Verhältnis von Handlungs- und Erfolgsunwert im Strafrecht. *Eine Studie zur Entwicklung der personale Unrechtslehren*, Köln-Berlin-Bonn-München, Heymann, 1981, pp. 84 ss; v. NIEPOTH, B., *Der untaugliche Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt*, Frankfurt a. M., 1994, pp. 113 ss; VEHLING, K.-H., *Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch*, Schriften zum Strafrecht und Strafprozeßrecht, 4, Peter Lang, Frankfurt am Main, Bern, New York, Paris, 1991; ZACZYK, R., *Das Unrecht der Versuchten Tat*, Duncker & Humblot GmbH, Berlin, 1989. En España, BARDAVÍO ANTÓN, C., *Las sectas en Derecho penal: Estudio dogmático de los delitos sectarios*, Bosch, Barcelona, 2018, pp. 320 ss. y pp. 590 ss; POLAINO-ORTS, M., *Derecho penal del enemigo. Desmitificación del concepto*, pról. Günther Jakobs, Revisado por Miguel Polaino Navarrete, Grijley, Lima, 2006, pp. 27 ss; ÍD., *Derecho penal del enemigo. Fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia*, Bosch, Barcelona, 2009, pp. 47 ss., y 305 ss. y pp. 319 ss; ÍD., *Lo verdadero y lo falso del Derecho penal del*

dicos pero sin llegar a negarlos. Piénsese al respecto que los delitos de peligro concreto, diversas acciones típicas (promoción, facilitación y favorecimiento), los delitos de mera actividad, de omisión pura y de emprendimiento son buenos ejemplos de esa *función preventiva*. Con esto se significa que la tentativa es ya un quebrantamiento normativo de alto calado, es ya una *consumación normativa*, no una anticipación sin más: es un *injusto autónomo*.

De tal suerte resulta secundario el fin de protección de bienes jurídicos pero a su vez también resulta mediato(41) al fin de la prevención general positiva, pues a través de la *comunicación* de la vigencia de la norma se orienta el horizonte de alternativas sobre los deberes normativos y comportamientos que pueden realizar las *personas*, para que —en tanto sujetos racionales a los que se les reconoce derechos y deberes— reconozcan la norma penal adecuando su conducta a la norma.

Algunos(42) también acertadamente compatibilizan ambas tutelas. Especialmente Polaino Navarrete(43) comenta que Jakobs ha sabido diferenciar entre lesiones a bienes y lesiones a bienes jurídicos: «es la norma penal la que crea o reconoce una necesidad, un merecimiento de tutela penal a determinados bienes frente a determinados

---

*enemigo*, Grijley, Lima, 2009; aunque a favor de la compatibilidad de ambas tutelas, POLAINO NAVARRETE, M., *Derecho Penal, Parte General*, t. II, *Teoría jurídica del delito*, Bosch, Barcelona, 2000, pp. 546 ss; ÍD., *Derecho Penal, Parte General*, I, 5.<sup>a</sup> ed., colaboración de Miguel Polaino-Orts, Bosch, Barcelona, 2004, pp. 151 y 152; ÍD., «El injusto de la tentativa en el ejemplo de los delitos de mera actividad y de omisión pura. Sobre el concepto jurídico-penal de resultado», *RPJ*, núm. 72, 2003, pp. 59 a 88 (también en Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004); ÍD., «Injusto de la tentativa y vigencia», *op. cit.*, p. 711; REY SANFÍZ, L. C., *Tentativa jurídico-penal: acercamiento al tratamiento doctrinal del fundamento de los criterios de imputación entre naturalismo y normativismo*, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 100 ss; REYES ALVARADO, Y., *El delito de tentativa*, B de F, Buenos Aires, 2016, pp. 130 ss. y pp. 202 ss.; SANTA RITA TAMÉS, G., *El delito de organización terrorista: un modelo de Derecho penal del enemigo. Análisis desde la perspectiva de la imputación objetiva*, pról. Miguel Polaino-Orts, Bosch, Barcelona, 2015.

(41) JAKOBS, G., «¿Cómo protege el Derecho penal y qué es lo que protege? Contradicción y prevención; protección de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma», trad. Manuel Cancio Meliá, JAKOBS, G., *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, trad. Manuel Cancio Meliá y Bernardo José Feijoo Sánchez, 1.<sup>a</sup> ed., Thomson Civitas, Madrid, 2003, pp. 59 y 60.

(42) En España, ALCÁZER GUIRAO, R., *La tentativa inidónea*, *op. cit.*, p. 331; GARCÍA AMADO, J. A., «¿Dogmática penal sistémica? Sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal», *DOXA*, núm. 23, 2000, p. 242.

(43) POLAINO NAVARRETE, M., *Derecho Penal, Parte General*, t. II, *Teoría jurídica del delito*, *op. cit.*, pp. 546 ss; ÍD., *Derecho Penal, Parte General*, I, 5.<sup>a</sup> ed., *op. cit.*, pp. 151 y 152; ÍD., «El injusto de la tentativa en el ejemplo de los delitos de mera actividad y de omisión pura», *op. cit.*, pp. 59 a 88 (también en Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004); ÍD., «Injusto de la tentativa y vigencia», *op. cit.*, p. 711.

ataques: a partir de ahí, esos bienes naturales pasan a ser bienes jurídicos»(44). Pero Polaino Navarrete precisa que la *secuencia delito-pena* no se agota en la «autovigencia» de la norma, sino que ya el bien jurídico tiene un aspecto positivo en dicha secuencia que también alcanza esa intensidad de tutela preventiva comunicando al autor que su acción lesiva de «esos concretos bienes jurídicos no será gratuita, y del mismo modo, la protección penal de esos bienes no será en vano»(45). Por eso concluye que la vigencia de la norma no desplaza al bien jurídico a un segundo plano, el Derecho penal no tiene la tarea de impedir resultados lesivos, sería irreal y utópico, sino de seleccionar bienes y valores jurídicos que merecen protección, los bienes jurídicos(46). De esta forma de comprender la sinergia entre ambos postulados, se llega a la comprensión de que la protección de bienes jurídicos es el contenido y la prevención de delitos el fin(47). Dicha sinergia supone una relación entre bien jurídico y vigencia de la norma como medio-fin en la que la norma no tiene una función autoprotectora, sino que salvaguarda «inmediatamente» los bienes y valores relacionados con ella, y de esa forma se protege «mediatamente» la vigencia de la norma(48).

No obstante, el Derecho penal es incapaz por sí solo de proteger la vida, únicamente puede comunicar que tal acto constituye una operación negativa de un deber normativo. El delito no siempre pone realmente en peligro al bien jurídico espiritualmente entendido, pero sí debilita siempre la idea de vigencia normativa(49) o, como más acertadamente explica Polaino-Orts, la tentativa en sí misma ataca «otro bien tan digno y merecedor de protección: la seguridad cognitiva de los ciudadanos en la vigencia de la norma»(50). En los postulados funcionalistas no es el acto negativamente valorado de matar lo que se prohíbe, sino la comunicación del *sentido injusto del acto* y su *exteriorización en el mundo y especialmente en el código justo/injusto* del subsistema del Derecho penal. Por lo tanto, el *fin*(51) del Derecho

(44) POLAINO NAVARRETE, M., *Acción, omisión y sujetos en la Teoría del delito (De la posición de garante a la responsabilidad penal de las personas jurídicas)*, Grijley, Lima, 2009, pp. 160 y 161.

(45) ÍD., *ibídem*, *op. cit.*, pp. 162 y 163.

(46) ÍD., *ibídem*, *op. cit.*, pp. 164 y 165.

(47) ÍD., *ibídem*, *op. cit.*, p. 166.

(48) ÍD., *ibídem*, *op. cit.*, p. 168.

(49) V. NIEPOTH, B., *Der untaugliche*, *op. cit.*, p. 121.

(50) POLAINO-ORTS, M., *Derecho penal del enemigo. Fundamentos*, *op. cit.*, p. 353.

(51) JAKOBS, G., «¿Cómo protege el Derecho penal y qué es lo que protege? Contradicción y prevención; protección de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma», *op. cit.*, pp. 50 y 51. En concreto, ZACZYK sin negar la trascendencia

penal como estructura propia y diferencial de otros sistemas, es comunicar un horizonte de alternativas orientativo a la *persona*.

Entonces, la pena, desde estos postulados supone la comunicación del restablecimiento de la vigencia de la norma. Jakobs argumenta que el delito no es el quebrantamiento del bien jurídico sino la defraudación de la expectativa normativa (*Enttäuschung der normativen Erwartung*), la lesión de deber. No es el hecho material lo que comunica la negación de la norma sino lo *simbólico*(52) del acto, su expresión comunicante, lo que se toma del raciocinio de los sujetos como *social y comunicativamente relevante*(53) por la *racionalidad* del sistema del Derecho penal (*intercomunicación*). Por eso la teoría funcionalista entiende la norma como *subsistema funcional* del ordenamiento y de la Sociedad para asegurar las expectativas normativas de los ciudadanos. La defraudación de la *norma de flaqueo* –aquella que es protectora de la principal– es en sí misma ya un injusto, y de aquí que ciertas conductas preparatorias y la tentativa en general sean *estructuras normativas funcionales* para el mantenimiento del Sistema y de su diferenciación comunicativa: es o no es punible.

Amén de ello, la tentativa es ya en sí *un quebranto normativo o infracción*(54), un desvalor del resultado causado por una expresión negativamente relevante, el desvalor de la acción. De aquí subyace que el desvalor en la tentativa y el desvalor en lo consumado sea el mismo, únicamente se añade en este último un *plus cuantitativo*(55), el *resultado mayor de quebrantamiento normativo*(56). En lógica, el

---

del bien admite la unidad de la tentativa objetiva y subjetiva como quebrantamiento de la *relación interpersonal de la libertad*. La tentativa no viene configurada por la lesión parcial al bien jurídico sino por el quebrantamiento de la relación o idoneidad de la acción para desvirtuar la relación de confianza, ZACZYK, R., *Das Unrecht*, *op. cit.*, pp. 119 ss. En aquellos casos en los que la idoneidad dependa del sujeto pasivo y no de lo naturalístico, el injusto nacerá del quebrantamiento de la confianza normativa interpersonal. ÍD., *ibidem*, *op. cit.*, p. 251. De otra opinión, MYLONOPOULOS entiende que la tentativa supersticiosa no es punible por insuficiencia del grado de lesión al bien, lo que incapacita la comunicación de la negación normativa, MYLONOPOULOS, C., *Über das Verhältnis*, *op. cit.*, p. 87.

(52) Al respecto, LESCH, H. H., *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, *op. cit.*, p. 256.

(53) VEHLING, K-H., *Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch*, *op. cit.*, p. 130.

(54) Sobre ello, VEHLING, K-H., *Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch*, *op. cit.*, p. 87; POLAINO-ORTS, M., «Imputación objetiva: esencia y significado», KINDHÄUSER Urs / POLAINO-ORTS Miguel / CORCINO BARRUETA Fernando, *Imputación objetiva e imputación subjetiva en Derecho Penal*, Grijley, Lima, 2009, pp. 43 a 50.

(55) LESCH, H. H., *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, *op. cit.*, pp. 257 ss.

(56) JAKOBS, G., *PG*, *op. cit.*, 25/15: «El fundamento de punición de la tentativa es exactamente el mismo de la consumación». Particularmente, MYLONOPOULOS, C.,

desvalor del resultado en la inidónea es también el quebranto de la vigencia normativa(57), y de aquí que el resultado entendido como parte objetiva de la graduación ejecutiva del delito fundamente la *graduación de la pena* pero no la antijuridicidad(58), pues el resultado material –en sentido ontológico– solo se aprecia en el injusto consumado(59). De tal modo –como argumenta Polaino Navarrete– es posible la tentativa en los delitos de mera actividad simple y en los delitos de omisión pura, siempre y cuando sea posible –en virtud del grado de relevancia social– la *partición* de los actos(60).

Por el contrario, la *crítica*(61) al funcionalismo considera que el desvalor de la acción y del resultado se difuminan en el quebrantamiento de la vigencia de la norma.

Dicho todo lo anterior, es hora de plantearse precisamente una cuestión: ¿qué dota de sentido o relevancia penal objetivamente hablando a la tentativa? Explica Jakobs que «la libertad de organización interna que compete a cada persona responsable se sostiene sobre un sinalagma: la persona tiene que preocuparse de que su esfera de organización no salgan procesos causales dañosos... El abandono del dominio en perjuicio potencial de otro es, una tentativa en sentido material»(62). En su virtud, la punibilidad de la tentativa inacabada refrenda el postulado preventivo positivo que cumple la norma penal en contra del paradigma dualista –desvalor de la acción y del resultado– sin necesidad de esperar al inminente peligro de lesión al bien

---

Über *das Verhältnis*, *op. cit.*, pp. 84 ss. Considera MYLONOPOULOS que en la tentativa se aprecia tanto un desvalor de la acción (debilitación de la vigencia normativa) como un desvalor del resultado (lesión en la consideración social del bien jurídico), pero solo en los casos en los que la acción quebrante el fin de la norma, el deber de no lesionar. ÍD., *ibídem*, *op. cit.*, p. 59. En contra, aunque con ciertas reservas, POLAINO NAVARRETE, M., *Acción, omisión y sujetos*, *op. cit.*, pp. 169 ss. Aprecia que «esa diferencia de penalidad viene originado por el plus de peligrosidad o de lesividad que se refleja en el injusto consumado que –por lo general– es más contundente y más reprochable que en la tentativa».

(57) LESCH, H. H., *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, *op. cit.*, pp. 257 y 258.

(58) ÍD., *ibídem*, *op. cit.*, p. 202.

(59) ÍD., *ibídem*, *op. cit.*, p. 204.

(60) Por ejemplo –comenta el citado autor– en el delito de falso testimonio puede darse una tentativa ya sea porque no termina de pronunciarse la última palabra o, ya sea porque lo falsario se expresa con un monosílabo y éste se malinterpreta por un error acústico, POLAINO NAVARRETE, M., «Injusto de la tentativa y vigencia», *op. cit.*, p. 739. Esto también es apreciable en los delitos de *tentativa autónoma*, por ejemplo, en el inciso segundo del artículo 262 CP que tipifica la tentativa de apartar a «postores en concurso y subastas públicas», y en otros tipos como en los artículos 495.1 y 595 CP, ÍD., *ibídem*, *op. cit.*, pp. 740 y 741.

(61) ALCÁCEER GUIRAO, R., *La tentativa inidónea*, *op. cit.*, pp. 314 ss. y pp. 324 ss.

(62) JAKOBS, G., *PG*, *op. cit.*, 25/21.

jurídico (tentativa acabada). De este modo, lo que configura el desvalor de la acción es la vulneración de un ámbito de organización asumido por los sujetos o atribuido según su *rol común* o *especial*(63): el rol establece reglas y niveles de actuación u omisión en el riesgo permitido. Por ende, el *quantum* de la defraudación del riesgo permitido (libertad) del que cuenta la esfera de competencia del rol producirá el mayor o menor desvalor(64). No obstante, esto último (el quebrantamiento del rol) no es suficiente para imputar la tentativa, sino que faltará conocer el título de imputación (dolo o imprudencia) para atribuir relevancia penal al sentido de la acción, esto es, más allá de la mera casualidad o infortunio.

Con un ejemplo que expone Jakobs: «La tentativa inidónea por falta burda de entendimiento es una tentativa comunicativamente relevante pero la *cantidad* de su relevancia tiende a cero; por el contrario, en los casos de las «tentativas» que aquí se consideran atípicas, el autor incurre en un error de categorías: no alcanza la *cualidad* de lo comunicativamente relevante. Por supuesto que el error cualitativo también puede fundamentarse en la falta burda de entendimiento (los delitos putativos...), pero el § 23 apartado 3 StGB no regula un error burdo *que no alcance* el dolo típico, sino que regula el dolo típico burdamente erróneo. Ejemplo: si en una hoja informativa sobre plantas venenosas se incluyen por error las ortigas, una persona sin ningún tipo de conocimientos de biología se atenderá al contenido informativo de la hoja; dado que nada entiende sobre la materia –ni tan siquiera advierte los errores burdos– actúa de manera burdamente equivocada en el sentido de que no conoce lo que parece evidente. Sin embargo, es prudente atenerse a las hojas informativas en materias sobre las que se carece de conocimientos. Si hubiese prestado atención a sus sueños o hubiese deducido el carácter venenoso en función de haber encontrado alguna vez un animal muerto entre unas

---

(63) Ampliamente, JAKOBS, G., *La imputación objetiva en Derecho penal*, estudio preliminar Carlos J. Suárez González y Manuel Cancio Meliá, trad. Manuel Cancio Meliá, Civitas, Madrid, 1996, pp. 145 ss; ÍD., «La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales «riesgo permitido», «prohibición de regreso» y «principio de confianza»», trad. Enrique Peñaranda Ramos; JAKOBS, G., *Estudios de Derecho penal*, 1.ª ed., Civitas, Madrid, 1997, pp. 209 ss.; CARO JOHN, J. A., *La imputación objetiva en la participación delictiva*, reedición 2009, Grijley, Lima, 2003; PIÑA ROCHEFORT, J. I., *Rol Social y sistema de imputación. Una aproximación sociológica a la función del derecho penal*, pról. Jesús-María Silva Sánchez, Bosch, Barcelona, 2005; POLAINO-ORTS, M., *Derecho penal del enemigo. Fundamentos*, op. cit.; ÍD., *Lo verdadero y lo falso del Derecho penal del enemigo*, op. cit.; ÍD., «Imputación objetiva», op. cit., pp. 27 ss.

(64) VEHLING, K.-H., *Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch*, op. cit., pp. 124 ss. y p. 147.

ortigas, su dolo hubiese errado el tipo»(65). De aquí que la representación del autor puede ser comunicativamente relevante cuando se expresa racionalmente organizada, y ese ámbito de organización externo y concomitante al hecho objetivo y subjetivo es vital para hallar el *sentido social comunicante*, es decir, la seriedad de la perturbación *cognitiva-normativa* en la seguridad jurídica, el dolo típico, su ejecución y su punibilidad. Por el contrario, en la *tentativa supersticiosa* o *burdamente insensata* se excluye la pena o se rebaja altamente en el § 23.3 StGB, cuando el autor se representa el proceso causal del resultado desconectado totalmente de lo sensatamente establecido social y naturalmente, y por esto según dicha insensatez la pena se gradúa o elimina.

Esto es razón bastante para concluir que el comportamiento racional-comunicante fundamenta la punibilidad y la irrelevancia de la comunicación(66) la excluye. Como expondremos más detalladamente *infra*, la ejecución de lo cognitivo que supone el *dolo típico* fundamenta la punibilidad(67), pues sin éste estaríamos ante una tentativa irreal/supersticiosa, no así en uno putativo, pues, como acertadamente expone Jakobs, la *diferencia entre tentativa y delito putativo* no está en el conocimiento de lo prohibido, cuestión que trasciende en el delito putativo, sino en los límites marcados entre ambos(68), la ejecución típica.

(65) JAKOBS, G., «Representación del autor e imputación objetiva», trad. Carlos J. Suárez González, JAKOBS, G., *Estudios de Derecho penal, op. cit.*, p. 239, nota 32; ÍD., *PG, op. cit.*, 25/30; VEHLING, K-H., *Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch, op. cit.*, p. 124.

(66) Comenta JAKOBS que «(e)l autor no parte de una configuración del mundo comunicativamente irrelevante sólo en la tentativa supersticiosa, sino siempre que sustenta una visión del mundo incorrecta en cuanto a sus principios, es decir, cuando deriva sus conocimientos a partir de fuentes inadecuadas por principio (sueños, sentimientos intuitivos, inspiraciones, etc.) o los «procesa» de modo inapropiado por principio... Por eso, solo la organización racional puede constituir organización relevante», JAKOBS, G., *PG, op. cit.*, 25/22.

(67) JAKOBS, G., «La idea de la normativización en la dogmática jurídico-penal», trad. Manuel Cancio Meliá del manuscrito *Die Idee der Normativierung in der Strafrechtsdogmatik*, JAKOBS, G., *Sobre la normativización de dogmática jurídico-penal, op. cit.*, pp. 34 y 35; POLAINO NAVARRETE, desde una posición intermedia pero en armonía a lo anterior, considera que el injusto de la tentativa se constituye formalmente por una «desautorización de la norma», y materialmente por «una puesta en peligro de un concreto bien jurídico protegido», concepción que para nada —comenta— sea contradictoria. Por ello «(c)uando los elementos realizados para la consecución del resultado normativo son idóneos, entonces no es que sea el injusto irreal, ideal o representado, sino normativamente real y existente», POLAINO NAVARRETE, M., «Injusto de la tentativa y vigencia», *op. cit.*, p. 73.

(68) JAKOBS, G., *PG, op. cit.*, 25/41 a 25/42.

Así las cosas, la teoría funcionalista justifica un menor ámbito de punición de la tentativa inidónea, supersticiosa o irreal en comparación con la teoría de la impresión, en la que el simple hecho de matar con medios burdos *puede ser punible* para algunos, aunque según el grado de lo burdo puede rebajarse o eliminarse la pena (menor merecimiento de la pena). Así también, en los postulados funcionalistas la esencia de la *delimitación* entre *preparación* y *tentativa inacabada* está en la disposición a realizar el comportamiento, es decir, en la representación del autor sobre el comienzo de la acción injusta se revela el comienzo de la ejecución más allá de lo preparado, más allá de los pensamientos o deseos, lo que fundamenta que el concepto de peligro inminente o potencial(69) es únicamente descriptivo pero significativo para la determinación de la pena. De este modo el concepto de *inmediatez* no ha de ser entendido como criterio cuantificable en lo potencial, temporal o material, sino como criterio subjetivo del plan(70) (*representación*) del autor objetivamente probado mediante la organización irrogada por los roles suscritos en cada caso concreto. No es de extrañar, entonces, que Jakobs establezca unas *directrices*(71) sobre el comienzo de la tentativa, pues *una fórmula general no es válida*: la sociedad provee de infinitos contextos y ámbitos de organización posibles.

La teoría funcionalista constituye una oposición frontal a los partidarios ortodoxos del paradigma de los bienes jurídicos quienes se ven abocados a entender la tentativa como un desvalor de la acción sin resultado, y precisamente esta incoherencia les dificulta la explicación de la punibilidad de tentativa inidónea no peligrosa. Ahora es entendible que en un sistema funcional la *pena* constituye la restitución proporcional del quebranto normativo(72), es simbólica y su comunicación se dirige tanto al autor como a la generalidad de una determinada

(69) Íd., *ibídem*, *op. cit.*, 25/56 y 25/57.

(70) Se puede utilizar el término *plan* por ser más comprensible, sin embargo, es sabido que puede actuarse dolosamente sin un plan preconcebido, «en un estado de arrebató pasional», Íd., *ibídem*, *op. cit.*, 25/24.

(71) Íd., *ibídem*, *op. cit.*, 25/64 a 25/70.

(72) También se dice que la pena es la reacción al quebrantamiento de una norma (*Reaktion auf einen Normbruch*), JAKOBS, G., *Sobre la teoría de la pena*, Cuadernos de conferencias y artículos, núm. 16, Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 16. Críticamente, FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Prevención general positiva: estabilización normativa mediante imposición de males. Una réplica a la teoría de la pena de Günther Jakobs», pról. Günther Jakobs, Manuel Cancio Meliá y Bernardo José Feijoo Sánchez (coords.), *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad*, Seminario con Günther Jakobs en la UAM, Cizur Menor, Thomson-Civitas, Navarra-Madrid, 2008, pp. 148 y 153. En concreto considera que «(e)l propio autor en sus últimos trabajos considera que la prevención general negativa se halla contenida en la positiva.



sociedad. Lo *relevante del delito* es que en la representación del autor exista una racional idoneidad(73) del ámbito de organización objetivamente(74) configurado, pero a su vez, subjetivamente intercomunicado (*plan/representación*). Esto significa que la punibilidad se fundamenta primigeniamente en que el plan ejecutado contenga un *mínimo de racionalidad con capacidad comunicativa de negación de la norma (idoneidad intercomunicativa)*, a pesar de una inidoneidad objetiva.

## V. CONSIDERACIONES PROPIAS

### 1. Introducción

La Sociedad como Sistema de los demás subsistemas (Política, Derecho, etc.) fundamenta la configuración normativa, su vigencia, lo que no quiere decir que «las personas –comenta Jakobs– queden sometidas al colectivo», pues precisamente en virtud de la configuración normativa de la Sociedad «(l)as personas, que son constituidas por el reconocimiento social en portadoras de derechos y obligaciones, adquieren en esta vinculación social una existencia real y no meramente imaginada»(75). Por esto mismo, lo imaginario, aunque pueda constituir un plan con fin delictivo, constituye lo irreal o supersticioso(76) porque no supera la *mínima racionalidad* o, superándola

---

Si esto es así, en sociedades donde la tendencia dominante sea la infidelidad parece que el recurso al dolor y al sufrimiento debe ser mayor».

(73) ZACZYK, R., *Das Unrecht*, op. cit., p. 252. Comenta que «(c)uando menos se establezca la relación jurídica por medio de fuerzas trascendentes, menos puede constituir injusto conjurar tales fuerzas»; JAKOBS, G., *La autoría mediata con instrumentos que actúan por error como problema de imputación objetiva*, Cuadernos de conferencias y artículos, núm. 15, Universidad Externado de Colombia, 1.ª ed., Bogotá, 1996, p. 9; ÍD., *PG*, op. cit., 25/36; ÍD., «Representación del autor», op. cit., pp. 223 ss; ÍD., «Criminalización en el estado previo a la lesión de un bien jurídico», trad. Enrique Peñaranda Ramos, JAKOBS, G., *Estudios de Derecho penal*, op. cit., pp. 293 ss.

(74) JAKOBS, G., *PG*, op. cit., 25/1a.

(75) JAKOBS, G., *El Derecho penal como disciplina científica*, 1.ª ed., Cuadernos Civitas, Thomson, Madrid, 2008, p. 102.

(76) La Sociedad es una entidad distinta a la de las personas que configura en cada tiempo y espacio lo que se reconoce o se comunica. Si acotamos ese ámbito al de una acción injusta intentada también tendremos que determinar lo *relevante*, lo *comunicante* dentro de un espacio-tiempo y sistema determinado. Por ejemplo, el hombre primitivo carecía de responsabilidad propia pero sí de culpabilidad por *ocultación del hecho*. Se le castigaba con una pena destinada a restablecer el orden natural, es decir, no se entendía como una pena personal. Esto tiene reminiscencias en la actualidad: la

la acción no es típica (delito putativo). Por consiguiente, la mínima racionalidad depende del espacio-tiempo social de cada sistema, esto es, del Sistema de la Sociedad y, en consecuencia, gradúa lo normativo. Tal y como expresa Luhmann, la Sociedad se auto-normativa (*sistema autopoietico*(77)) y de tal modo habrá de entenderse que sus características son elementos básicos de la normativización y forman de tal modo «un sistema determinado que tiene vida propia al que se le puede llamar la conciencia colectiva o común»(78).

Lo anterior concuerda con los postulados de Jakobs: «La transición de un estado primitivo carente de normas a un estado regido por el Derecho tiene lugar mediante la institucionalización de derechos y libertades garantizadas»(79). De aquí que se haya comentado que la Sociedad es un sistema propio, autorreferencial y autopoietico(80) que se individualiza y se autonormativa diferenciándose de sus *entornos*, y esto mismo ocurre en cada ámbito concreto, también entre víctima y autor, en el que hay que diferenciar el sentido de la comunicación: competencias, roles, quebrantamiento normativo, confianza, el *sentido de la comunicación*. En definitiva, si una comunicación entra o no en el ámbito del subsistema del Derecho penal y en qué medida.

Los anteriores postulados son aplicables al Derecho penal y al fundamento de punibilidad de la norma y de un comportamiento. El problema sobre la punibilidad de la tentativa viene de que el tradicional concepto de *hombre medio* deja impunes comportamientos que contienen un mínimo de organización racional. En nuestra opinión, tal

---

pena no tiene una función retributiva, sino la de restablecer la seguridad cognitiva de la sociedad en la vigencia normativa. Similarmente, NIETZSCHE, F., *El crepúsculo de los ídolos o cómo se filosofa con el martillo*, 1.ª ed. revisada, Alianza Editorial, Madrid, 1998, p. 95.

(77) LUHMANN, N., *Sistemas Sociales*, op. cit., pp. 54 ss. y p. 56: «En el caso de los sistemas sociales, el estado de cosas es distinto en un doble sentido: por un lado, no existe ninguna comunicación fuera del sistema de comunicación de la sociedad. Este sistema es el único que utiliza este tipo de operación, y es en esta medida real y necesariamente cerrado, lo cual, por otro lado, no es válido para los otros sistemas sociales».

(78) ÍD., ibídem, op. cit., p. 46.

(79) JAKOBS, G., «Sobre los grados de la incumbencia. Reflexiones sobre el origen y la importancia de los deberes de actuación y tolerancia», JAKOBS, G., *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, op. cit., p. 136. Y también le asistía la razón a NIETZSCHE: «Una ley que tiene éxito y es necesaria en un ciclo de leyes, puede estar fuera de lugar y ser probablemente destructora en otro», NIETZSCHE, F., *Mi hermana y yo*, 14.ª ed., Biblioteca Edaf, 2008, pp. 50 ss.

(80) LUHMANN, N., *Sistemas Sociales*, op. cit., pp. 54 ss. Ampliamente sobre dichos postulados, BARDAVÍO ANTÓN, C., *Las sectas en Derecho penal: Estudio dogmático de los delitos sectarios*, op. cit., pp. 55 ss. y pp. 320 ss.

y como desarrollaremos seguidamente, el fundamento de punibilidad del Derecho penal y particularmente de la tentativa es la norma (legitimación) que criminaliza la conducta ejecutada mediante un mínimo cognitivo-social (dolo).

## 2. Sobre el fundamento de punibilidad en la tentativa idónea y su comienzo

Para la labor que tratamos de fundamentar nos puede servir la delimitación e inicio de la tentativa. Jakobs(81) considera que no pueden formularse reglas fijas para apreciar el inicio de la tentativa sino únicamente *directrices generales*. En concreto comenta las siguientes:

a) *Que la acción se aproxime a la consumación según la representación del autor.* De este modo, el concepto de *inmediatez* ha de ser entendido mediante la objetivación del criterio subjetivo del plan/representación del autor. Esto, en nuestra opinión, solo puede efectuarse analizando el ámbito de organización concreto, el rol y las competencias.

b) *Que la acción sea ya la propia acción de ejecución.* Al respecto Jakobs afirma que no es tentativa –generalmente– dirigirse al lugar del delito. Habrá que analizar la configuración social de dicha acción para discernir entre un acto preparatorio o una tentativa.

c) *La proximidad temporal sin interrupción.* En verdad, y en contra de parte de la doctrina, una alta diferencia temporal entre acción y resultado no impide el inicio de tentativa, pues, como explicaremos, quien intenta puede haber planeado que la consumación se materialice tiempo después.

d) *La propia consideración de la representación del autor en ámbitos de organización en los que la víctima organiza sus derechos de modo socialmente usual.* *Sensu contrario*, si la conducta de la víctima es inusual, habrá concurrencia de culpas o *auto-puesta* en peligro.

De lo dicho se puede extraer que el inicio de la tentativa deviene del quebrantamiento de la competencia del rol y no estrictamente de la acción finalista(82). Con un ejemplo: quien compra una pistola sin conocer el lugar donde vive la víctima únicamente prepara el delito, y quien la compra conociendo el domicilio de la víctima y se dispone hacia éste, comienza a dotar de sentido a los elementos preparatorios (pistola, coche, conocimiento de lugar de la víctima, plan, y acción de

(81) JAKOBS, G., *PG, op. cit.*, 25/64 a 25/70.

(82) En contra, CUELLO CONTRERAS, J., *PG, op. cit.*, pp. 6 y 7.

dirigirse). Solo cuando se termine de dotar de sentido a estos actos preparatorios en un contexto determinado, independientemente de la lejanía temporal y espacial de la lesión, se rebasará la simple sumatoria de elementos preparatorios y, por ende, se iniciará la tentativa conforme a un *potencial de sentido* relevantemente reprochable.

En el ejemplo anterior, el último acto preparatorio activado no contendrá sentido de ejecución hasta que no haya terminado (llegar al domicilio) y, además, se pueda conocer que hay intención entrar. Es decir, el sentido de la ejecución comenzará cuando terminado el último acto preparatorio se inicie una acción independiente, por ejemplo, cuando se llame al domicilio o se intente entrar. Asimismo, quien se presenta de madrugada con una pistola en una gasolinera claramente ha rebasado los actos preparatorios más allá de la simple sumatoria de los mismos (dirigirse a la víctima, pistola, coche, etc.) y, por lo tanto, dicha acción podrá imputarse como tentativa al terminar la *secuencia*(83) preparatoria alcanzando así sentido criminal(84). Entonces, la acción en sí no aporta nada si no se analiza la competencia del rol, pues, por ejemplo, portar un arma nada significa si lo hace un agente de policía durante sus funciones, no así cuando la porta un ciudadano normal en la puerta de una gasolinera en plena noche, sin dinero, y hace el amago de entrar.

De lo anterior también se extrae que no es esencial la temporalidad o la inminencia de afección al bien jurídico para entender ejecutada la tentativa. Con otro ejemplo: A deja preparado un veneno en la limonada de B una semana antes de su vuelta a sabiendas de que B la beberá cuando regrese del viaje. Aquí el autor ha hecho todo lo necesario para esa producción (proximidad temporal sin interrupción), por lo que si bien la temporalidad y el espacio ayudan a comprender la tentativa no resultan esenciales cuando la lejanía temporal o espacial se configuran de forma ininterrumpidas(85).

(83) Amplias referencias, POLAINO NAVARRETE, M., «Injusto de la tentativa y vigencia», *op. cit.*, p. 713, nota 9.

(84) Ejemplo similar al de: VEHLING, K-H., *Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch*, *op. cit.*, pp. 124 ss, y p. 147; también, JAKOBS, G., *PG*, *op. cit.*, 25/63.

(85) En un sentido metafórico, si la tentativa fuese música, los actos preparatorios serían la partitura y la suma de notas y la tentativa cuando éstas alcanzan armonía en sentido musical, más allá de la simple suma de sonidos. Si las notas adquieren sonido faltará aún por valorar un elemento más para considerarlas tentativa, la *idoneidad* entendida como *intercomunicación*, la *expresión* de sentido musical, que los actos preparatorios, el comienzo de la tentativa y el plan delictivo tengan la mínima racionalidad exigible en el ámbito de organización concreto. En nuestra opinión, como explicaremos *infra*, habrá tentativa a pesar de que la música sea incapaz de conmover o transmitir sentido a la generalidad, esto es, habrá tentativa a pesar de la inidoneidad (falta de peligro) para afectar al bien. Metafóricamente, para

Esto nos lleva nuevamente a negar los tradicionales conceptos de peligrosidad, objeto, medio o sujeto inidóneos, en sustitución de otro que ya hemos perfilado: *la capacidad del autor de dominar la causalidad mediante una racionalidad mínima*. Por consiguiente, la tentativa se inicia penalmente (relevantemente) cuando el autor, según la representación causal del delito concebido, aúna los medios preparatorios en tal sentido que contengan una unidad valorativa relevante para la producción de las consecuencias queridas con la ejecución, más allá de una valoración sumatoria de los mismos, es decir, habrá inicio relevante cuando se terminen de ejecutar los actos preparatorios y se aúnen de tal manera que alcancen un *plus de sentido criminal*(86). En un sentido similar se pronuncia muy acertadamente Cuello Contreras. Considera que la tentativa comienza «cuando conforme al plan del autor, se ha creado ya la situación óptima en la que, sin solución de continuidad, puede realizar su propósito, es decir, ejecutar al menos un acto que sin duda representa el comienzo de ejecución del tipo»(87).

Entonces, en nuestra opinión, el fundamento de la punibilidad de la tentativa ya no es la peligrosidad(88) ni la idoneidad(89), sino su imputación: la imputación objetiva del dolo concomitante en la acción o, con otras palabras, la conducta racionalmente desviada de las acciones propias del concreto rol en su estricto ámbito de organización. Ni en la tentativa idónea ni en la inidónea el fundamento de punibilidad se refiere al peligro de lesión, pues la peligrosidad solo describe un contexto criminal que, si bien puede aumentar la penalidad, no es esencial para fundamentar la punibilidad. Por eso dice Jakobs que «(el peligro, como concepto cuantificable, es inidóneo, pues entre preparación y tentativa se pueden distinguir a lo sumo grados de peligro, pero

---

que exista música no hace falta que alguien la oiga, ni que la generalidad la sienta como tal, únicamente hace falta que cumpla con los requisitos de armonía, que estén configurados racionalmente, por eso una partitura que refleje un conjunto de notas es una tentativa cuando se hace sonar (creación artística) si éstas han rebasado la configuración simple de los sonidos. Con dicho argumento se anula la teoría de la impresión.

(86) En este sentido, CUELLO CONTRERAS, J., «Sobre el tipo de tentativa», *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Madrid, 2005, p. 260.

(87) CUELLO CONTRERAS, J., *PG, op. cit.*, p. 89.

(88) Así también parte de la doctrina, CUELLO CONTRERAS, J., *PG, op. cit.*, pp. 11 y 12; GONZÁLEZ MATEOS, J. C., «Esencia de la norma penal y antijuricidad de la tentativa», *op. cit.*, p. 205.

(89) SCARANO, Luigi, *La tentativa*, Temis, Bogotá 1960, p. 294: «No vale observar (...) que si la idoneidad demostrada ex ante equivale a la adecuación, terminará ella por identificarse completamente con el peligro. La idoneidad significaría, en resumen, otra cosa que la peligrosidad de la acción».

no... cualitativamente distintos»(90). De tal manera, la *defraudación de las expectativas* que se concretan en la ejecución de un *plan mínimamente racional* constituye una *organización relevante* y el fundamento de la punibilidad.

La defraudación de expectativas y la configuración de la organización sirven para determinar el comienzo de la tentativa y su punibilidad. Debemos aclarar esto con dos postulados:

1.º El quebrantamiento del rol mediante una racionalidad mínima (dolo) genera por sí mismo un desvalor de la acción y un quebrantamiento de la seguridad cognitiva que los ciudadanos tienen en la idea de que la norma es vigente, sin que se precise que se haya puesto en peligro al bien jurídico.

2.º En los casos en los que el sujeto actúa conforme a su rol, es decir, sin defraudar la expectativa generada en la sociedad(91), el peligro no podrá ser imputado porque forma parte de su libertad como rol (esfera de competencia del rol). Con un ejemplo: quien intenta pagar una deuda exigible a sabiendas de que el acreedor la va a utilizar para financiar a una organización terrorista no le es imputable nada, pues si bien esto entraña un peligro *causal*, este no es imputable penalmente al sujeto, que es lo mismo que decir que no hay dolo típico o que es un riesgo permitido (*prohibición de regreso*).

Con otros ejemplos Vehling(92) expone esta idea. Considera que no hay tentativa alguna en el llamado *caso de las bolsas de pimienta* pues la acción de quien intenta robar con estas tirándolas a los ojos de los pasajeros que suban al tranvía y antes de que suban es atrapado no revela por sí misma la realización típica perseguida, no revela ejecución: está socialmente permitido por la generalidad portar bolsas de pimienta. En nuestra opinión, este caso únicamente puede ser entendido como un acto preparatorio y ejemplifica precisamente lo dicho *supra*: si bien los actos preparatorios están acabados no se han utilizado con el sentido prohibido por la norma y, por ende, no se ha iniciado una ejecución propiamente dicha, como sería el caso de intentar lanzarlas a los ojos del dependiente. Mientras que quien se presenta en una gasolinera a altas horas de la madrugada portando armas inicia ya una ejecución, pues no es socialmente adecuado portar armas cuando se quiere entrar en un establecimiento de este tipo. En este caso, si bien no se ha empleado aún el arma, el sentido ejecutivo ha comenzado desde el momento en el que el sujeto se ha colocado en la puerta haciendo amago de entrar.

(90) JAKOBS, G., *PG, op. cit.*, 25/15.

(91) VEHLING, K-H., *Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch, op. cit.*, pp. 124 ss.

(92) ÍD., *ibídem, op. cit.*, p. 147.

### 3. El fundamento de punibilidad de la tentativa inidónea: la racionalidad mínima en un concreto sistema de comunicación y persona

*De lege lata* la problemática sobre la punibilidad de la tentativa parte de la derogación del artículo 52.2 CP anterior, en donde se recogía la punibilidad de la inidónea (delito imposible<sup>(93)</sup>), pero la problemática también deviene del actual artículo 16 CP con su vocablo *objetivamente*<sup>(94)</sup>. Cabe decir en armonía con Silva Sánchez<sup>(95)</sup> que el artículo 16 CP, en contra de la opinión de parte de la doctrina<sup>(96)</sup>, no imposibilita la punibilidad de algunas tentativas inidóneas en el sentido objetivista de esta expresión (de ello son buen ejemplo los delitos de emprendimiento<sup>(97)</sup>, por ejemplo, el artículo 423 CP), pues desde una panorámica estrictamente objetivista, la cual toma *todos* los elementos conocidos *ex ante*, parece claro que la mayoría de tentativas no serían punibles pero más aún toda tentativa sería inidónea desde una perspectiva *ex post*. Así también el requisito «deberían producir el resultado» del artículo 16 CP desde un sentido estrictamente objetivo excluye las tentativas poco probables, con lo que parecería exigirse una alta probabilidad del resultado para la punibilidad, pero este planteamiento dejaría impune muchas de las tentativas, sobre todo aquellas ejecutadas con pocas probabilidades, las *arriesgadas* como explicaremos *infra*.

En otro sentido, desde una interpretación *intersubjetiva* –*intercomunicativa* diríamos nosotros– en la que toda persona mínimamente

(93) Ampliamente sobre el debate doctrinal en España sobre la delimitación entre delito imposible y delito frustrado y recomendando la derogación del delito imposible, RODRÍGUEZ MOURULLO, G., «Delito imposible y tentativa de delito en el Código penal español», *ADPCP*, t. 24, mes 2, 1974, pp. 369 a 389.

(94) Lo equipara al *hombre medio* con los conocimientos defectuosos del autor y los nomológicos y objetivos, GIMBERNAT ORDEIG, E., «Diatriba del Nuevo Código Penal», *La Ley*, núm. 3, 1996, p. 1335; considera que es la adecuación de la representación del autor a los conocimientos sobre lo nomológico, GRACIA MARTÍN, L., «Sobre la punibilidad», *op. cit.*, pp. 358 y 359; SILVA SÁNCHEZ, J. M.<sup>a</sup>, *El nuevo Código penal*, *op. cit.*, p. 137.

(95) SILVA SÁNCHEZ, J. M.<sup>a</sup>, *El nuevo Código penal*, *op. cit.*, pp. 133 ss.

(96) GONZÁLEZ MATEOS, J. C., «Esencia de la norma penal y antijuricidad de la tentativa», *op. cit.*, p. 202.

(97) POLAINO NAVARRETE, M., «Injusto de la tentativa y vigencia», *op. cit.*, p. 742. Comenta en concreto que los delitos de emprendimiento «implican sin más la equiparación de la tentativa con la consumación (...) que implica introducir un tratamiento valorativo que es extraño al sistema general incriminador del *iter criminis*» (cursiva del autor); ÍD., *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, t. II, 2.<sup>a</sup> ed. corregida y actualizada, Tecnos, Madrid, 2016, pp. 250 ss.

racional habría considerado factible el resultado desde una perspectiva *ex ante*, el objetivismo puro desaparece para reafirmar que el peligro no desempeña un papel *esencial*, sino secundario. Lo relevante es si realmente el comportamiento ha quebrantado racionalmente la norma, si se ha quebrantado el rol de forma racional, si se ha traspasado los actos preparatorios, en definitiva, si se le puede *imputar ese comienzo a una persona racional*, ya sea a título *doloso* (punible) o acabe en *imprudente* (no punible), sin perjuicio de los delitos de peligro, y para esto es preciso conocer el *sentido de la comunicación* en un concreto ámbito: *sistema de comunicación*.

A partir de aquí habrá que comprobar además si dicha comunicación se produce concretamente en el sistema del Derecho penal, es decir, si se produce un *sistema de comunicación* (acoplamiento estructural/interpenetración) entre el comportamiento de autor, la víctima y el Derecho penal (*programas condicionales*)(98), esto es, un *sistema de interacción*, lo cual remite a la pregunta sobre el quebrantamiento de las competencias en un determinado contexto organizacional que vulnere la norma, de forma tal que, negativamente afecte a la previa *orientación positiva* que el Derecho penal ha realizado para que el sujeto obrara conforme a la norma(99). Para ello el concepto de *racionalidad mínima* que tratamos de asentar tiene estrecha vinculación, por no decir que se corresponde, con el *concepto normativo de persona*(100) y no con la doctrina del hombre medio u hombre razona-

(98) Ampliamente sobre los conceptos nada pacíficos de sistema de interacción, acoplamiento estructural e interpenetración, LUHMANN, N., *La sociedad de la sociedad*, op. cit., p. 58, pp. 66 ss., p. 295, pp. 615 ss., pp. 646 ss; sobre lo anterior y los *programas condicionales*, GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «Teoría de sistemas y Derecho penal: culpabilidad y pena en una teoría constructivista del Derecho penal», Carlos Gómez-Jara Díez (edit.), VV.AA., *Teoría de sistemas y Derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, Comares, Granada, 2005, pp. 406 ss.

(99) Tampoco resulta pacífica la función del Derecho penal en la propia doctrina funcionalista, entre una función de las normas de *orientación* de conductas o de *aseguramiento contrafáctico de expectativas*, ampliamente sobre la intensa polémica, PEÑARANDA RAMOS, E., «Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del delito», *Teoría de sistemas y Derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, op. cit., pp. 223 ss.

(100) HEGEL, G. W. F., *Fundamentos de la filosofía del Derecho*, trad. Carlos Díaz, 1.ª ed., Ed. K. H. Iltting, Libertarias/Prodhufi, 1993, p. 178: «La personalidad contiene en general la capacidad jurídica y constituye el concepto y el fundamento también abstracto del derecho abstracto y por ello *formal*. El precepto jurídico reza, por ende: *Sé persona y respeta a los demás como personas*»; JAKOBS, G., «La idea de la normativización en la dogmática jurídico-penal», JAKOBS, G., *Sobre la normativización de dogmática jurídico-penal*, op. cit., pp. 18 ss; ÍD., *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, trad. Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez, Civitas, Madrid, 1996, p. 63; PIÑA ROCHEFORT refiere que



bles, puesto que con tal criterio se trata de objetivar las características comunes de todos los hombres, lo cual pertenece más a una valoración moralista o psicológica y deja sin respuesta precisamente ese mínimo constitutivo. Sin embargo, con nuestro concepto se acepta a la persona normativamente como tal, así, como sistema de interacción en cada uno de los sistemas sociales, en nuestro caso en el sistema penal de lo justo/injusto, salvo que su comportamiento sea impropio, esto es, irracional, desnaturalizado, impropio, ya no del común de los hombres, sino de la *persona en relación a la norma y a la Sociedad*. Así las cosas, la *racionalidad* habrá de contarse como propia de la persona, es decir, su mínimo constitutivo en la comunicación social.

La cuestión subsiguiente a resolver es la imputación subjetiva del dolo o la imprudencia en dichas infracciones pues su diferenciación tiene claras repercusiones punitivas y, además, nuevamente se relaciona con la racionalidad mínima y el concepto normativo de persona. En este sentido, si bien en los delitos de comisión el dolo se refiere a una causalidad *no improbable* de que se realice el tipo, en los delitos de omisión el dolo se refiere a una apreciación por parte del sujeto (consciencia) de una oportunidad *no improbable* de que el tipo se va a realizar *completamente*, pero mientras para la imputación del resultado en los delitos de comisión hace falta comprobar *cierta* relación de *causalidad* o, mejor, de la *representación*, en los de omisión se ha de comprobar la *causalidad hipotética* del comportamiento: en la decisión de omitir, cuestión que aparece solo cuando hay opción de comportamiento y no en los restantes casos(101). Y es que en verdad cuando se omite, a diferencia de los delitos de comisión en los que el

---

«ser persona» es el rol más general del individuo, el rol más básico, PIÑA ROCHEFORT, J. I., *Rol social y sistema de imputación*, *op. cit.*, p. 276; añade que «el individuo jamás forma parte de la sociedad si no es como persona», ÍD., *ibidem*, *op. cit.*, pp. 278 y 279; PÉREZ DEL VALLE, C., «La persona del Derecho penal en la filosofía de Hegel», Jacobo López Barja de Quiroga y José Miguel Zugaldía Espinar (coords.), *Dogmática y Ley penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, t. I, Instituto Universitario de Investigaciones Ortega y Gasset, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, pp. 625 ss; POLAINO-ORTS, M., *Funcionalismo normativo. Bases dogmáticas para el nuevo Sistema de Justicia penal, Fundamentos y Función del Derecho penal*, t. I, 1.ª ed., Centro de Estudios Superiores en Ciencias Jurídicas y Criminológicas (CES-CIJUC), México, 2014, pp. 110 ss.

(101) Al respecto: «(e)n ocasiones, se postula que el dolo en el delito de omisión consiste en una resolución o en una decisión de omitir. Pero es desacertado, ya que una resolución o decisión –si éstas han de ser más que el conocimiento de lo venidero– solo se ejecutan por parte del autor en caso de alternativa de comportamiento en la que no hay desde el principio solo una variante que sea digna de consideración. Por tanto, ni siquiera para el delito de comisión es constitutiva la decisión», JAKOBS, G., *PG*, *op. cit.*, 29/82.

querer y la acción tienen un fin causal, ese querer se dirige al *no actuar* pues *falta un objeto idóneo* sobre el que causar algo, es decir, el querer se circunscribe a no realizar una acción salvadora, y por este motivo comenta Jakobs que en verdad el dolo en los delitos de omisión es un *cuasi-dolo*, es algo más grave y diferencial a la imprudencia en los delitos de omisión, pues el dolo no se completa sobre la causación probable del resultado, sino en la causación segura del no hacer como representación de la probabilidad del resultado(102).

No obstante, tanto en los delitos de omisión como de comisión, la imputación pasa por saber si un comportamiento ha *condicionado* el resultado jurídico (fin de protección de la norma/vigencia de la norma) con la ayuda de la experiencia. En los comisivos el comportamiento ha de ser una condición del resultado que realmente se dé sin ser relevante su *forma concreta*, sino el *tránsito* a esta probabilidad, y en lo omisivos no improbablemente, por eso, entre *variación del riesgo* y *creación de un nuevo riesgo* (también un cambio incluso insignificante), las circunstancias *concomitantes* son irrelevantes, no así la creación o desatención de riesgos por el competente. Entonces, puede decirse que la relación de imputación en los delitos de omisión es más amplia que la relación causal en los de comisión, pues en aquéllos la falta de suceso es el fundamento de la imputación («una omisión no es causal»), lo cual no es ápice para negar la imputación ni para sostenerla, pues si bien cierta causalidad es un principio de la imputación no su fundamento jurídico-penal, sino: el quebrantamiento del deber de aseguramiento o salvación, así, la relación jurídica entre comportamiento y resultado(103). De esta manera, tanto en unas como en otras

---

(102) Y comenta JAKOBS que «(a) partir de este desacoplamiento con respecto a la forma de evitabilidad y este acoplamiento a lo material, la dolosidad (entonces ya solo cuasi-dolosidad) de la omisión no solo no tiene nada que ver con una resolución o con un querer activo, sino tampoco necesariamente con el aspecto de consciencia del dolo, es decir, con el conocimiento de la realización del tipo. En función de su gravedad, se argumenta, la omisión de arbitrar un medio de auxilio en una situación de necesidad apreciada como tal, es prevalente (o al menos de igual rango) frente a la omisión de utilizar una posibilidad de auxilio percibida, pues precisamente al indiferente o al de mentalidad hostil su actitud le impedirá representarse una posibilidad de evitación. Por consiguiente, para lo más grave, es decir, para el comportamiento cuasi-doloso, no hay que exigir el conocimiento de la capacidad de evitación (de la causalidad salvadora hipotética), sino solo la cognoscibilidad», Íd., *ibídem*, *op. cit.*, 29/83. Pues «pues quien no avisa a la policía para que en cuyo caso hubiera evitado el delito «ni siquiera busca una posibilidad de evitación (...), no merece un juicio de valor menos grave que aquel que no utiliza una posibilidad de evitación que ha advertido», Íd., *ibídem*, *op. cit.*, 29/83.

(103) Ampliamente y siguiendo a: Íd., *ibídem*, *op. cit.*, 7/12 ss., especialmente 7/27 y 7/29.

formas delictivas, los límites del conocimiento del infractor en relación con su constitución de persona, mínimamente como tal, resulta la base de la imputación, esto es, de la comunicación de sentido como quebrantamiento.

En este sentido, el quebrantamiento de la norma puede ser algo puntual por una comunicación defectuosa por parte del ciudadano, por eso el ordenamiento jurídico le impone una pena que resulta proporcional en la confianza de que dicho quebrantamiento ha sido puntual, es decir, se le trata como *persona*, no en sentido ontológico sino normativo, con derechos y obligaciones dentro del marco de la Sociedad, de manera que es la persona el destinatario de la norma como elemento autorreferencial de la misma. Sin embargo, en otras ocasiones, hay ciudadanos que presentan una *autoexclusión social* que comunica un «déficit general de garantía cognitiva» de tal manera que se desconecta del «acuerdo normativo *in totum*, atentando contra las «normas de flanqueo» de la sociedad, con lo cual se autoexcluye del sistema social (se «despersonaliza» (...) siendo combatido como enemigo», como atinadamente recuerda Polaino-Orts(104). Y, también, hay ciudadanos que se comportan como simple naturaleza, no como personas, sin mínima racionalidad, como azar o simple superstición o irrealidad, en estos casos las llamadas tentativas supersticiosas e irrealles en las que precisamente el sujeto no comunica sentido normativo ni quebrantamiento penal.

Lo paradójico es que se criminalizan hoy conductas que suponen un *peligro concreto*, lo que tiene un gran paralelismo con la tentativa idónea, pero también comportamientos que suponen únicamente un *peligro abstracto*, esto es, acciones con un escaso o nulo peligro. Sin embargo, algún sector que admite la punibilidad de los delitos de peligro abstracto niega –creemos que sin fundamento– la punibilidad en la inidónea. De este modo, si abogamos por la punibilidad de los delitos de peligro abstracto es lógico hacerlo también en la tentativa inidónea en el sentido expuesto: una organización racional con sentido criminal. De aquí que sea posible afirmar que la falta de comprensión del fundamento de punibilidad de la tentativa proviene, en parte, de la impunidad general de la tentativa imprudente, pues si como consideramos el fundamento de punibilidad es la ejecución mínimamente racional en los delitos dolosos, este fundamento también sirve en la imprudencia pero en un sentido negativo: por la inaplicación de la racionalidad mínima exigible al sujeto. Cuestión distinta es si se merece o no criminalizarse la tentativa de los delitos imprudentes,

---

(104) POLAINO-ORTS, M., *Funcionalismo normativo*, op. cit., p. 72.

cuestión que en los últimos años nuestro Código penal está empezando a introducir mediante fórmulas de delitos de peligro, de emprendimiento y de tentativa autónoma. Por ende, el fundamento de punibilidad no puede ser el peligro objetivo, sino la ejecución del *dolo típico* mediante un plan mínimamente racional y su imputación objetiva (pero ¡también hay racionalidad en la imprudencia, esto es, sentido comunicativo!). Con varios ejemplos:

a) *Sobre la irrelevancia del resultado de peligro en la tentativa idónea*. A dispara a B y el arma que utiliza tiene un defecto de fábrica que produce una gran desviación en el tiro, tanto que la bala pasa a muchos metros de B(105). En este ejemplo como en el famoso caso *Thyrén* –en el que el arma no tiene capacidad objetiva para alcanzar el blanco–, está claro que no hay un resultado de peligro ya que no se pone efectivamente en peligro al bien jurídico, por eso mismo –y en contra de lo dicho por la teoría dualista– el resultado de peligro no puede ser el fundamento de punibilidad. En tal sentido, estamos en parte de acuerdo con Gracia Martín quien niega que sea necesario el resultado de peligro en la tentativa idónea: «basta con que el autor haya realizado actos que sean subsumibles en la acción típica»(106) mediante el *dolo típico*.

b) *Nula semejanza estructural entre la tentativa inidónea y los delitos de peligro abstracto*. Respecto al caso anterior lo que habrá que decidir es si la acción es punible o no. Si dejáramos que A volviese a intentar el disparo es probable que en el segundo también fallase, pero a buen seguro que tras muchas repeticiones alguno de ellos encontrase el blanco. Si se analizan los casos individualmente, por ejemplo, en los delitos de tráfico rodado (conducir bajo los efectos

(105) Al respecto, SAP de Zaragoza de 24 de mayo de 1996, *vld.* GRACIA MARTÍN, L., «Sobre la punibilidad», *op. cit.*, pp. 335 ss.

(106) GRACIA MARTÍN, L., «Sobre la punibilidad», *op. cit.*, p. 344. Comenta que «debe resultar que si se dan todos los elementos esenciales o constitutivos del desvalor de la acción se habrá realizado ya un fundamento de punibilidad (un injusto) aunque estén ausentes todos los demás que no hayan sido reconocidos como esenciales», *Íd.*, *ibídem*, *op. cit.*, p. 348. En tal sentido lo que concurre en la idónea e inidónea es el *dolo típico* del desvalor de la acción, lo que constituye en sí un fundamento. Mientras que la idónea es peligrosa, al menos en la acción, la inidónea no es peligrosa pero sí punible, porque el autor ha iniciado la acción conforme a la representación del plan (*dolo típico*) de materialización de los elementos objetivos del tipo. El juicio sobre la inidoneidad impune debe partir del juicio de un hombre inteligente que colocado «en la posición del autor en el momento de la acción y teniendo en cuenta las circunstancias del hecho cognoscibles para esa persona inteligente más las conocidas por el autor y la experiencia común de la época sobre los cursos causales, apreciara, de acuerdo con la fórmula de *Engisch*, que la producción del resultado aparece *ex ante* como absolutamente improbable», *Íd.*, *ibídem*, *op. cit.*, p. 354 (cursiva en original).

del alcohol o de sustancias o, conducir temerariamente) se comprueba que en muchos casos reales no existe ni peligro abstracto pues la acción objetivamente valorada es inidónea (no hay personas a 100 km. a la redonda) pero se criminalizan igualmente. Entonces ¿por qué se criminalizan las conductas de peligro abstracto? En nuestra opinión no es porque repetidas estas conductas en el tiempo aumenten la probabilidad del resultado (criterio estadístico) a pesar de la inexigibilidad del dolo típico, esto es, únicamente una consecuencia, sino porque se ha quebrantado el rol de conductor con claro sentido contrario a la norma. Quien conduce un coche ebrio o a altas velocidades deja de ser un conductor conforme a la norma que lo habilita, por ende, con mayor razón son punibles las tentativas inidóneas ejecutadas bajo un plan mínimamente racional.

c) *Sobre la posibilidad de una mayor peligrosidad en la tentativa inacabada que en la acabada.* Considera Alcácer Guirao(107) que la tentativa acabada supone más peligro que la inacabada porque en aquella el autor ha abandonado el control del riesgo. Esta opinión creemos que no es del todo correcta. Con un ejemplo: A quiere introducir en el desayuno de B un veneno con cantidad suficiente para matar, pero debido a un nerviosismo patológico e incontrolable que era desconocido hasta ese momento por el autor, comete un error e introduce una bebida inocua. En nuestra opinión esta acción supone mayor peligro que la acción de A que deja el veneno preparado en la bebida de B, creyendo que cuando vuelva del fin de semana se la tomará, pero desconociendo que B no va a volver, siendo que dicho desconocimiento se debe a una imprudencia (olvidó que cambió de domicilio). Si bien en este caso la tentativa está acabada pues el autor ha hecho todo lo necesario y ya no tiene dominio del hecho, en el primer caso el peligro es mayor precisamente porque el plan ejecutado es más racional (mayor contenido del sentido de la comunicación normativa), esto es, los límites del conocimiento con base a la racionalidad mínima marcan el sentido de la comunicación normativa del quebrantamiento. El resultado no se produce porque el error no es imputable al raciocinio del autor sino a una circunstancia ajena a ese raciocinio, lo cual es más inevitable que en el segundo caso, en el que el resultado no se produce por una mala suerte evitable si se hubiese aplicado una sensata racionalidad en el plan criminal. Esto nos lleva a concluir que existe la posibilidad(108) de una menor peligrosidad en la tentativa acabada que en la inacabada y, de este modo, el resultado

---

(107) ALCACER GUIRAO, R., «Tentativa y desistimiento en la comisión por omisión», *La Ley*, núm. 5, 2002, p. 1454.

(108) También, entre otros, CUELLO CONTRERAS, J., *PG, op. cit.*, p. 107.

de consumación solo añade un *plus* a la completa realización típica que constituye la tentativa acabada(109).

d) *Sobre la inexistencia de peligrosidad objetiva ex ante en algunas tentativas inidóneas pero punibles*: En el ejemplo del disparo decíamos que la probabilidad del acierto era mínima o nula, y si bien parte de la doctrina no lo consideran punible, contradictoriamente aprecian un fundamento de punibilidad en los delitos de peligro abstracto referenciados, arguyendo que su punición se basa en la función motivadora de una conducta o en lo estadístico, pero lo paradójico es que ese mismo argumento –que tampoco consideramos verdaderamente válido– no se utiliza en la inidónea. Si se analiza individualmente el comportamiento del caso del apartado b) (un único disparo) se aprecia que *objetivamente* y *ex ante* no hay peligro, pero esto no niega que el plan sea idóneo *intercomunicativamente*, pues, por ejemplo, podría haber sucedido también que el vendedor del arma entregase por equivocación otro con menor recorrido o con un defecto. Entonces ¿acaso niega la falta de peligrosidad objetiva la punibilidad de un plan configurado y ejecutado con una mínima racionalidad? Sostenemos que no según lo apuntado y, en tal medida, habrá que dejar impune al autor irracional que se gana su mala suerte por un plan irracional, es decir, porque ha preferido las malas razones, pero sin *motivo jurídico*: porque *no ha utilizado la racionalidad constitutiva de las personas*, esto es, su expresión carece de sentido comunicativo en el sistema penal.

De lo anterior se deduce que si el plan es racional e idóneo y en el último momento un elemento del plan se convierte en inidóneo por causas no atribuibles a la racionalidad del sujeto, no desaparece el fundamento de punibilidad, el plan sigue siendo objetivamente racional *intercomunicativamente*. Es decir, en toda tentativa falla algo y no por ello se reconduce a la inidoneidad impune. Distinto es el caso en el que el autor no comprueba algún elemento esencial del plan antes de su ejecución, por ejemplo, no comprobar que un arma antigua encontrada en casa de los abuelos está cargada. En este caso, dicha acción es inidónea porque la racionalidad exige esa mínima comprobación, pero será punible si la mala suerte es ajena a la racionalidad mínima empleada en ese ámbito determinado, por ejemplo, cuando el cooperador dice al autor haber cargado el arma y no es así, es decir, en este reparto funcional del plan criminal también aparece el *principio de confianza* aunque en un sentido criminal. Por eso, si la mala suerte viene causada por la irracionalidad del plan preconcebido esto debe llevar a la impunidad.

---

(109) POLAINO NAVARRETE, M., «artículo 15», Manuel Cobo del Rosal (dir.), *Comentarios al Código penal*, vol. I, Edersa, 1999, p. 733.

e) *Tentativas inidóneas intercomunicativamente* más peligrosas *ex ante* que *en las tentativas idóneas*. La STS de 23 de septiembre de 1996 reconduce la punibilidad de la inidónea al grado de peligro inherente al intento, según lo preceptuado en el artículo 62 CP(110). Esto quiere decir también que para una línea jurisprudencial podríamos encontrarnos casos penados más altamente en las inidóneas que en las idóneas, con lo que estamos de acuerdo, aunque el fundamento de punibilidad de la tentativa inidónea no sea el grado de peligrosidad al que se refiere el artículo 62 CP, sino en todo caso la imputación objetiva del artículo 16 CP. Por ejemplo:

1.º Si como exponíamos *supra*, A y B conspiran matar a C, y A dispara a C con el arma que B le ha proporcionado diciéndole que está

---

(110) *Vid.*, y así, MIR PUIG, S., «Sobre la punibilidad», *op. cit.*, pp. 13 y 14. Con anterioridad al CP de 1995 también el TS afirmaba, al igual que hasta ahora (ver nota pie núm. 111) la punibilidad de la tentativa inidónea: por todas, STS 648/1996 de 4 de octubre (Roj: STS 5286/1996 – ECLI: ES: TS:1996:5286). Críticamente MUÑOZ LORENTE expone que la penalidad de la tentativa inidónea debe ser la de menos dos grados porque «el concepto de tentativa (...) se encuentra recogido en el artículo 16.1 del Código penal y no en el artículo 62 del mismo *que es tan solo una regla de determinación de la pena, esto es, un precepto adjetivo*. Por el contrario, el artículo 16.1 es un precepto sustantivo que (...) considera punible toda aquella tentativa en la que *ex ante* la acción revista peligro para el bien jurídico (...) si el peligro al que se refiere el artículo 62 fuera un peligro *ex ante* no tendríamos ninguna posibilidad de discriminar a efectos de pena entre la conducta, por ejemplo, del sujeto que dispara con una pistola cargada y la bala pasa a escasos milímetros rozando la cabeza de la víctima –tentativa inidónea– y la de aquel otro que –sin saberlo– dispara con un arma descargada o cargada con balas de fogeo –tentativa inidónea si existe peligro *ex ante*–. La pena a imponer en ambos supuestos, si se sostiene que el artículo 62 hace referencia a un peligro *ex ante*, habría de ser idéntica aunque, desde un punto de vista valorativo o de justicia material, ambas conductas no merezcan un tratamiento análogo (...) Esta circunstancia se evita, sin embargo, si se mantiene una denominación objetivista de la tentativa inidónea y, a la par, se sostiene que el peligro al que se refiere el artículo 62 es un peligro *ex post* entendido, también, en un sentido intersubjetivo y no como peligro científico de lesión». Por eso termina diciendo que «(s)i nos referimos ahora a la segunda hipótesis que hemos planteado –esto es, la de estimar que el artículo 62 se refiere al peligro *ex post* o, a la verificación de lo que denominamos como estado de peligro en el que se ha encontrado el bien jurídico– podemos observar cómo, desde esta perspectiva (...) sí es posible discriminar a efectos de pena e imponer, siempre y en todo caso, en los supuestos de tentativa inidónea la pena inferior en dos grados a la del delito consumado», MUÑOZ LORENTE, J., *La tentativa inidónea, op. cit.*, pp. 132 y 133. De lo anterior extrae que el fundamento de la tentativa es el *concepto legal de injusto* y, por ende, la tentativa inidónea es el *injusto primigenio y básico* con la *mera presencia de un desvalor de acción (injusto completo)* sin desvalor del resultado, «o, si se prefiere, una acción con capacidad (ex ante) de resultado pero sin poder de resultado pero sin poder para poner en peligro real y concreto bienes jurídicos; en definitiva, una conducta en la que solo existe un desvalor de la decisión», Íb., *ibídem*, *op. cit.*, pp. 211 ss.

cargada pero no es cierto, no resultará ilógico pensar que efectivamente el plan es más racional que en el siguiente caso.

2.º Si A coloca una bomba en el despacho de su víctima, aun a sabiendas que la policía llegará en cualquier momento y, a pesar de ello, decide *arriesgarse* o, en el mismo caso, cuando la policía consigue desactivarla con mucho tiempo de antelación al de su explosión porque la bomba estaba escondida en un lugar muy previsible, se deberá concluir que el plan es menos racional que en el primer caso.

La diferencia en ambos casos es que en el primero el plan y la seguridad del resultado desde la representación del autor tienen mayor racionalidad comunicativa (sentido) que en el segundo. A pesar de esto algunos concluirían en el primer caso una tentativa inidónea impune por la inidoneidad del medio, pero dicha conclusión no sería coherente con lo expuesto por nosotros ni con las propias bases doctrinales de los que defienden la idoneidad con base al bien jurídico.

f) *La inidoneidad absoluta puede ser punible independientemente de que no exista una acción objetivamente peligrosa.* Por ejemplo, A, sabiendo que su enemigo B vive en una determinada calle, entra en su domicilio dos horas antes de que salga a trabajar y dispara sobre un bulto de la cama creyendo erróneamente que era la víctima, pero el resultado no se produce porque B ha salido. En este caso, a pesar de la mal llamada *falta de objeto* –entendida erróneamente por la doctrina tradicional como inidoneidad absoluta– no puede concluirse que *intercomunicativamente* falte el objeto, pues *existe* verdaderamente (está en el mundo), es decir, B vive, únicamente ha sucedido que ha salido del lugar de ejecución del delito, B no solo existe en la configuración racional mínima del autor sino también en la realidad biológica, lo que significa que a pesar de que la acción sea inidónea por falta del objeto, el plan efectivamente es racional comunicativa y, por ende, existe fundamento de punibilidad(111).

---

(111) También en el caso de quien incendia la casa creyendo que estaba la víctima, STS 992/2000, de 2 de junio de 2000, Rec. 2991/1998, Ponente Puerta Luis, Luis Román (ROJ: STS 4541/2000 - ECLI: ES: TS:2000:4541). Más recientemente y respecto a los medios (uso de pistola sin munición en una tentativa de homicidio), el Acuerdo adoptado en Sala general, por el Pleno de la Sala Segunda, en su reunión de 25 de abril de 2012 refiere: «El artículo 16 del Código Penal no excluye la punición de la tentativa inidónea cuando los medios utilizados valorados objetivamente y ex ante son abstracta y racionalmente aptos para ocasionar el resultado típico». Cabe señalar que la línea jurisprudencial del TS se mantiene en las últimas décadas. Las SSTS 379/2000 de 13 de marzo (Roj: STS 1966/2000 – ECLI: ES: TS:2000:1966), 1124/2001 de 13 de junio (Roj: STS 5063/2001 - ECLI: ES: TS:2001:5063) y 1250/2002 de 5 de julio (Roj: STS 4991/2002 – ECLI: ES: TS:2002:4991), ratificaron que el código penal de 1995 no despenalizaba la tentativa inidónea. Este criterio,



*Racional* entonces significa comunicación en el sistema penal, que el plan, en este caso, ha observado los dos mínimos elementos imprescindibles para un resultado, a saber: la existencia de B y el lugar donde se halla. En el mismo sentido, si A conoce que es probable que B salga de casa porque tiene una cena de empresa, y A conoce que no suele faltar, la tentativa de A de matar a B en su caso aun faltando finalmente el objeto (B ha ido a la cena fuera de casa), también es mínimamente racional en esa organización, si bien es cierto que en este caso *A se la ha jugado más*. *Sensu contrario*, quien pretendiese matar a su vecino en una ciudad diferente de la que se halla porque no cuenta con dato alguno al respecto, habrá configurado un plan manifiestamente irracional precisamente porque no ha insertado en el plan la configuración mínima sobre lo cognitivo exigible en dicho espacio y tiempo.

Con un último ejemplo al respecto. Si A quiere matar a B, y éste poco antes muere en su cama, la tentativa de A disparando sobre el que es ya un cadáver no tiene sentido criminal, pues por un lado B no existe como sujeto de este delito, pero es que además ya no existirá en la organización criminal de A, renunciará, como no, a volver a ejecutar otro día el disparo. Así, el mundo ontológico *per se* es insuficiente para concretar el mundo normativo, ha de penetrar en este, así, en la configuración organizacional, esto es, con *sentido*. Cuestión distinta es que A quiera matar a cualquier persona, y para ello se introduce en una casa elegida al azar y tras disparar se percata de que la víctima está muerta. Aquí a pesar de la idoneidad absoluta el plan sigue siendo racional y alcanza su sentido por cuanto quería matar a quien fuese. Entonces, el posible infortunio de B, recuérdese él es *fungible*, no puede beneficiar a A con la impunidad, ya no por una cuestión de peligrosidad futura de que vuelva a intentarlo en otra vivienda contigua y en encuentre a la víctima viva, sino porque la ejecución del sentido criminal sigue estando presente por mucho que B estuviera muerto.

Asimismo, la problemática sobre el *autor inidóneo* la resolvemos brevemente de la misma forma. Si un sujeto aplicando una racionalidad mínima cree ser el funcionario competente de un asunto y comienza a dictar una decisión injusta, en nuestra opinión no comenzará una acción típica<sup>(112)</sup> (no quebranta su rol competencial) y, por ende, será impune su conducta, pues no se pena la racionalidad mínima por sí misma, sino solo cuando está tipificada la conducta racional en una determinada organización.

---

a fecha de hoy, se mantiene en nuestra opinión, lo cual demuestra que el fundamento y alcance de la punibilidad de la tentativa se precisa determinar a través de delimitaciones dogmáticas.

(112) En el mismo sentido, CUELLO CONTRERAS, J., *PG, op. cit.*, p. 69.

En conclusión, las anteriores reflexiones ponen de manifiesto que la tentativa inidónea absoluta, objetivamente hablando, puede ser *intercomunicativamente* más peligrosa que la tentativa idónea y que inclusive el grado de ejecución puede ser mayor objetivamente en aquella que en la idónea. Así, la escasa probabilidad del resultado en el plan del autor tampoco niega la *idoneidad intercomunicativa*, lo que significa entonces que es innecesario hablar de tentativas idóneas o inidóneas(113). Así las cosas, la *racionalidad mínima* o la *racionalidad comunicativa* no depende estrictamente de los deseos, mayor argumentación o estructura exitosa de un comportamiento. Considerar la acción comunicativa *per se* nada aporta a la imputación objetiva que interesa al Derecho penal, bajo pena de incurrir en teorías subjetivistas o de consenso sobre la alarma social o la impresión. La racionalidad no se refiere a la entidad subjetiva del autor en la comunicación con la víctima/bien jurídico, sino al *sistema de interacción o acoplamiento estructural/interpenetración* (persona, competencias concretas en dicho contexto) que dicha comunicación produce en el subsistema del Derecho penal. La comunicación que produce el autor ha de llegar no solo a la víctima y referirse a un bien jurídico, sino que ha de ser capaz de transformarse (*acoplamiento estructural/interpenetración*) en una comunicación que interactúe además de con las propias competencias de los sujetos y contextos concurrentes (sistema de interacción) con el sistema del Derecho penal, de modo tal que el comportamiento (operación) produzca una comunicación que interese positiva o negativamente (justo/injusto) al Derecho penal. Por esto, ni la racionalidad subjetiva del autor (sistema psíquico/racionalidad psíquica), ni las interpretaciones sensibles, aunque racionales, del consenso sobre la afección al bien jurídico (racionalidad colectiva), conmueven ni entran por sí solas en la comunicación estricta de la propia operatividad diferenciada del Derecho penal (*racionalidad/reflexividad del sistema*). Hace falta que tal comportamiento (comunicación) irrumpa negativamente en la orientación positiva (¡justo!) que realiza el Derecho penal, y para ello es preciso la *imputación objetiva* de tal comunicación en la *unidad de la diferencia del código justo/injusto* y la consideración final sobre la *transmisión* del injusto personal (dolo/culpa, controlabilidad o evitabilidad)(114), siendo cuestión

---

(113) Similarmente, ÍD., *ibídem*, *op. cit.*, pp. 30 y 59.

(114) BLECKMANN comenta que «(p)uesto que conforme a la concepción aquí defendida no es decisivo, por ejemplo, qué es lo que concurrió *de hecho* subjetivamente (de acuerdo con el entendimiento tradicional: en el plano interno) u objetivamente (externamente, de modo perceptible), sino solo lo que puede hacerse plausible o (sobre todo en Derecho penal) evidente *en la reconstrucción*, tipo objetivo y subje-

para otro análisis la antijuridicidad(115), la culpabilidad, la exigibilidad y la necesidad final de una pena.

#### 4. La punibilidad de la tentativa acabada e inacabada en comisión por omisión e imputación objetiva

##### 4.1 TENTATIVA ACABADA E INACABADA EN COMISIÓN POR OMISIÓN: DELIMITACIÓN

Otro problema surge de la determinación del inicio de la tentativa en comisión por omisión, pues en ésta al tratarse de la imputación de un comportamiento omisivo resulta más dificultoso delimitar el momento de la comisión como decíamos *supra*, cuestión que adquiere trascendencia tanto en la imputación como en la determinación de la pena(116).

Al respecto, un sector doctrinal utiliza el criterio de la última posibilidad de *evitación* y de aquí que solo se acepte la posibilidad de la tentativa acabada. Otro sector defiende (*teoría de la diferenciación*) que para apreciar la tentativa inacabada no se precisa aplicar por el sujeto medidas extraordinarias y/o de mayor exigencia en caso de intentar desistir, y en este sentido un desistimiento ineficaz llevaría a la imprudencia. Y otro sector de la doctrina defiende el criterio del *control del riesgo*(117), al que nos adherimos pero con matices como veremos.

Por ejemplo, respecto al criterio del control del riesgo, Alcácer Guirao considera que la tentativa en comisión por omisión comienza al ponerse en peligro al bien jurídico, más exactamente como tentativa

---

tivo no se refieren a ámbitos diversos de la realidad, la naturaleza exterior y la conciencia interna, sino solo tratan dos aspectos diferentes del comportamiento de transmisión *a identificar socialmente*: la cuestión de *qué* es lo que entra en consideración como comportamiento de transmisión y la cuestión *de si* se produjo esa transmisión. La primera cuestión se refiere a la *competencia* por un determinado estado del mundo, la segunda a la *controlabilidad o evitabilidad* de tal estado», BLECKMANN, F., «Derecho penal y teoría de sistemas», *Teoría de sistemas y Derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación, op. cit.*, pp. 361 y 362.

(115) Ampliamente y con acertadísimas apreciaciones sobre la teoría de la antijuridicidad que completa la comprensión de lo justo/injusto, COLINA RAMÍREZ, I., «Análisis histórico-jurídico sobre la teoría general de las causas de justificación: Un estudio sobre su naturaleza jurídica y sus diversas funciones», *CPC*, núm. 127, 2019, pp. 57 ss.

(116) CUELLO CONTRERAS, J., *PG, op. cit.*, p. 79 y pp. 125 ss. Ampliamente, REYES ALVARADO, Y., *El delito de tentativa, op. cit.*, pp. 447 ss.

(117) Alcácer Guirao, R., «Tentativa y desistimiento en la comisión por omisión», *op. cit.*, pp. 1453 a 1465.

acabada cuando el autor «abandone voluntariamente un control seguro del riesgo», es decir, cuando se pierda objetivamente ese control(118) «dejando su integridad en manos del azar (...) hasta el punto de que ya no sea posible una evitación segura del riesgo»(119), esto es, cuando la salvación del bien jurídico dependa de medidas extraordinarias y urgentes, y de aquí que el citado autor concluya que no le es imputable al garante la falta de salvamento cuando aún puede salvar el bien o cuando se demora la acción sin aumentar el riesgo desde el primer momento de evitación porque, concluir lo contrario, supondría un adelantamiento de la barrera punitiva injustificado.

Pero en nuestra opinión ha de repararse que con el inicio de la tentativa comienza la ejecución del dolo típico o, con otras palabras, la falta de ejecución genera un riesgo del que es competente el autor si bien el riesgo puede nacer tiempo después del comienzo de la omisión. Esta es la problemática. Con un ejemplo: si un padre lanza a su hijo recién nacido al aire, lo relevante penalmente hablando, esto es, la obligación de cogerlo para que no sufra daños al caer, no nace al soltarlo, sino cuando comienza a caer. Con otro ejemplo: si un médico quiere matar a un paciente con la omisión de medicamentos el deber de actuar no comienza, salvo casos extremos, el primer día en que se dejan de suministrar sino cuando desde el plan racional del autor se infiera un *riesgo posible* o de *posible creación*, en concreto al menos cuando así venga determinado por la *lex artis*. En ambos casos, según el contexto criminal (ámbito de organización) la acción es exigible cuando nace el deber normativo o, dicho de otro modo, cuando se quebranta la esfera de competencias del rol de padre o de médico, en el primero cuando comienza a caer el bebé pues es en ese mismo momento cuando surge la obligación de salvamento y, en el segundo cuando se deja de actuar en contra de la *lex artis*, esto es, no se trata de delimitar la mayor o menor peligrosidad, cuestión que acaba muchas veces siendo psicológica, sino cuándo surge el deber.

En concreto, en el primer caso la racionalidad mínima ordena que si, por ejemplo, hay un viento excesivo no se pueda lanzar al bebé de poco peso a una gran altura, precisamente porque a todos nos es exigible –mínimamente– saber que si se lanza a un bebé de poco peso y con determinado viento fuerte no se podrá coger con medidas simplemente ordinarias sino mediante la aplicación de destrezas extraordinarias. Esto se aplica igualmente en el caso del médico. Su deber de actuar depende de lo normativo, de la *lex artis*, que precisamente se vincula con la racionalidad mínima exigible a ese rol especial. De

---

(118) Íd., ibídem, *op. cit.*, p. 1461.

(119) Íd., ibídem, *op. cit.*, p. 1459.

aquí se puede extraer que lo normativo, como venimos argumentando, se relaciona con la mínima racionalidad que constituye el concepto normativo de *persona*. *Sensu contrario*, los conocimientos que no son exigibles son los *especiales*, los ajenos al rol determinado en el caso, salvo que dichos conocimientos se utilicen para modificar el destino. Comenta Jakobs que «(s)i en el ejemplo (...) del camarero que descubre en la ensalada una fruta venenosa, éste retiene el plato hasta que se presente una persona a la que odia, entonces no consuma un destino que se ha generado con independencia de su persona, sino que manipula el destino y lo convierte en objeto de su organización, por lo que debe responder de las consecuencias»(120).

Pues bien, llegados a este punto para la distinción entre tentativa acabada e inacabada en la comisión por omisión, como también en la comisión propia, habrá que valorar además de la diferenciación comentada *supra* entre dolo e imprudencia la *retroactividad del injusto o modificación actual del hecho* (modificación de los riesgos y de la obligación del autor) y la *posibilidad del desistimiento* (121). Estamos de acuerdo que lo relevante no es el momento en el que se ejecuta la decisión (primer momento de evitación para la inacabada y última posibilidad de evitación para la acabada), sino si realmente se puede modificar el riesgo desde la perspectiva del plan racional mínimo configurado por el autor y de exigible conocimiento para su evitación. Si el autor se representó mediante un plan racional mínimo las formas extraordinarias de evitación del resultado y pudo hacer uso de éstas pero no modifica el riesgo, únicamente podrá imputársele lo acabado dolosamente. Por ejemplo, si A, normativamente obligado a salvar, se percató de que B se ha quedado atrapado inconsciente entre hierros en su coche en una vía de tren, y sabe que el tren pasa en varias

---

(120) JAKOBS, G., *La imputación objetiva en Derecho penal*, *op. cit.*, p. 140; POLAINO-ORTS, M., «Imputación objetiva», *op. cit.*, pp. 80 y 81. Expone el siguiente ejemplo: «un escribano da fe de unos documentos que acreditan determinadas operaciones fiscales. Posteriormente esa documentación es empleada por otros sujetos para cometer una infracción tributaria. Pero al dar fe de los mismo, descubre que existe un error en el balance, siendo así que dicho dato no lo sabe en tanto notario público sino en tanto experto en economía».

(121) Ampliamente sobre los fundamentos de impunidad del desistimiento, BUSTOS RUBIO, Miguel, «El desistimiento de la tentativa como forma de comportamiento postdelictivo: Naturaleza y fundamento», *RECPC*, 19-08, 2017, pp. 1 a 31, disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/19/recpc19-08.pdf>. Sobre el fundamento de impunidad del desistimiento, BUSTOS RUBIO concluye que se trata de una combinación de varios, en concreto, y desde una concepción de los fines de la pena, está a caballo entre la falta de necesidad de penar, el interés en reparar a la víctima, y el principio de mínima intervención del Derecho penal, hacen que el desistimiento se ubique como medida postdelictiva, ÍD., *ibídem*, *op. cit.*, pp. 31 y 32.

horas y que con varios empujones de su coche es fácil moverlo, si no hace nada en el momento de percatarse no nace tentativa alguna según nuestros planteamientos hasta que no nazca una mínima exigibilidad de conocimiento normativo en relación con el plan racional y el rol, por ejemplo, a 5 minutos de la llegada del tren A sabe que tiene tiempo para sacarlo pero si surgiere un contratiempo no previsible le exigiría las medidas extraordinarias.

Lo dicho puede ser mejor explicado si consideramos la posibilidad del desistimiento impune. En tal sentido le asiste la razón a Jakobs cuando afirma que «(e)l desistimiento está también excluido cuando el autor ya no puede evitar la consumación *con seguridad*, sino con mayor o menor probabilidad. Y ello por la siguiente razón: Si el autor puede disminuir aún el riesgo de resultado, pero no eliminarlo, queda un resto de riesgo creado imputablemente por el autor, y ya no influyente. Si se realiza este riesgo, se da consumación (indiscutido); y si no se realiza, hay una tentativa que ha fracasado (...). Si el resto de riesgo no se valorara como tentativa, tampoco se podría valorar como consumación, consecuentemente, cuando se realiza. El esfuerzo del autor por evitar el resultado, que no surte efecto con seguridad, solo cabe valorarlo, pues, como comportamiento *general* posterior al hecho, pero no como desistimiento»(122). Por ello, cuando el *desistimiento* es *eficaz* y la tentativa está acabada, lo que no podrá modificarse, por ejemplo, es el riesgo inminente de muerte (*conducta post-delictiva*), y en consecuencia le será imputable dicho riesgo por tentativa dolosa acabada de homicidio, no así en la tentativa inacabada porque no se ha completado el dolo, o con otras palabras, porque no puede imputarse a título doloso aquello que el autor no se ha representado, sino únicamente una tentativa imprudente que hoy por hoy es impune. Así también, en el *desistimiento malogrado* lo importante será determinar si efectivamente el autor se ha representado y comenzado a ejecutar un desistimiento idóneo *intercomunicativamente* hablando *ex ante* y, si ha conseguido además *modificar el riesgo*(123).

#### 4.2 IMPUTACIÓN OBJETIVA DE LA TENTATIVA EN LA COMISIÓN POR OMISIÓN Y EN LA OMISIÓN PURA DE SIMPLE ACTIVIDAD

Los ejemplos comentados expresan la importancia del sentido social o expresión de sentido del comportamiento en la imputación objetiva de la tentativa. La cuestión precisamente deviene de ese sentido de la ejecución que, a nuestro modo de ver, se determina en el

(122) JAKOBS, G., *PG, op. cit.*, 26/19.

(123) En contra, CUELLO CONTRERAS, J., *PG, op. cit.*, p. 135.

quebrantamiento de la competencia del rol y, este quebrantamiento depende de conceptos puramente normativos: riesgo permitido, principio de confianza, prohibición de regreso (accesoriedad), ámbito de organización, competencia de organización (rol común y especial), competencia de la víctima (*autopuesta* en peligro)(124) y *el plan* mínimamente racional *de la persona normativa*. Si analizamos la diferenciación normativa de las conductas de omisión pura o propia y las de comisión por omisión o impropias podemos llegar a esta conclusión(125).

La omisión pura (por ejemplo, el artículo 195 CP) se criminaliza bajo el fundamento del quebrantamiento de la *solidaridad mínima*(126) como un deber hacia la comunidad o hacia terceros concretos, es decir, por el quebrantamiento de un deber que afecta a todos por igual (quebrantamiento del rol común de personas/ciudadanos). Por el contrario, el deber de los delitos de comisión por omisión depende de un deber que proviene de una norma jurídica, de la creación de un riesgo precedente (*injerencia*), por asunción fáctica (*confianza*), por el quebrantamiento de una *expectativa social* (por ejemplo, la niñera que abandona) o, por el quebrantamiento de una *comunidad de intereses*. De ahí, por ejemplo, que si un cajero de una tienda, fuera de su jornada laboral o extinguido su contrato (rol común de ciudadano) se presenta en la tienda y el responsable en ese momento sale dejando la tienda sola, en caso de que dicho cajero (ahora como comprador) también la abandone y se produzca un robo, ya no solo sería imposible imputar una omisión pura a A sino tampoco una comisión por omisión, pues, respectivamente, por un lado, no está tipificado dicho comportamiento y, por otro, no ha quebrantado –esto es lo importante– su rol de comprador (libertad). Ahora bien, si está cumpliendo su rol de cajero (está trabajando en sus horarios, etc.), el abandono del puesto de trabajo *podría* imputarse en caso de conocer la no improbabilidad de que con su ausencia un ladrón robará, y esto precisamente porque A defrauda un deber.

La imputación a título doloso dependerá de si A se representó un peligro que bajo una mínima racionalidad fuere *no improbable su creación*. Por el contrario, la representación de un *peligro de imposi-*

---

(124) Más ampliamente sobre estos conceptos, JAKOBS, G., *La imputación objetiva en Derecho penal*, op. cit.; POLAINO-ORTS, M., «Imputación objetiva», op. cit. pp. 19 a 83.

(125) Ampliamente, REYES ALVARADO, Y., *El delito de tentativa*, op. cit., pp. 430 ss. y pp. 461 ss.

(126) Concepto que entendemos que aún hoy es un resquicio de la vieja moral *kantiana*.

*ble creación* no se podría imputar porque el plan no cuenta con una mínima racionalidad en ese contexto. Por ejemplo, no se puede imputar la creencia de A relativa a que simplemente por apartar la mirada sobre un cliente o pestañear se genere un riesgo. Asimismo, la *imprudencia*(127) dependerá de si A no se representó el riesgo y debió (exigibilidad) apreciarlo –o representándose no lo aceptó como posible– por inaplicación de esa mínima racionalidad en el planeamiento, ejecución o enjuiciamiento.

No obstante, este razonamiento también se aprecia en los escasos ejemplos de omisión pura y de simple actividad tipificados en el Código penal (por ejemplo, en la omisión del deber de socorro del artículo 195 CP). A nuestro juicio se puede hablar de tentativa(128) y se iniciará –en contra de la opinión de la doctrina mayoritaria(129)– cuando el autor conozca el *no improbable* peligro para la vida o integridad de la víctima y omita la acción de salvación. Con un ejemplo: si A se percata del accidente de B y pasa de largo, a nuestro juicio, hay tentativa en la acción de alejarse, mientras que la consumación adquirirá sentido cuando se aleje de tal forma que signifique su negativa a auxiliar o, lo que es lo mismo, cuando se aleje de tal forma que exprese que abandona el dominio sobre la posibilidad de auxiliar. Pero también habrá tentativa cuando A se represente un riesgo de *posible creación*. Por ejemplo, A se percata de que B está atrapado entre los hierros de su vehículo y de que está ileso, pero sabe además que el vehículo está oculto, si A comienza a abandonar el lugar sin clara intención de ayudar o de avisar a terceros se generará un riesgo de posible creación, de muerte por inanición, del que A no es competente de evitar el resultado sino de obrar conforme a deber de solidaridad.

Negar la posibilidad de la tentativa en los delitos de omisión pura llevaría a conclusiones absurdas, por ejemplo, la de considerar el comportamiento debido como una conducta post-delictiva en el caso,

---

(127) A favor de la punibilidad a título de imprudencia en la comisión por omisión, POLAINO NAVARRETE, M., *Acción, omisión y sujetos*, *op. cit.*, p. 88: «a) negligencia en el planteamiento o en la ejecución de la conducta evitadora del resultado (...) y b) por negligencia en el enjuiciamiento de la situación típica de peligro». No obstante, comenta que ello exigiría –también en casos en que el peligro creado sea fortuito– la tipificación de cláusulas para responder «con la pena del delito imprudente o con la pena inferior en grado», ÍD., *ibídem*, *op. cit.*, p. 96.

(128) JAKOBS, G., *PG*, *op. cit.*, 30/5; POLAINO NAVARRETE, M., «Injusto de la tentativa y vigencia», *op. cit.*, p. 739; ÍD., *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, t. II, *op. cit.*, pp. 247 ss. Así en su tiempo, JESCHECK H-H. / WEIGEND T, *Tratado de Derecho penal, Parte general*, *op. cit.*, 2, 49, VII.

(129) Entre otros, BLANCO LOZANO, C., *La omisión del deber de socorro en Derecho penal*, *op. cit.*, pp. 289 y 290. La reconduce a la atenuante de reparación espontánea del daño, ÍD., *ibídem*, *op. cit.*, pp. 266 ss.



por ejemplo, de que se regrese al lugar sin haberse alejado significativamente y sin que se hay abandonado el dominio del auxilio, esto es, siempre que se pueda secuenciar los comportamientos según el contexto organizacional y normativo. En consecuencia, lo contrario negaría la posibilidad de la *modificación del riesgo* que supone el desistimiento impune. Entonces, si utilizamos los fundamentos del comienzo de la punibilidad tradicionales sobre la consumación en los delitos de simple actividad se negaría la posibilidad del desistimiento voluntario impune, lo cual carece de sentido cuando el autor aún puede cumplir el deber.

De ahí también, y con mayor razón, que se pueda apreciar la posibilidad de la tentativa, por ejemplo, en el abandono del servicio por un facultativo cuando se deriva un riesgo para la salud (art. 196 CP), y esto por la siguiente razón: habrá tentativa cuando el facultativo abandone el centro alejándose de forma significativa y conociendo que hay un *riesgo posible* o de *posible creación*, esto es, conociendo que en caso de que acuda un paciente grave, solo él por sus conocimientos pueda salvarlo. Si el tipo del artículo 196 CP exige para la consumación que el abandono (omisión) equivalga al riesgo, esto quiere decir que para atribuir la consumación a título doloso se exige que dicho riesgo nazca, exista y que además se conozca por el autor(130), precisamente esto afirma que en la conducta descrita hay un principio de ejecución, en este caso, alejarse significativamente de las funciones de su rol y de la observación de un *riesgo de posible creación*, valorados, tal y como venimos argumentando, desde la racionalidad mínima. La diferencia entre el simple abandono para tomar café y la conducta descrita es el quebrantamiento del rol de facultativo (*expectativa social-normativa*) unido a dicha racionalidad mínima vinculada al concepto normativo de persona.

Así las cosas, si comparamos los casos de tentativa de omisión pura e impropia de simple actividad (omisión pura agravada) puede concluirse que en ambos puede ejecutarse la tentativa en dolo eventual(131), pues basta con la creación de un riesgo del que es competente dicho rol y la representación de dicho riesgo desde la racionalidad mínima (*intercomunicación*). Evidentemente no habrá consumación si se desiste eficazmente (*modificación del riesgo*), ni podrá hablarse de tentativa dolosa si el dolo no se ha formado completamente como en la

(130) La STS de 9 de diciembre de 1981 apreció este delito en un médico que, avisado del inminente parto de una mujer en el domicilio, se negó a acudir y no solicitó que fuera trasladada.

(131) A favor, FARRÉ TREPAP, E., *La tentativa*, op. cit., pp. 77 ss. En contra, TAMARIT SUMALLA, J. M.<sup>a</sup>, «La tentativa con dolo eventual», op. cit., pp. 547 ss.

tentativa inacabada (imprudencia), o cuando la representación es irreal, supersticiosa o putativa, es decir, sin racionalidad mínima (atipicidad).

Podemos concluir tras lo expuesto que el quebrantamiento del rol fundamenta la imputación objetiva de la tentativa en la comisión por omisión, pero a lo que habrá que sumar para superar el simple infortunio atípico un elemento subjetivo de la conducta exigible que forme parte del rol(132) (conocimiento de la exigibilidad desde la racionalidad mínima para los delitos dolosos).

#### 4.3 LA PUNIBILIDAD DE LA TENTATIVA INIDÓNEA EN COMISIÓN POR OMISIÓN

Cabe ahora plantearse la punibilidad de la tentativa inidónea en comisión por omisión. Asentados los anteriores postulados no habrá inconveniente en llegar a las mismas conclusiones. Quienes defienden su impunidad(133) se basan en la falta de resultado de peligro. Entienden que el artículo 11 CP exige que la no evitación del resultado equivalga a su causación, es decir, un resultado material, pero el artículo 11 CP no exige un resultado material sino un *resultado jurídico*(134). En coherencia con los postulados expuestos, el fundamento de punibilidad de la tentativa inidónea en comisión por omisión se refiere también a la ejecución típica mínimamente racional, en concreto, cuando la falta de acción de evitación que equivaldría a la ejecución, es decir, el riesgo del que es competente el sujeto, haya sido apreciado mediante un plan racional mínimo, entonces, cuando se haya representado la no improbable *creación* del peligro.

Con un ejemplo: si un sujeto planea matar a su paciente dejándole de suministrar el medicamento vital pero creyendo erróneamente que –aun con la *aplicación de una mínima racionalidad*– la falta de éste producirá su muerte pero, desconociendo a la vez –a pesar de aplicar una racionalidad mínima– que otro médico se lo está suministrando, se podrá imputar la tentativa inidónea porque la falta de resultado, inclusive de riesgo objetivo, es ajena a la defraudación de expectativas de dicho rol, es decir, el plan es *intercomunicativamente relevante*, existe fundamento de punibilidad al igual que en similares

(132) POLAINO-ORTS, M., «Imputación objetiva», *op. cit.* pp. 41 y 42.

(133) Por ejemplo, SILVA SÁNCHEZ, J. M.<sup>a</sup>, «Comentarios al artículo 11», Manuel Cobo del Rosal (dir.), *Comentarios al Código Penal*, vol. 1, Edersa, Madrid, 1999, pp. 482 ss.

(134) Entre otros, POLAINO NAVARRETE, M., *Acción, omisión y sujetos*, *op. cit.*, pp. 84 a 86.

casos de comportamientos activos, y esto se justifica por la intercambiabilidad de la acción y de la omisión(135).

## VI. CONCLUSIONES

Resumo mis consideraciones en las siguientes conclusiones:

1. La *racionalidad mínima* está ineludiblemente unida al concepto normativo de persona y, por ende, sirve de criterio de imputación objetiva cuando el comportamiento produce una comunicación negativa (*injusto*) respecto la orientación positiva (*justo*) que la norma, en este caso el Derecho penal, realiza. De aquí que no se puede considerar un criterio de impunidad (inexigibilidad típica) la falta de mediana comprensión/racionalización de todo el proceso causal de las leyes necesarias para la producción del resultado, pues, no se puede exigir a todos una racionalidad media. La valoración de si el sujeto ha aplicado una racionalidad mínima, la mínima que constituye *per se* a la persona, dependerá del *sistema de interacción* entre autor, víctima y norma, esto es, del contexto organizacional criminal, de la exigencia de un determinado nivel de racionalidad por pertenencia a uno u otro tipo de rol, del quebrantamiento de éste y de la confianza, en definitiva, si ha producido una comunicación típicamente negativa contra la orientación positiva que exige el Derecho penal. Desde esta perspectiva la diferenciación entre el error nomológico y ontológico resulta inútil.

2. Consideramos que parte de la confusión de los que abogan por la impunidad de la tentativa inidónea es el propio término que se ha asemejado tradicionalmente a la falta de peligrosidad objetiva, pero dicha falta simplemente supone un *quantum* de lo injusto, no su fundamento.

3. La tentativa se inicia (imputación) cuando tras finalizados los actos preparatorios o, cuando no fueren necesarios éstos, se expresa la

---

(135) Jakobs, G., *PG, op. cit.*, 20/27: «(n)o existe diferencia alguna de las modalidades de explicación entre la comisión y la omisión, y tal diferencia no se podría mantener en el ámbito de la competencia organizativa debido a la *intercambiabilidad del hacer y del omitir*. Naturalmente, los supuestos de falta de responsabilidad por la situación serán a menudo los de omisión. Además, la situación de conflicto surgirá antes en los deberes de obrar que en los deberes de omitir, pues la manifestación de la propia persona mediante una acción (es decir, mediante la observancia de un mandato) será con frecuencia más inequívoca que la realizada mediante omisión (es decir, mediante observancia de prohibiciones); sobre todo, el ámbito en el que a pesar de la causalidad no se imputa un resultado a una acción es más reducido en la práctica que aquel en que, a pesar de la capacidad para evitar el resultado por medio de la acción, no se produce la imputación del resultado».

ejecución del *sentido* típico (comunicación criminal de la racionalidad mínima), esto es, con la *imputación objetiva* del quebrantamiento del rol (*inescindibilidad* del tipo objetivo y subjetivo). La imputación objetiva del quebrantamiento del rol nace del quebrantamiento doloso de la esfera de competencia del rol. No obstante, existen los mismos argumentos a favor de la punibilidad de la tentativa imprudente, en concreto, la inaplicación de la exigible racionalidad mínima a cierta persona, al menos en los resultados no improbables y graves, y cuestión distinta es la política criminal al respecto.

4. En la *tentativa dolosa en comisión por omisión, idónea e inidónea* solo se puede imputar al autor el haber dejado de actuar cuando desde su plan/representación, es decir, desde la racionalidad mínima se pudo representar la no improbabilidad de un riesgo para la causación (comienzo de la tentativa dolosa).

5. *La peligrosidad objetiva no es el fundamento de la punibilidad de la tentativa*, solo describe un contexto criminal que si bien puede aumentar la penalidad, no es esencial. La ejecución de una representación mínimamente racional puede crear una peligrosidad *intercomunicativa* más relevante a efectos de la pena que la peligrosidad objetiva para el bien jurídico. Por ello, a pesar de suponer la tentativa inacabada menor grado de ejecución que la acabada, podría pensarse más altamente si la intercomunicación del quebrantamiento normativo es mayor.

6. Con lo argumentado es verdad que el fundamento de punibilidad de la tentativa es el mismo de la consumación, y de aquí subyace que el fundamento de punibilidad de toda conducta criminal siempre sea el mismo: *la comunicación negativa de una persona contra la orientación (positiva) que realiza el Derecho penal*.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALCACER GUIRAO, R., «Tentativa y desistimiento en la comisión por omisión», *La Ley*, núm. 5, 2002, pp. 1453 a 1465  
— *La tentativa inidónea: fundamento de punición y configuración del injusto*, Comares, Granada, 2000.
- BACIGALUPO ZAPATER, E., «Sobre la tentativa inidónea en el Derecho vigente y en el Proyecto de Código penal», *La Ley*, núm. 2, 1981, pp. 969 a 973.
- BALDÓ LAVILLA, F., *Estado de necesidad y legítima defensa. Un estudio sobre las «situaciones de necesidad» de las que derivan facultades y deberes de salvaguarda*, Bosch, Barcelona, 1994.
- BARDAVÍO ANTÓN, C., *Las sectas en Derecho penal: Estudio dogmático de los delitos sectarios*, Bosch, Barcelona, 2018.

- BAUMANN J. / WEBER U. / MITSCH W. / EISELE J., *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 7.<sup>a</sup> ed., Gieseking, Bielefeld, 1975.
- BELING, E. L. V., *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906.
- BIRKMEYER, K. V., *Die Lehre von der Teilnahme und die Rechtsprechung des Deutschen reichsgerichts*, Berlin, 1980.
- BLANCO LOZANO, C., *La omisión del deber de socorro en Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 2009.
- BLECKMANN, F., «Derecho penal y teoría de sistemas», Carlos Gómez-Jara Díez (edit.), VV. AA., *Teoría de sistemas y Derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, Comares, 2005, pp. 341 a 384.
- BUSTOS RAMÍREZ, J., «Castigo o impunidad de la tentativa inidónea: un falso dilema», Santiago Mir Puig, Juan Córdoba Roda y Gonzalo Quintero Olivares (coords.), *Estudios Jurídicos en Honor al Prof. Octavio Pérez Vitoria*, vol. 1, Barcelona, 1983, pp. 91 a 101.
- BUSTOS RUBIO, M., «El desistimiento de la tentativa como forma de comportamiento postdelictivo: Naturaleza y fundamento», *RECPC*, 19-08, 2017, pp. 1 a 31, disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/19/recpc19-08.pdf>.
- CARO JOHN, J. A., *La imputación objetiva en la participación delictiva*, reedición 2009, Grijley, Lima, 2003.
- CARRARA, F., *Teoría de la tentativa y complicidad o del grado en la fuerza física del delito*, trad. Romero Girón, Centro Ed. de Góngora, Madrid, 1926.
- CEREZO MIR, J., «Actos preparatorios y tentativa», Adela Asúa Batarrita (coord.), *Jornadas sobre el nuevo Código penal de 1995*, celebradas del 19 al 21 de noviembre de 1996, Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, Servicio de Publicaciones, País Vasco, 1998, pp. 43 a 46.
- «La regulación del “íter criminis” y la concepción de lo injusto en el nuevo Código Penal Español», *RDPC*, 2.<sup>a</sup> época, núm. 1, 1998, pp. 13 a 24.
- *Curso de Derecho penal español, Parte General I, Introducción. Teoría jurídica del delito*, 5.<sup>a</sup> ed., Tecnos, Madrid, 1996.
- *Lo objetivo y lo subjetivo en la tentativa*, Facultad de Derecho, Universidad de Valladolid, 1964.
- COBO DEL ROSAL, M. / VIVES ANTÓN T. S., *Derecho penal, Parte General*, 5.<sup>a</sup> ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- COBO DEL ROSAL M. / QUINTANAR DÍEZ M., *Instituciones de Derecho penal español, Parte general*, CESEJ, Madrid, 2004.
- COLINA RAMÍREZ, I., «Análisis histórico-jurídico sobre la teoría general de las causas de justificación: Un estudio sobre su naturaleza jurídica y sus diversas funciones», *CPC*, núm. 127, 2019, pp. 57 a 88.
- CUELLO CALÓN, E., *Derecho penal. Parte general*, t. II, vol. 2, 18.<sup>a</sup> ed., Bosch, Barcelona, 1981.
- CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho penal español, Parte General, (PG)*, vol. II, Teoría del delito 2, Dykinson, 2009.
- «Sobre el tipo de tentativa», *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Madrid, 2005, pp. 253 a 266.

- «El estado de la discusión en torno al fundamento de la tentativa», *El nuevo Código Penal: Presupuestos y fundamentos, Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Comares, Granada, 1999, pp. 285 a 298.
- DEMETRIO CRESPO, E., *La tentativa en la autoría mediata y actio libera in causa: una contribución al estudio del fundamento de punición y comienzo de la tentativa*, Comares, Granada, 2003.
- *Prevención general e individualización judicial de la pena*, pról. Ignacio Berdugo Gómez de la Torre y Hans Joachim Hirsch, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1999.
- DOHNA, G. Z., «Der Mangel am Tatbestand», *Festgabe für Güterbock*, Berlin, 1910.
- ECHARRI CASI, F. J., «Tentativa y desistimiento: límites entre punibilidad e impunidad», *La Ley*, núm. 7, 2002, pp. 1680 a 1688.
- FARRÉ TREPAT, E., «Consideraciones dogmáticas y de lege ferenda en torno a la punibilidad de la tentativa inidónea», *Estudios de Derecho Penal y Criminología, Libro Homenaje al Prof. Rodríguez Devesa*, vol. 1, UNED, Madrid, 1989, pp. 259 a 280.
- *La tentativa de delito, doctrina y jurisprudencia*, Bosch, Barcelona, 1986.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Prevención general positiva: estabilización normativa mediante imposición de males. Una réplica a la teoría de la pena de Günther Jakobs», pról. Günther Jakobs, Manuel Cancio Meliá y Bernardo José Feijoo Sánchez (coords.), *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad, Seminario con Günther Jakobs en la UAM*, Cizur Menor, Thomson-Civitas, Navarra-Madrid, 2008, pp. 145 a 158.
- FERRI, E., *Principios de Derecho penal*, trad. José Arturo Rodríguez Muñoz, Reus, Madrid, 1933.
- FRANK, R., *Das Strafgesetzbuch für Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz*, 18.<sup>a</sup> ed., J. C. B. Mohr, Tübingen, 1931.
- FRISCH, W., «La atenuación del marco penal en la tentativa», trad. Marcelo A. Sancinetti *ADPCP*, t. 47, mes 2, 1994, pp. 159 a 192, trad. del original «Die Strafrahmennmilderung beim Versuch», *Festschrift für Günter Spendel*, Berlin, 1992.
- FUENTES OSORIO, J. L., «Formas de anticipación de la tutela penal», *RECPC*, núm. 8, 2006.
- GARCÍA AMADO, J. A., «¿Dogmática penal sistémica? Sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal», *DOXA*, núm. 23, 2000, pp. 233 a 264.
- GARCÍA ARÁN, M., «Culpabilidad, legitimación y proceso», *ADPCP*, t. 41, Fasc/Mes 1, 1988, pp. 71 a 114.
- GAROFALO, R., *Criminología. Estudio sobre el delito y sobre la teoría de la represión*, trad. Pedro Dorado Montero, La España Moderna, Madrid, 1890.
- GARRAUD, R., *Traité Théorique et pratique de droit pénal français*, 3.<sup>a</sup> ed., Larose et Forcel, Paris, 1924.
- GIMBERNAT ORDEIG, E., «Diatriba del Nuevo Código Penal», *La Ley*, núm. 3, 1996, pp. 1334 a 1338.
- «El sistema del Derecho penal en la actualidad», GIMBERNAT ORDEIG, E., *Estudios de Derecho penal*, 3.<sup>a</sup> ed., Tecnos, Madrid, 1990, pp. 162 a 181.

- «Prólogo a la 2.<sup>a</sup> ed. del Código penal de Tecnos», Tecnos, Madrid, 1996, pp. 15 a 32.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «Teoría de sistemas y Derecho penal: culpabilidad y pena en una teoría constructivista del Derecho penal», Carlos Gómez-Jara Díez (edit.), VV. AA., *Teoría de sistemas y Derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, Comares, Granada, 2005, pp. 385 a 434.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «Principio de ofensividad. Aplicación del Derecho penal y reforma penal», *PJ*, núm. 28. Ejemplar dedicado a: Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal, 1992, pp. 7 a 36.
- GONZÁLEZ MATEOS, J. C., «Esencia del injusto penal e injusto de la tentativa», *AP*, núm. 28, 9-15 julio, 2001, pp. 621 a 653.
- «Esencia de la norma penal y antijuricidad de la tentativa», *Anuario de la Facultad de Derecho*, Universidad Extremadura, Cáceres, núm. 18, 2000, pp. 183 a 223.
- GRACIA MARTÍN, L., «Sobre la punibilidad de la llamada tentativa inidónea en el nuevo Código penal español de 1995 (Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 24 de mayo de 1996)», *RDPC*, 2.<sup>a</sup> Época, núm. 3, UNED, Madrid, 1999, pp. 335 a 360.
- «El «iter criminis». El Código penal español de 1995», *CDJ*, XXVII, ejemplar dedicado a: El sistema de responsabilidad en el nuevo Código penal, José Luis Díez Ripollés (dir.) Escuela Judicial y Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, pp. 257 a 279.
- HEGEL, G. W. F., *Principios de la filosofía del derecho o Derecho natural y ciencia política*, Edhasa, Barcelona, 1999.
- *Fundamentos de la filosofía del Derecho*, trad. Carlos Díaz, 1.<sup>a</sup> ed., Ed. K. H. Ilting, Libertarias/Prodhufi, 1993.
- HUERTA TOCILDO, S., *Sobre el contenido de la antijuricidad*, Tecnos, Madrid, 1984.
- JÄGER, C., «El elemento volitivo en el desistimiento de la tentativa. Aportación para la asimilación de las Teorías de la Autoría y el Desistimiento», *ADPCP*, vol. 56, 2003, pp. 17 a 44.
- JAKOBS, G., *El Derecho penal como disciplina científica*, 1.<sup>a</sup> ed., Cuadernos Civitas, Thomson, Madrid, 2008.
- «¿Cómo protege el Derecho penal y qué es lo que protege? Contradicción y prevención; protección de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma», trad. Manuel Cancio Meliá, en JAKOBS, G., *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, trad. Manuel Cancio Meliá y Bernardo José Feijoo Sánchez, 1.<sup>a</sup> ed., Thomson Civitas, Madrid, 2003, pp. 47 a 74.
- «La idea de la normativización en la dogmática jurídico-penal», trad. Manuel Cancio Meliá del manuscrito *Die Idee der Normativierung in der Strafrechtsdogmatik*, en JAKOBS, G., *Sobre la normativización de dogmática jurídico-penal*, trad. Manuel Cancio Meliá y Bernardo José Feijoo Sánchez, 1.<sup>a</sup> ed., Thomson Civitas, 2003, pp. 15 a 45.

- «Sobre los grados de la incumbencia. Reflexiones sobre el origen y la importancia de los deberes de actuación y tolerancia», en JAKOBS, G., *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, trad. Manuel Cancio Meliá y Bernardo José Feijoo Sánchez, 1.ª ed., Thomson Civitas, Madrid, 2003, pp. 135 a 163.
- *Sobre la teoría de la pena*, Cuadernos de conferencias y artículos, núm. 16, Universidad Externado de Colombia, 1998.
- «Criminalización en el estado previo a la lesión de un bien jurídico», trad. Enrique Peñaranda Ramos, en JAKOBS, G., *Estudios de Derecho penal*, 1.ª ed., Civitas, Madrid, 1997, pp. 293 a 324.
- *Derecho penal, Parte general, Fundamento y teoría de la imputación*, (PG), trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, 2.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1997.
- «La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales «riesgo permitido», «prohibición de regreso» y «principio de confianza»», trad. Enrique Peñaranda Ramos, en JAKOBS, G., *Estudios de Derecho penal*, 1.ª ed., Civitas, Madrid, 1997, pp. 209 a 222.
- «Representación del autor e imputación objetiva», trad. Carlos J. Suárez González, en JAKOBS, G., *Estudios de Derecho penal*, 1.ª ed., Civitas, Madrid, 1997, pp. 223 a 240.
- *La autoría mediata con instrumentos que actúan por error como problema de imputación objetiva*, Cuadernos de conferencias y artículos, núm. 15, Universidad Externado de Colombia, 1.ª ed., Bogotá, 1996.
- *La imputación objetiva en Derecho penal*, estudio preliminar Carlos J. Suárez González y Manuel Cancio Meliá, trad. Manuel Cancio Meliá, Civitas, Madrid, 1996.
- *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, trad. Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez, Civitas, Madrid, 1996.
- JESCHECK H. H. / WEIGEND T., *Tratado de Derecho penal, Parte general*, 5.ª ed., ampliada y renovada, trad. Miguel Olmedo Cardenete, Granada, 2002.
- KAUFMANN, A., *Dogmática de los delitos de omisión*, trad. Joaquín Cuello Contreras, José Luis Serrano González de Murillo (Edt.), Marcial Pons, Barcelona, Madrid, 2006.
- KOHLRAUSCH E. / LANGE R., *Strafgesetzbuch mit Erläuterung und Nebengesetzen*, 39-40.ª ed., De Gruyter, Berlin, 1950.
- LESCH, H. H., *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, P. Lang, Frankfurt am Main, New York, 1992.
- LISZT, F. v., *Tratado de Derecho Penal*, III, trad. Jiménez de Asúa, 3.ª ed. de la 20.ª ed. alemana, Reus, Madrid, 1929.
- LUHMANN, N., *La sociedad de la sociedad*, trad. Javier Torres Nafarrate, Herder, México, 2007.
- *El Derecho de la sociedad*, trad. Javier Torres Nafarrate, 2.ª ed., Herder, Universidad Iberoamericana, Biblioteca Francisco Xavier Clavigero, México, 2005.



- *Sistemas Sociales. Lineamientos para una teoría general*, trad. Silvia Pappé y Brunhilde Erke, bajo la coordinación de Javier Torres Nafarrate, 2.ª ed., Anthrops, 1998.
- LUZÓN CUESTA, J. M., *Compendio de Derecho Penal, Parte General*, Dykinson, Madrid, 1996.
- LUZÓN PEÑA, D. M., *Curso de Derecho penal, Parte general, I*, Universitas, Madrid, 1996.
- MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1993.
- MEZGER, E., *Tratado de Derecho penal, I* trad. 2.ª ed. alemana de 1933, y notas de Derecho español por José Arturo Rodríguez Muñoz, Editorial Revista de Derecho privado, Madrid, 1935.
- MIR PUIG, S., *Derecho penal, Parte general*, 10.ª ed., 2.ª reimp. actualizada y revisada, con la colaboración de Víctor Gómez Martín y Vicente Valiente Iváñez, Reppertor, Barcelona, 2016.
- *Introducción a las bases del Derecho penal: concepto y método*, 2.ª ed. reimp., 1.ª ed. 1976, B de F, Montevideo, 2003.
- «Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo código penal», *RECPC*, núm. 3, 2001.
- *Manuales de formación continuada*, núm. 4, Ejemplar dedicado a Problemas específicos de la aplicación del Código penal, 1999, pp. 13 a 42.
- *El Derecho penal en el Estado Social y democrático de Derecho*, Ariel, Barcelona, 1992.
- *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*, 2.ª ed., Bosch, Barcelona, 1982.
- MITTERMAIER, C. J., «Über den Anfangspunkt der Strafbarkeit der Versuchshandlungen», *Neues Archiv des Kriminalrechts*, II, 33, Halle, 1818.
- MORA ALARCÓN, J. A., *Suma de Derecho penal, parte general y especial*, Edisofer, Madrid, 1996.
- MORENO-TORRES HERRERA, M. R., *Tentativa de delito y delito irreal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- MUÑOZ CONDE, F., *Teoría General del delito*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1989.
- *Introducción al Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1979.
- MUÑOZ CONDE F. / GARCÍA ARÁN M., *Derecho Penal, Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- MUÑOZ LORENTE, J., *La tentativa inidónea y el Código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- MÜSSIG, B., «Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría crítica del bien jurídico hacia el sistema», *RDPC*, núm. 9, 2002, pp. 169 a 210.
- MYLONOPOULOS, C., *Über das Verhältnis von Handlungs- und Erfolgswert im Strafrecht. Eine Studie zur Entwicklung der personale Unrechtslehren*, Köln-Berlin-Bonn-München, Heymann, 1981.

- NIEPOTH, B. v., *Der untaugliche Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt*, Frankfurt a. M., 1994.
- NIETZSCHE, F., *Mi hermana y yo*, 14.ª ed., Biblioteca EDAF, Barcelona, 2008.
- *El crepúsculo de los ídolos o cómo se filosofa con el martillo*, 1.ª ed. revisada, Alianza Editorial, Madrid, 1998.
- NÚÑEZ BARBERO, R., *El delito imposible*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1963.
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., «Algunos límites de la tentativa con arreglo al Código Penal», *RP*, núm. 24, julio, 2009, pp. 142 a 150.
- «Algunas cuestiones sobre autoría, participación, tentativa, peligro e imprudencia, a propósito de «la responsabilidad penal por el producto»», *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Emilio Octavio de Toledo y Ubieta, Manuel Gurdíel Sierra, Emilio Cortés Bechiarelli (coords.), 2003, pp. 825 a 858.
- «Sobre autoría, participación, tentativa, peligro e imprudencia», *La Ley*, núm. 5, D-292, 2003, pp. 2050 a 2060.
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO E. / HUERTA TOCILDO S., *Derecho penal, Parte General*, 2.ª ed., corregida y aumentada, Rafael Castellanos, Madrid, 1986.
- PAPAGEORGIOUS-GONATAS, S., *Wo liegt die Grenze Zwischen Vorbereitungs-handlungen und Versuch? Zugleich eine theoretische Auseinandersetzung mit dem Strafgrund des Versuchs*, Florentz, München, 1988.
- PEÑARANDA RAMOS, E., «Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del delito», Carlos Gómez-Jara Díez (edit.), VV.AA., *Teoría de sistemas y Derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, Comares, 2005, pp. 223 a 256.
- PÉREZ DEL VALLE, C., «La persona del Derecho penal en la filosofía de Hegel», Jacobo López Barja de Quiroga y José Miguel Zugaldía Espinar (coords.), *Dogmática y Ley penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, t. I, Instituto Universitario de Investigaciones Ortega y Gasset, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, pp. 625 a 644.
- «La individualización de la pena y su revisión», Bernardo del Rosal Blasco (coord.), *Estudios sobre el nuevo Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 41 a 71.
- PESSINA, E., *Elementi di diritto penale*, presso Riccardo Margheri di Gius editore, Napoli, 1882.
- PESSOA, N. R., *Delito imposible*, Hammurabi, Buenos Aires, 1989.
- PETROCELLI, B., *Il delitto tentato*, CEDAM, Padova, 1955.
- PIÑA ROCHEFORT, J. I., *Rol Social y sistema de imputación. Una aproximación sociológica a la función del derecho penal*, pról. Jesús-María Silva Sánchez, Bosch, Barcelona, 2005.
- POLAINO NAVARRETE, M., *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, t. II, 2.ª ed. corregida y actualizada, Tecnos, Madrid, 2016.
- *Acción, omisión y sujetos en la Teoría del delito (De la posición de garante a la responsabilidad penal de las personas jurídicas)*, Grijley, Lima, 2009.

- «Injusto de la tentativa y vigencia de la norma desde una perspectiva penal funcionalista», *El pensamiento filosófico y jurídico-penal de Günther Jakobs*, Flores Editor y Distribuidor, S. A. de C. V., México D. F., 2007, pp. 707 a 743.
- *Derecho Penal, Parte General*, I, 5.ª ed., colaboración de Miguel Polaino-Orts, Bosch, Barcelona, 2004.
- «El injusto de la tentativa en el ejemplo de los delitos de mera actividad y de omisión pura. Sobre el concepto jurídico-penal de resultado», *RPJ*, núm. 72, 2003, pp. 59 a 88 (también en Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004).
- *Derecho Penal, Parte General*, t. II, *Teoría jurídica del delito*, Bosch, Barcelona, 2000.
- «Artículo 15», Manuel Cobo del Rosal (dir.), *Comentarios al Código penal*, vol. 1, Edersa, 1999.
- «Artículo 16», Manuel Cobo del Rosal (dir.), *Comentarios al Código penal*, vol. 1, Edersa, 1999.
- POLAINO-ORTS, M., *Funcionalismo normativo. Bases dogmáticas para el nuevo Sistema de Justicia penal, Fundamentos y Función del Derecho penal*, t. I, 1.ª ed., Centro de Estudios Superiores en Ciencias Jurídicas y Criminológicas (CESCIJUC), México, 2014.
- *Derecho penal del enemigo. Fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia*, Bosch, Barcelona, 2009.
- «Imputación objetiva: esencia y significado», KINDHÄUSER U. / POLAINO-ORTS M. / CORCINO BARRUETA F., *Imputación objetiva e imputación subjetiva en Derecho Penal*, Grijley, Lima, 2009, pp. 43 a 50.
- *Lo verdadero y lo falso del Derecho penal del enemigo*, Grijley, Lima, 2009.
- *Derecho penal del enemigo. Desmitificación del concepto*, pról. Günther Jakobs, Revisado por Miguel Polaino Navarrete, Grijley, Lima, 2006.
- QUINTERO OLIVARES, G., «Acto, resultado y proporcionalidad», *Libro Homenaje al Profesor Antón Oneca*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1982, pp. 377 ss.
- REY SANFÍZ, L. C., *Tentativa jurídico-penal: acercamiento al tratamiento doctrinal del fundamento de los criterios de imputación entre naturalismo y normativismo*, Dykinson, Madrid, 2001.
- REYES ALVARADO, Y., *El delito de tentativa*, B de F, Buenos Aires, 2016.
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, pról. Diego-Manuel Luzón Peña, Universidad Complutense, Servicio de Publicaciones, Madrid, 1994.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G., «Delito imposible y tentativa de delito en el Código penal español», *ADPCP*, t. 24, mes 2, 1974, pp. 369 a 389.
- ROXIN, C., «Acerca de la punibilidad de la tentativa inidónea», *Revista Latinoamericana de Derecho*, núm. 9-10, 2009, pp. 294 a 307.
- *Derecho penal, Parte general*, t. I, *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, trad. y notas Luzón Peña / Díaz y García Conlledo / De Vicente Remesal, de la 2.ª ed. alemana, Civitas, 1997.

- «Qué queda de la culpabilidad en Derecho penal», trad. Jesús-María Silva Sánchez, *CPC*, núm. 30, 1986, pp. 671 a 692.
- SALDAÑA, Q., *Adiciones a la traducción del Tratado de Derecho Penal de Von Liszt*, t. III., 3.<sup>a</sup> ed., Reus, 1906.
- SANCINETTI, M. A., *Teoría del delito y disvalor de la acción: una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción*, Hammurabi, Buenos Aires, 1991.
- SANTA RITA TAMÉS, G., *El delito de organización terrorista: un modelo de Derecho penal del enemigo. Análisis desde la perspectiva de la imputación objetiva*, pról. Miguel Polaino-Orts, Bosch, Barcelona, 2015.
- SAUER, W., *Derecho penal, Parte general*, trad. Juan del Rosal y José Cerezo Mir, Bosch, Barcelona, 1956.
- SCARANO, L., *La tentativa*, Temis, Bogotá 1960.
- SERRANO-PIEDecasas FERNÁNDEZ, J. R., «Fundamento de la punición en la tentativa», *El nuevo Código Penal: Presupuestos y fundamentos, Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Comares, Granada, 1999, pp. 521 a 550.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Comentarios al artículo 11», Manuel Cobo del Rosal (dir.), *Comentarios al Código Penal*, vol. 1, Madrid, 1999, pp. 482 ss.
- *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, Bosch, Barcelona, 1997.
- *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992.
- SOLA RECHE, E., «Sobre el concepto de tentativa idónea», Fermín Morales Prats, Gonzalo Quintero Olivares (coord.), *El nuevo Derecho penal español, Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, 2001, pp. 773 a 786.
- *La llamada «tentativa inidónea» de delito. Aspectos básicos*, Comares, Granada, 1996.
- *La problemática asociada a la llamada «tentativa inidónea» de delito*, Universidad de La Laguna, Tesis Doctoral, 1994.
- SOTO NIETO, F., «Tentativa relativamente inidónea: punibilidad», *La Ley*, núm. 7, 2000, pp. 1498 a 1499.
- STRUENSEE, E., «Dolo de causar y causalidad putativa», trad. José Luis Serrano González de Murillo, *ADPCP*, t. 43, Fasc/Mes 3, 1990, pp. 933 a 960.
- TAMARIT SUMALLA, J. M., «La tentativa con dolo eventual», *ADPCP*, t. 45, Fasc/Mes 2, 1992, pp. 515 a 560.
- TORÍO LÓPEZ, Á., «Indicaciones para una concepción dualista de la tentativa», VV.AA., *Presupuestos para la reforma penal*, Centro de Estudios Criminológicos de la Universidad de La Laguna, Tenerife, 1992.
- VANNINI, O., *Il problema giuridico del tentativo (art. 56 del Codice penale)*, 2.<sup>a</sup> ed., Giuffrè, Milano, 1950.
- VEHLING, K. H., *Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch*, Schriften zum Strafrecht und Strafprozeßrecht, 4, Peter Lang, Frankfurt am Main, Bern, New York, Paris, 1991.

VIDAL, G., *Cours de Droit Criminelle*, I, Rousseau, Paris, 1947.

WELZEL, H., *Derecho penal alemán*, trad. de la 11.<sup>a</sup> ed. alemana por Juan Bustos y Sergio Yáñez, Santiago de Chile, 1976.

ZACZYK, R., *Das Unrecht der Versuchten Tat*, Duncker & Humblot GmbH, Berlin, 1989.

# La disposición final primera de la Ley Orgánica General Penitenciaria como respuesta jurídica al motín carcelario y mecanismo de preservación de la seguridad penitenciaria

SARA CAROU-GARCÍA

Doctora en Derecho  
Profesora de la Universidad Internacional de La Rioja (UNIR)

## RESUMEN

*El presente texto analiza, desde la óptica jurídica, la Disposición Final Primera de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, mecanismo jurídico excepcional, destinado a solucionar situaciones especialmente críticas para la seguridad en el ámbito penitenciario, como lo es el caso del motín. La citada previsión legal conlleva dos consecuencias relevantes: por un lado, la suspensión de los derechos reconocidos a los internos y, por otro lado, la asunción por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de las competencias en materia de vigilancia y custodia de los reclusos.*

Palabras clave: *seguridad, motín, prisión, ley penitenciaria.*

## ABSTRACT

*This text analyses, from the legal point of view, the First Final Provision of the Prison Law, an exceptional legal mechanism designed to solve situations that are especially critical for security in the prison environment, as is the case of the mutiny. The aforementioned legal provision entails two relevant consequences: on the one hand, the suspension of the rights recognized to inmates and, on the other hand, the assumption by the police of the powers in terms of surveillance and custody of inmates.*

Keywords: *security, mutiny, prison, prison law.*

SUMARIO. 1. El conflicto en prisión o la cárcel como escenario de conflicto permanente. 1.1 El conflicto como concepto. 1.2 El conflicto en el medio penitenciario.–1.3 Conflicto y violencia. 2. El orden y la seguridad en el medio penitenciario. 2.1 La seguridad como derecho fundamental garante de los demás derechos. 2.2 La seguridad penitenciaria. 2.3 Seguridad interior y seguridad exterior del establecimiento penitenciario a) Seguridad exterior. b) Seguridad interior.–3. La exacerbación del conflicto penitenciario: el motín. 3.1 El motín como concepto jurídico. 3.2 El motín como delito de sedición penitenciaria.–4. La disposición final primera de la LOGP. 4.1 El contexto histórico de aprobación de la LOGP. 4.2 Graves alteraciones del orden y razones de seguridad pública como presupuestos habilitantes de la aplicación de la disposición final primera. a) Graves alteraciones del orden. b) Razones de seguridad pública. 4.3 La suspensión parcial y temporal de derechos. 4.4 Competencias asumidas por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.–5. Conclusiones.–6. Bibliografía.

## 1. EL CONFLICTO EN PRISIÓN O LA CÁRCEL COMO ESCENARIO DE CONFLICTO PERMANENTE

### 1.1 El conflicto como concepto

El conflicto, según la Real Academia Española (en adelante RAE), admite diversas definiciones, si bien de todas ellas se extrae una conceptualización negativa del término: «combate, lucha, pelea», «enfrentamiento armado»; «apuro, situación desgraciada y de difícil salida».

El conflicto lleva aparejada la interacción de distintos actores en una relación de alteridad, de tal modo que, inicialmente, la ganancia de uno es interpretada como la pérdida del otro. Así, pues, el conflicto es una constante en las relaciones humanas, es más, podría decirse que es una consecuencia natural de la convivencia del ser humano con sus semejantes. De ahí que múltiples disciplinas científicas se hayan interesado por el mismo y lo hayan abordado desde ópticas distintas.

La connotación negativa del conflicto, presente en la definición del mismo aportada por la RAE, no es compartida por todas las ramas del saber. En este sentido, Robbins y Judge<sup>(1)</sup> sintetizan los distintos enfoques, a través de los cuales se ha estudiado el conflicto, en tres grandes bloques: el denominado *enfoque tradicional*, en el que todo conflicto equivale a violencia e irracionalidad; el *enfoque de relaciones humanas* conforme a cual el conflicto es un elemento natural de las relaciones

---

(1) Vid. ROBBINS, S. P. y JUDGE, T. A., *Comportamiento organizacional*, Pearson Educación, México, 2009, pp. 486 ss.

humanas que no siempre resulta negativo; y el *enfoque interactivo*, esta interpretación enfatiza ciertos aspectos positivos del conflicto, así como el componente natural del mismo. El conflicto, por tanto, presenta claros oscuros (aspectos negativos, pero también positivos) de tal forma que podemos distinguir *conflictos funcionales*, que contribuyen a la mejora de alguna de las partes, y *conflictos disfuncionales*, singularizados por alcanzar unas elevadas cotas de tensión que imposibilitan su resolución por medios pacíficos(2). Estos últimos, aplicados al contexto penitenciario, serán el objeto de nuestro texto.

No es nuestro objetivo profundizar en los diferentes análisis teóricos sobre el conflicto, ya que ello desbordaría la naturaleza del presente artículo, pero sí destacaremos algunas cuestiones que son relevantes para entender un tipo de conflicto intrapenitenciario, que actúa como eje central de nuestra investigación, esto es: el motín carcelario (como exacerbación del conflicto) y la respuesta jurídica al mismo, plasmada en la Disposición Final Primera de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria(3) (en adelante LOGP).

## 1.2 El conflicto en el medio penitenciario

Si líneas arriba afirmábamos que el conflicto es algo inherente a las relaciones humanas, debemos ahora completar dicha aseveración destacando la importancia del medio en el que se produce el conflicto

---

(2) Vid. REDORTA LORENTE, J., *Cómo analizar los conflictos. La Tipología de conflictos como herramienta de Mediación*, Paidós, Barcelona, 2004, pp. 33 ss.

(3) BOE, núm. 239, de 5 de octubre de 1979.

Disposición Final Primera de la LOGP:

«Los derechos reconocidos a los internos en esta Ley podrán ser suspendidos parcial y temporalmente por acuerdos de los Ministerios de Justicia e Interior en los supuestos de graves alteraciones del orden en un centro, que obliguen a la autoridad penitenciaria a requerir la intervención de los Cuerpos de Seguridad del Estado.

1. Desde el momento en que intervengan dichas fuerzas asumirá la dirección del establecimiento penitenciario en cuanto a custodia, vigilancia y restauración del orden el Jefe de las mismas, sin perjuicio de continuar la autoridad penitenciaria en la dirección de las actividades de tratamiento, procedimiento administrativo en relación con las autoridades judiciales, régimen económico-administrativo y funciones asistenciales.

2. Independientemente del supuesto considerado en el número anterior, los Ministerios de Justicia e Interior podrán acordar, por razones de seguridad pública que la custodia y la vigilancia interior de un establecimiento cerrado o de un departamento especial de éste corresponda a los Cuerpos de Seguridad del Estado.

3. En los supuestos comprendidos en los dos párrafos anteriores se dará cuenta inmediata del acuerdo adoptado por los Ministerios de Justicia e Interior a la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados a los efectos de que adopte la resolución que reglamentariamente proceda».



en el desenlace de este. En toda organización surge el conflicto, pero las dimensiones, así como las consecuencias del mismo, dependen de las circunstancias en las que se desarrollan las relaciones. Es bien sabido que el medio carcelario, como paradigma de la institución total definida por Goffman(4), amplifica exponencialmente cualquier hecho acaecido intramuros(5). Una situación trivial, que en el medio extrapenitenciario no sería capaz de suscitar la más mínima reacción, es susceptible de provocar en el interior de la cárcel un altercado, cuya intensidad y capacidad de extensión pueden derivar en el peor escenario penitenciario: el motín.

La explicación de la canalización del conflicto, mediante conductas violentas en la prisión, puede abordarse a través de dos modelos: el denominado *modelo importado*, que sitúa su foco de atención en la propensión individual de cada sujeto a desenvolver actitudes de este tipo; y el *modelo funcional*, en el que se analiza la influencia del ambiente carcelario en la aparición de conductas violentas(6). En relación con este último modelo debemos recordar que el internamiento en un centro penitenciario es considerado, desde el ámbito de la Psicología, como un suceso traumático, al implicar una ruptura del ritmo de vida habitual del individuo, el alejamiento de su red social y su inmersión en un medio caracterizado por diversas privaciones(7). La prisión sitúa al individuo en una coyuntura vital compleja, marcada por la imposición de relaciones sociales con otras personas –que no son buscadas ni deseadas– así como por la incorporación forzada a una estructura organizativa y espacial marcadamente restrictiva. La arquitectura carcelaria genera un espacio físico que influye de modo decisivo en la conducta, el estado psicológico –a nivel individual y grupal de los internos– y la formación de identidades(8).

---

(4) La cárcel constituye uno de los ejemplos paradigmáticos de lo que GOFFMAN denominó como *institución total*, esto es «lugar de residencia o trabajo, donde un gran número de individuos en igual situación, aislados de la sociedad por un período apreciable de tiempo, comparten en su encierro una rutina diaria, administrada formalmente». Vid. GOFFMAN, E., *Internados. Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales*, Amorrortu, Buenos Aires, 1970, p. 13.

(5) Vid. GOFFMAN, E., *op. cit.*, p. 13.

(6) Vid. BENNET, J. «Measuring order and control in the Prison Service», en Jewkes, Y. (Ed.), *Handbook on prisons*, Willan, Oxon, 2007, p. 519.

(7) Vid. RUIZ, J. I., «Síntomas psicológicos, clima emocional, cultura y factores psicosociales en el medio penitenciario», *Revista Latinoamericana de Psicología*, vol. 39, núm. 3, 2007, p. 548.

(8) Vid. HANCOCK, P. / JEWKES, Y., «Architectures of Incarceration: The spatial pains of imprisonment», en *Punishment & Society*, 13(5), 2011, p. 612.

El contexto carcelario se convierte en una fuente de estrés para el recluso, principalmente en los primeros meses(9). Esta situación anímica puede llegar a prolongarse durante todo el tiempo de la condena, generando un estado de ansiedad cronicado(10). El internamiento penitenciario trae consigo, de modo inevitable, una serie de efectos nocivos sobre la salud mental de los internos, entre los cuales están: la percepción de una ausencia de control sobre la propia vida, la hipervigilancia, la disminución de la autoestima, el retraimiento social y el aislamiento(11). Tales consecuencias –inherentes a la privación de libertad– unidas a las características psicológicas de cada individuo, propician que ciertos reclusos presenten estados anímicos alterados, más propensos a una pérdida de control generadora de conflictos, ya sea con otros internos, ya sea con el personal funcionario. Muchas de estas consecuencias nocivas para la salud psicológica se ven amplificadas por la presencia de adicciones a diversas sustancias ilegales, estas pueden ser adquiridas durante el cumplimiento de la pena de prisión, o bien tener una presencia previa al internamiento(12). Asimismo, ciertos rasgos de la personalidad del interno –tales como baja autoestima o alta impulsividad– o la presencia de valores desviados dificultan que el interno desarrolle un correcto comportamiento en prisión(13).

---

(9) Vid. RUIZ, J. I., *op. cit.*, p. 548.

(10) Vid. ZABALA BAÑOS, M. C / MARTÍNEZ LORCA, M. / SEGURA FRAGOSO, A. / LÓPEZ MARTÍN, O. / GONZÁLEZ GONZÁLEZ, J. / ROMERO AYUSO, D. M. / TORT HERRANDO, V. / VICENS PONS, E. / DUEÑAS HERRERO, R. M., «Medición de la calidad de vida en la población penitenciaria española», en *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, vol. 16, núm. 1, 2016, p. 44.

(11) Vid., entre otros, YANG, S. / KADOURI, A. / RÉVAH-LÉVY, A. / MULVEY, E. P. / FALISSARD, B., «Doing Time: A Qualitative study of long-term Incarceration and the Impact of Mental Illness», en *International Journal of Law and Psychiatry*, núm. 32, 2009, pp. 294-303; HANEY, C., *The Psychological Impact of Incarceration: Implications for Post-Prison Adjustment*, U S. Department of Health Human Services, Washington, DC, 2002.

(12) La última *Encuesta sobre Salud y consumo de Drogas a los internados en Instituciones Penitenciarias en España (ESDIP)*, publicada en 2016, indica que los consumos de todas las drogas ilegales son más elevados en la población penitenciaria, estando en libertad, que, en la población general. Las sustancias más consumidas son: alcohol (65,9%), cannabis (37,8 %) y cocaína en polvo (24,8%) y en base (16,2%). Vid. MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD, *Encuesta sobre Salud y consumo de Drogas a los internados en Instituciones Penitenciarias en España (ESDIP)*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Sanidad, Servicios sociales e Igualdad; Madrid, 2016.

(13) Vid. TRAJTENBERG, N. / SÁNCHEZ DE RIBERA, O., «Violencia en instituciones penitenciarias. Definición, medición y explicación del fenómeno», en *Revista de Ciencias Sociales, DS-FCS*, vol. 32, núm. 45, julio-diciembre, 2019, p. 156.

A la afectación psicológica derivada del ingreso en un centro penitenciario hay que sumarle un factor propio de la sociología penitenciaria: la subcultura carcelaria, generadora de conflictos promovidos por las normas y valores inherentes a dicha subcultura. A este respecto Sykes(14), en su *teoría de la privación*, destaca como la traumática experiencia de la pérdida de libertad, unida al limitado acceso a bienes y servicios que se produce en prisión, provoca que muchos reclusos, que en su vida en libertad no eran violentos, desarrollen conductas agresivas como una forma de adaptación a la subcultura carcelaria. En relación con esta cuestión, afirma Romero Miranda(15) que los internos se ven obligados a decidir entre tres posibilidades de conducta, que contribuirán a la consolidación del denominado proceso de prisionización(16): a) adherirse a la subcultura carcelaria, dando lugar a una *prisionización primaria*; b) cumplir con la normativa institucional, consolidando la denominada *prisionización secundaria*; c) oscilar entre subcultura y normatividad, a este modo de afrontamiento de la estancia en prisión se le denomina *prisionización terciaria*.

Aunando los anteriores elementos psicológicos y de organización social carcelaria podemos detectar diferentes tipologías de conflicto en prisión: 1) los derivados de interpretaciones sesgadas de la realidad, mediatizadas por la hiper-sugestibilidad que genera el internamiento forzoso; 2) los surgidos por la aplicación de una suerte de justicia alternativa y paralela –propiamente carcelaria– a determinados delincuentes (por ejemplo, agresores sexuales de menores) o a los tildados de «chivatos» y «delatores» frente a la autoridad penitenciaria; 3) los propiciados por las adicciones a ciertas sustancias prohibidas, estos pueden abarcar desde la alteración del orden regimental, hasta las luchas entre reclusos por hacerse con el control del tráfico de estas sustancias en el interior de la prisión; 4) los conflictos que surgen de robos entre reclusos, de deudas no satisfechas, etc(17).

---

(14) Vid. SYKES, G. M., *The society of captives: A study of a maximum security Prison*, Princeton University Press, Princeton, 1958.

(15) Vid. ROMERO MIRANDA, L., «Prisionización: estructura y dinámica del fenómeno en cárceles estatales del sistema penal chileno», en *URVIO. Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad*, núm. 24, 2019, pp. 42 ss.

(16) CLEMMER definió la prisionización como la asimilación e internalización de la subcultura carcelaria por parte del sujeto, que no solo supone la aceptación de normas y códigos institucionales (de la cárcel como institución), sino, sobre todo, de las propias reglas y jerarquías entre los internos. Vid. CLEMMER, D., *The prison community*, Rinehart & Winston, Nueva York, 1958, pp. 96-98.

(17) Vid. LOZANO MARTÍN, A. M. / NISTAL BURÓN, J. / JIMÉNEZ BAUTISTA, F., «Conflictos y mediación en las cárceles españolas», en *Revista de Mediación*, 13, 1, 2020, p. 2.

### 1.3 Conflicto y violencia

El desarrollo del conflicto puede transcurrir por varios caminos, siendo uno de ellos la adopción de conductas violentas por una de las partes o por ambas. La violencia se muestra como una consecuencia de la escalada y de la agudización del conflicto, dificultando su gestión(18). Siguiendo esta lógica, la violencia se produce en el conflicto sin que siempre sea una consecuencia indefectible del mismo. De tal suerte, violencia y conflicto no son sinónimos, ya que esta es solo uno de los instrumentos de resolución del conflicto(19).

Aportar una definición del concepto de violencia resulta una tarea altamente compleja, debido a su carácter poliédrico y a la relevancia del contexto en el que esta surge(20). Distintas disciplinas como la Historia, la Ciencia Política, la Sociología o la Psicología se han ocupado de la teorización y definición de la violencia(21). No obstante, debemos destacar que, como sostiene Aróstegui Sánchez, «el aumento indiscriminado de la ampliación del término acaba por debilitar su valor descriptivo y explicativo»(22).

Habitualmente, el eje central del que parten la mayoría de las definiciones de violencia es el uso de la fuerza física, identificándola, por tanto, con actos de violencia interpersonal cuyo objetivo es provocar un daño físico(23). Llegados a este punto, conviene efectuar una precisión –especialmente relevante cuando hablamos del empleo de la fuerza física en el medio penitenciario– relativa al sujeto que realiza el acto de fuerza. Cuando la coerción física sea empleada por la Administración penitenciaria será considerada legítima, siempre y cuando se adapte a las previsiones legales y tenga como finalidad restaurar la pacífica convivencia en el medio penitenciario. Dicha coerción física no podrá ser conceptualizada, por tanto, como violencia, sino como «fuerza». El término violencia, en consecuencia, solo será predicable

---

(18) Vid. DÍAZ PADILLA, M. V., «La prisionización y los conflictos en el entorno penitenciario: investigación documental», en *Religación. Revista de Ciencias Sociales y Humanidades*, Vol. 6, núm. 30, 2021, p. 6.

(19) Vid. NATERAS GONZÁLEZ, M. E., «Aproximación teórica para entender la violencia desde un enfoque crítico», en *Telos: Revista de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Sociales*, Vol. 23 (2), 2021, p. 310.

(20) Vid. NATERAS GONZÁLEZ, M. E., *op. cit.*, p. 306.

(21) Un resumen de los distintos enfoques científicos de la violencia en las últimas décadas puede verse en GALAVIZ-ARMENTA, T., «Enfoques disciplinarios e interdisciplinarios para el análisis y definición de la violencia», en *Anfora*, 28(50), 2020, pp. 161-182.

(22) Vid. ARÓSTEGUI SÁNCHEZ, J., «Violencia, sociedad y política: la definición de la violencia», en *Ayer*, núm. 13, 1994, p. 22.

(23) Vid. OSORIO, S. «Conflicto, violencia y paz: un acercamiento científico, filosófico y bioético», en *Revista Latinoamericana de Bioética*. 12(2), 2012, pp. 52 ss.

de aquellos actos de coerción física ilegal(24). Ello enlaza con la concepción weberiana del Estado como «detentador de la violencia legítima»(25).

El concepto legal de violencia no presenta una mayor claridad o consenso que el emanado de otras disciplinas científicas. En el caso del Derecho penal la violencia aparece bajo las más variadas denominaciones. El empleo de diversos términos se justifica por la diversidad de los escenarios delictivos. Hay que destacar que, en materia de violencia, el ordenamiento jurídico y la ciencia jurídica no se circunscriben a la manifestación física de la misma, aceptándose la aparición de acciones violentas de carácter psicológico o moral(26).

La presencia de violencia en el conflicto penitenciario es más habitual que en otros contextos, debido a las características propias tanto de la institución, como de la población que la conforma. La violencia en prisión puede manifestarse de diversas formas: lesiones, homicidios, suicidios, autolesiones, abusos sexuales, *bullying*, etc.(27). Cuando la violencia penitenciaria adquiere un carácter colectivo, siendo protagonizada por la población reclusa contra el personal funcionario, hablamos de motín(28).

Debemos puntualizar que en el presente texto no abordaremos otra forma de violencia penitenciaria, que podría denominarse institucional, en la que se incluirían aquellas conductas tales como: los malos tratos, las torturas o el uso excesivo de la fuerza por parte del personal de la Administración Penitenciaria. En este caso el sujeto sobre el que recae la acción violenta es el recluso y el actor que ejerce dicha violencia es el personal funcionario, abusando de la situación de superioridad que le confiere su estatus dentro de la prisión. Los datos actualizados, relativos a este tipo de violencia penitenciaria, para el caso español se encuentran recopilados en el *Informe del Comité de Prevención de la Tortura de 2021*, elaborado a partir de las visitas que

---

(24) Recurrimos en este punto a la distinción establecida por ARÓSTEGUI SÁNCHEZ, *op. cit.*, partiendo de la teoría enunciada por HOOK.

(25) Vid. WEBER M., *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, Fondo de Cultura Económica, México, 1984, pp. 43-44.

(26) Sobre las diferentes formas de violencia recogidas en la Parte Especial del Código Penal vid. BAGES SANTACANA, J., «Límites al desvanecimiento del tipo penal Aproximación al concepto de violencia en la Parte especial del Código penal», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 20-20 2018.

(27) Vid. IRELAND, J. L., *Bullying among prisoners. Evidence, Research and Intervention Strategies*, Routledge Taylor and Francis Group, Nueva York, 2002, pp. 20 ss.

(28) DE MARCOS MADRUGA y DE VICENTE MARTÍNEZ definen el motín carcelario como «el alzamiento de varios sentenciados o presos contra las autoridades encargadas de su custodia». Vid. DE MARCOS MADRUGA, F. / DE VICENTE MARTÍNEZ, R. *Vademécum de Derecho Penitenciario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 88.

este organismo realizó en centros penitenciarios españoles del 14 al 28 de septiembre de 2020(29). Pese a la relevancia innegable de esta cuestión, estimamos que el análisis de la misma supondría una desviación excesiva respecto del tema central de este artículo.

La violencia, surgida del conflicto en el medio carcelario, puede ser ejercida por reclusos frente a otros internos –en estos casos los roles de víctima y agresor pueden variar– o frente a los funcionarios. Para abordar este último supuesto, es decir, la violencia dirigida contra el personal funcionario, la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias aprobó, mediante Resolución de 8 de junio de 2017, el denominado *Protocolo específico de actuación frente a las agresiones en los centros penitenciarios y centros de inserción social dependientes de la Secretaría General de Instituciones penitenciarias*, desarrollado por la Instrucción 6/2017. La incidencia de agresiones sobre los trabajadores dependientes de la Administración Penitenciaria española es la más alta de la Unión Europea, estando muy por encima de la media existente en el resto de sectores de la Administración(30). Las organizaciones sindicales estiman que en las prisiones españolas se produce un incidente violento grave cada veinticuatro horas(31).

Los estudios empíricos sobre violencia en prisión demuestran que los actos violentos no poseen una homogeneidad temporal y espacial. Determinadas áreas o módulos son más proclives a la aparición de incidentes violentos, particularmente, aquellos espacios arquitectónicos destinados a la reclusión denominada de máxima seguridad. En cuanto a la distribución cronológica y temporal de los incidentes, los viernes y los fines de semana concentran mayores conflictos, al igual que los horarios vespertinos y nocturnos(32).

Además de suponer un serio problema de seguridad en el trabajo para los funcionarios, con las correspondientes consecuencias negativas a nivel psicosocial y físico, la violencia en el medio penitenciario entraña efectos nocivos para toda la comunidad carcelaria y para el

---

(29) Las conclusiones y los datos del *Informe del Comité de Prevención de la Tortura*, correspondiente al año 2021, pueden consultarse en <https://rm.coe.int/1680a47a78>.

(30) La media porcentual de agresiones a personal de la Administración Pública se sitúa en un 2.8% en cómputo anual. En cambio, esa cifra asciende a un 5% cuando hablamos de personal de Instituciones Penitenciarias. El 90% de las agresiones se producen sobre el personal de vigilancia. Vid. COMISIONES OBRERAS (CC. OO.), *Informe sobre el protocolo específico de actuación frente a las agresiones en los establecimientos penitenciarios dependientes de la secretaría general de II. PP*, 2015.

(31) Sobre los datos de agresiones a funcionarios en las prisiones españolas vid. [https://www.elconfidencial.com/espana/2021-08-16/prisiones-violencia-agresiones-funcionarios\\_3228307/](https://www.elconfidencial.com/espana/2021-08-16/prisiones-violencia-agresiones-funcionarios_3228307/). Consultado el 24/04/2022.

(32) Vid. TRAJTENBERG, N. / SÁNCHEZ DE RIBERA, O., *op. cit.*, p. 157.

resto de la sociedad. Varios estudios al respecto alertan sobre el debilitamiento de la confianza en la propia institución y en su legitimación, la erosión de los programas de tratamiento y el incremento de los niveles de reincidencia delictiva(33).

Los estudios científicos sobre violencia en prisión son más bien escasos. Las principales contribuciones al respecto proceden del Reino Unido o Estados Unidos. A ello debemos sumar el hecho de que existe una importante cifra negra de conductas violentas en prisión que nunca llegará a conocerse, bien porque la víctima interpreta como normal la situación sufrida; bien porque existe una desconfianza, generalizada, sobre la eficacia de las autoridades a la hora de gestionar estas situaciones(34). En el caso concreto de España, los datos sobre incidentes violentos en prisión no son públicos, lo que contrasta con el nivel de transparencia sobre este particular que presentan las administraciones penitenciarias de otros Estados, particularmente en el caso de Reino Unido(35).

## 2. EL ORDEN Y LA SEGURIDAD EN EL MEDIO PENITENCIARIO

### 2.1 La seguridad como derecho fundamental garante de los demás derechos

La seguridad no es un acontecimiento desarrollado en la esfera de la realidad, no es tangible ni permite su demostración mediante pruebas empíricas; al contrario, la seguridad se desenvuelve en la esfera de la hipótesis, configurándose como un juicio humano de probabilidad relativo a eventos futuros(36). A pesar de esa naturaleza inmaterial, la

---

(33) Vid. AUTY, K. / COPE, A. / LIEBLING, A., «Psychoeducational programs for reducing prison violence: A systematic review», en *Aggression and Violent Behavior*, núm. 33, 2017, pp. 126-143; AUTY, K. / LIEBLING, A., «Exploring the relationship between Prison Social Climate and Reoffending», en *Justice Quarterly*, núm. 3, 2019, pp. 1-24; STEINER, B. / BUTLER, D. / ELLISON, J. M., «Causes and correlates of prison inmate misconduct: A systematic review of the evidence», en *Journal of Criminal Justice*, 42(6), 2014, pp. 462-470; MOONEY, J. L. / DAFFERN, M., «The relationship between aggressive behaviour in prison and violent offending following release», en *Psychology, Crime & Law*, 21(4), 2015, pp. 314-329.

(34) Vid. TRAJTENBERG, N. / SÁNCHEZ DE RIBERA, O., *op. cit.*, p. 153.

(35) Los datos sobre el sistema de prisiones del Reino Unido y Gales pueden consultarse en <https://www.gov.uk/crime-justice-and-law/prisons-probation>. Consultado el 24/04/2022.

(36) Vid. PAREDES CASTAÑÓN, J. M., «La seguridad como objetivo político-criminal del sistema penal», en *Eguzkilore*, núm. 20, 2006, p. 132.

seguridad representa para las personas una necesidad básica. El deseo de seguridad ha acompañado a la humanidad desde sus inicios. La necesidad de certezas y de protección es algo consustancial al ser humano, una de nuestras características antropológicas más evidente, derivada del instinto de auto-preservación(37). En palabras de Weil «la seguridad es una necesidad esencial del alma»(38). La trascendencia de la seguridad ha llevado a que disciplinas tan dispares como el Derecho, la Economía, la Política o la Sociología, entre otras, se ocupen de la misma. El resultado es el surgimiento de un sinnúmero de subcategorías dentro del concepto primigenio de seguridad: seguridad alimentaria; seguridad humana; seguridad terrestre; seguridad nacional(39) y, como no, también seguridad penitenciaria.

La seguridad aparece mencionada en las primeras Cartas de Derechos(40). Ya en el año 1776 la *Declaración de Derechos de Virginia* aseveraba que «de todas las formas y modos de gobierno, es el mejor el más capaz de producir el mayor grado de felicidad y seguridad, y el que está más eficazmente asegurado contra el peligro de un mal Gobierno». Por su parte, el artículo 2 de la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano* destacaba: «la finalidad de cualquier asociación política es la protección de los derechos naturales e imprescriptibles del Hombre. Tales derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión».

La noción jurídica de seguridad, para el caso español, parte de la alusión a la misma contenida en el apartado primero del artículo 17 de la Constitución(41) (en adelante CE). La ubicación del citado precepto, dentro del texto constitucional, no deja lugar a dudas sobre la naturaleza

---

(37) Vid. MILIONE, C., «La noción de seguridad en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: referencias al derecho a la tutela judicial efectiva», en *Revista de Derecho Político*, núm. 107, enero-abril, 2020, p. 245.

(38) Vid. WEIL, S, *Echar raíces*, Trotta, Madrid, 2014, p.44.

(39) Sobre este particular vid. AGUDO ZAMORA, M. J., «Reflexiones sobre constitucionalidad y seguridad», en IZQUIERDO CARRASCO, M. / ALARCÓN SOTOMAYOR, L., (Dir.), *Estudios sobre la ley orgánica de seguridad ciudadana*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur-Menor, 2019, pp. 171-192. Sobre el papel de la prisión en la estructura de la seguridad nacional vid. CAROU GARCÍA, S., «El papel de la Institución Penitenciaria en materia de seguridad nacional», en *Revista del Instituto Español de Estudios Estratégicos*, núm. 14, 2019, pp. 71-102.

(40) Vid. GUILLÉN LÓPEZ, E., «El concepto constitucional de seguridad en permanente redefinición» en Romboli, S (coord.) *Setenta años de Constitución Italiana y cuarenta años de Constitución Española*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2020, p. 389.

(41) *BOE* núm. 311, de 29 de diciembre, de 1978.

Artículo 17.1 CE: «Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley».



jurídica de la seguridad como derecho fundamental, tal y como ha señalado el TC en su STC núm. 325/1994, de 12 de diciembre(42), entre otras. Se trata, en definitiva, de un bien jurídico individual «configurado como soporte de la libertad de todos y cada uno (SSTC 2/1981 y 262/1988; ATC 1178/1988), con una tradición ya de dos siglos, recogida en las Declaraciones de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y 1793 como su primera expresión legislativa (...)». La citada apelación constitucional a la seguridad como derecho fundamental coincide con la previsión contenida en el artículo 5 del *Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales*(43), según el cual «toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad».

La seguridad, entendida como la condición necesaria para el desarrollo de los demás derechos, aparece en las Exposiciones de Motivos de dos leyes especialmente relevantes en materia securitaria. La Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada(44), afirma que «la seguridad no es solo un valor jurídico, normativo o político; es igualmente un valor social. Es uno de los pilares primordiales de la sociedad, se encuentra en la base de la libertad y la igualdad y contribuye al desarrollo pleno de los individuos». La Ley 36/2015, de 28 de noviembre, de Seguridad Nacional(45) incluye en el inicio de su texto la siguiente aseveración: «la seguridad constituye la base sobre la cual una sociedad puede desarrollarse, preservar su libertad y la prosperidad de sus ciudadanos, y garantizar la estabilidad y buen funcionamiento de sus instituciones». En consecuencia, el derecho a la seguridad puede ser entendido como aquel estado de normalidad mínima, imprescindible para la realización efectiva de los derechos del individuo(46).

## 2.2 La seguridad penitenciaria

La seguridad ha ido siempre un elemento nuclear en la institución penitenciaria. Desde la irrupción de la pena de prisión los lugares destinados a su ejecución se han diseñado y ordenado con la finalidad de mantener la seguridad. Los primeros sistemas penitenciarios emplea-

---

(42) Vid. STC, Sala Primera, núm. 325/1994 de 12 diciembre. [RTC 1994\325], FJ 2.

(43) Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950. *BOE* núm. 243, de 10 de octubre, de 1979.

(44) *BOE* núm. 83, de 5 de abril de 2014.

(45) *BOE* núm. 233, de 29 de septiembre de 2015.

(46) Vid. PAREJO ALFONSO, L. «Sobre el binomio libertad y seguridad en el derecho», en *Lusta*, núm. 45. 2016, p. 113.

ron, de un modo extremo, los elementos destinados a mantener el orden dentro de la prisión; acudiendo, en la mayor parte de los casos, a prácticas de aislamiento total de los internos –particularmente en el caso del *sistema filadélfico* y del *sistema auburniano*– así como a la imposición de severas sanciones frente al incumplimiento del régimen disciplinario(47). La evolución histórica de las formas de gestión de los centros penitenciarios fue eliminando estas prácticas excesivas y vulneradoras, a ojos del penitenciarismo actual, de los más mínimos derechos fundamentales. La disminución de la dureza, en las técnicas de mantenimiento de la seguridad intrapenitenciaria, estuvo unida a la incorporación del ideal reinsertador y rehabilitador en el marco de la ejecución de la pena privativa de libertad.

La centralidad de la seguridad para la prisión reside en el hecho de que sin ella no son realizables las funciones atribuidas a la institución. Así, la orientación resocializadora –derivada del mandato constitucional plasmado en el artículo 25.2 de la CE(48)– deviene irrealizable en un ambiente penitenciario que no responda a los adjetivos de pacífico y ordenado. El respeto y la preservación de los derechos fundamentales de los internos no afectados por fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria–obligación ínsita en el mencionado artículo 25.2 de la CE y reiterada en el artículo 3 de la LOGP(49)– sería inviable fuera del marco de una pacífica convivencia en el recinto carcelario. Por tanto, la seguridad penitenciaria permite ejecutar la sanción privativa de libertad por excelencia bajo los parámetros constitucionalmente marcados; al mismo tiempo, actúa de garante del pleno y libre ejercicio de sus derechos por parte de todas las personas que se encuentran en el centro penitenciario. Conviene resaltar que

---

(47) Vid. FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J., *Manual de Derecho Penitenciario*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 250 ss.; LEGANÉS GÓMEZ, S., *Evolución histórica de la clasificación penitenciaria*, Ministerio del Interior, Madrid, 2005, pp. 26 ss.

(48) Artículo 25.2 CE: «Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad».

(49) Artículo 3 de la LOGP: «La actividad penitenciaria se ejercerá respetando, en todo caso, la personalidad humana de los reclusos y los derechos e intereses jurídicos de los mismos no afectados por la condena, sin establecerse diferencia alguna por razón de raza, opiniones políticas, creencias religiosas, condición social o cualesquiera otras circunstancias de análoga naturaleza (...)».

ese grupo humano, albergado por estructura arquitectónica que denominamos prisión, comprende tanto a los reclusos como a los funcionarios. Así, pues, la seguridad penitenciaria va a preservar también la indemnidad de los derechos laborales de los trabajadores penitenciarios, particularmente en lo referido a la protección de su salud frente a agresiones de los internos.

Además de la orientación reinsertadora, la prisión tiene encomendada la retención y custodia de los detenidos, presos y penados, tal y como señala el artículo 1 de la LOGP(50). Esta función lleva implícito el desarrollo de acciones que preserven la seguridad del centro, a fin de evitar las fugas de delincuentes del mismo. Conviene recordar en este punto que la delincuencia supone una amenaza para la indemnidad del Estado y, por extensión, de sus ciudadanos. La mencionada previsión legal de la LOGP conecta a la institución penitenciaria con una categoría constitucional directamente relacionada con la seguridad: el orden público(51). Las interconexiones del derecho a la seguridad con el orden público fueron puestas de manifiesto en la STC 325/1994, del 12 de diciembre, según la cual:

«Hay otra seguridad, la que es soporte y compañera de la libertad personal (art. 17 CE), cuya esencia se pone desde antiguo en la tranquilidad de espíritu producida por la eliminación del miedo. [...] Ésta, a su vez, aparece conectada a la tercera especie, la seguridad pública (art. 149.1.29 CE), también llamada ciudadana, como equivalente a la tranquilidad en la calle. En definitiva, tal seguridad se bautizó ya en el pasado siglo con la rúbrica del “orden público”, que era concebido como la situación de normalidad en que se mantiene y vive un Estado cuando se desarrollan las diversas actividades colectivas sin que se produzcan perturbaciones o conflictos». (FJ 2.)

La relación de la seguridad penitenciaria con el orden público, o con la seguridad ciudadana, supone la proyección de la seguridad penitenciaria extramuros de la prisión. La seguridad penitenciaria incide también en la seguridad del resto de la sociedad, confirmando el compromiso de la institución penitenciaria con la defensa social. La propia Exposición de Motivos de la LOGP afirma que el orden de los establecimientos penitenciarios es requerido por las necesidades del internamiento y la demanda social de paz.

---

(50) Artículo 1 LOGP: «Las Instituciones penitenciarias reguladas en la presente Ley tienen como fin primordial la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad, así como la retención y custodia de detenidos, presos y penados.

Igualmente tienen a su cargo una labor asistencial y de ayuda para internos y liberados».

(51) Vid. PAREJO ALFONSO, L., *op. cit.*, p. 113.

La seguridad penitenciaria guarda una estrecha relación con el concepto de orden. La definición de este último para el medio penitenciario no resulta una tarea sencilla, muestra de ello son las múltiples definiciones del mismo procedentes de la sociología del castigo(52). El orden en prisión puede ser entendido como la ausencia de su antónimo, esto es, del caos(53). La evitación del caos lleva consigo la necesidad de implementación de una serie de actividades repetidas, de forma rutinaria, dentro de la dinámica habitual institución penitenciaria. Esto último nos conduce, de modo inexorable, a uno de los conceptos que conforma un pilar básico de la estructura del sistema penitenciario español: el régimen. Este puede ser entendido como «todas aquellas normas y rutinas que conforman la estructura, la organización y la cotidianidad de las prisiones, y que además son percibidas y defendidas como el buen funcionamiento de la institución»(54). A nivel legal resulta llamativa la ausencia de una definición de este término en la LOGP. El concepto de régimen penitenciario se ubica en el artículo 73.1 del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario (55) (en adelante RP), que lo define como «el conjunto de normas o medidas que persiguen la consecución de una convivencia ordenada y pacífica que permita alcanzar el ambiente adecuado para el éxito del tratamiento y la retención y custodia de los reclusos»(56). La finalidad instrumental del régimen en relación con el tratamiento –es decir, la utilidad del régimen más allá de la mera retención y custodia– se reitera en el artículo 73.2 del RP el cual dispone que «las funciones regiminales de seguridad, orden y disciplina son medios para alcanzar los fines indicados, debiendo ser siempre proporcionadas al fin que persiguen, y no podrán significar un obstáculo para la ejecución de los programas de tratamiento e intervención de los reclusos». Una previsión similar se encuentra en el artículo 71 de la LOGP(57).

---

(52) Sobre esta cuestión vid. SPARKS, R. / BOTTOMS, A. / HAY, W., *Prison and the Problem of Order*, Clarendon Press, Oxford, 1996.

(53) Vid. GIDDENS, A., *New Rules of Sociological Method*. Hutchinson, Londres, 1976, p. 98.

(54) Vid. BATLLE MANONELLES, A., «El orden en prisión: ¿solo una cuestión de seguridad? A propósito del caso de las prisiones de mujeres», en *Papers*, 104/3, 2019, p. 586.

(55) *BOE* 15 de febrero de 1996.

(56) La regulación legal del régimen penitenciario se recoge en el Título II de la LOGP y en el Título III de la norma reglamentaria.

(57) El artículo 71 LOGP, en relación con los establecimientos de cumplimiento, establece que «el fin primordial del régimen es lograr en los mismos el ambiente adecuado para el éxito del tratamiento; en consecuencia, las funciones regiminales deben ser consideradas como medios y no como finalidades en sí mismas».

### 2.3 Seguridad interior y seguridad exterior del establecimiento penitenciario

La seguridad de los establecimientos penitenciarios, tradicionalmente, ha englobado dos proyecciones de la misma: la interior y la exterior. Estas aparecen reguladas en las secciones I y II del Capítulo VIII del Título II del RP. Como se verá más adelante, la Disposición Final Primera de la LOGP, debido a la excepcionalidad de las circunstancias que habilitan su aplicación, va a alterar, de modo sustancial, el reparto competencial en materia de seguridad diseñado en el RP.

#### a) SEGURIDAD EXTERIOR

La seguridad exterior presenta una clara vocación de protección de la sociedad extra-penitenciaria, así como del propio Estado en su faceta de titular de la justicia. Con ella se trata de evitar la evasión de los reclusos y, por extensión, la comisión de nuevos delitos. Este tipo de seguridad manifiesta, igualmente, una misión de preservación de la realización de la justicia, toda vez que su misión es la obstaculización del incumplimiento de las sentencias y de las resoluciones judiciales mediante las que se imponen medidas restrictivas de la libertad ambulatoria(58). La competencia en esta materia es atribuida, por el artículo 63.1 del RP, a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad o, en su caso, a los Cuerpos de Policía de las Comunidades Autónomas.

El recurso a empresas privadas para la custodia del perímetro exterior de las prisiones –auspiciado por la irrupción de la Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada(59), que adjetiva a la seguridad privada como un actor auxiliar y colaborador de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad–, permanece en la actualidad. Ello pese a que en 2019 la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias decidió rescindir los contratos celebrados al respecto con empresas privadas, con la promesa de ir aumentando la plantilla de miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad destinados al control del perímetro exterior de las prisiones(60).

El personal de las empresas de seguridad que opera en el medio penitenciario se encarga de la seguridad en los puntos de acceso, los puntos fijos, el impedimento de los tránsitos no autorizados, la observación de los sistemas técnicos de vigilancia y la comunicación de

---

(58) Vid. FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. / NISTAL BURÓN, J., *op. cit.*, p. 476.

(59) *BOE* núm. 83 de 5 de abril de 2014.

(60) Vid. *Seguritecnia*, núm. 461, febrero, 2019, p. 7.

alarmas e incidencias en las prisiones. Consideramos que el recurso al capital privado para esta función de vigilancia no resulta adecuado. Sin negar el correcto desempeño de las empresas de seguridad privada en la vigilancia de ciertos edificios públicos, estimamos que las peculiaridades de los establecimientos penitenciarios –derivadas de su misión de retención y custodia de delincuentes con diversos grados de peligrosidad– desaconseja la intervención de la empresa privada en este ámbito de la Administración del Estado, que se revela como una pieza más de la estructura de seguridad nacional.

#### b) SEGURIDAD INTERIOR

Con la seguridad interior la Administración Penitenciaria persigue tres objetivos. Primero, asegurar la retención y custodia de los reclusos. Segundo, proteger la indemnidad de los derechos fundamentales de la comunidad carcelaria, que puedan verse amenazados en el interior de los establecimientos. A estos efectos, por comunidad carcelaria entendemos no solo a los penados y preventivos, sino también a los funcionarios que deben desarrollar su trabajo dentro de las prisiones y respecto de los cuales el Estado tiene un deber de protección. En tercer lugar, la seguridad interior contribuye a impedir que determinados internos continúen con sus actividades criminales en el interior de la cárcel o que instrumentalicen la institución para la captación de nuevos integrantes para su organización delictiva.

La consecución de estas tres finalidades requiere la implementación de estrategias de actuación eficaces. En este punto adquieren especial relevancia las medidas reguladas por el artículo 65 del RP. Estas se concretan en: la observación de los internos, los recuentos de población reclusa, los registros, los cacheos, las requisas, los controles, los cambios de celda, la asignación adecuada de destinos y de las actividades, así como las cautelas propias de las salidas de los módulos o del propio establecimiento. Como puede observarse, estas actuaciones se proyectan tanto sobre la persona del recluso, como sobre las instalaciones del recinto carcelario.

La variable intensidad de las aludidas medidas se hace depender de la peligrosidad de los internos, de tal manera que se producirá un agravamiento en relación con reos pertenecientes a grupos terroristas, delincuencia organizada o aquellos calificados como extremadamente peligrosos. La intensificación de las medidas de seguridad interior encuentra su límite en la observancia de los principios de proporcionalidad y necesidad, así como en el respeto a la dignidad y los dere-

chos fundamentales, impuestos por el artículo 71 del RP(61) al que efectúa una remisión el propio artículo 65.2. Es imprescindible que el agravamiento de las medidas de seguridad esté rodeado de limitaciones. La exacerbación de los aspectos securitarios en el interior de las prisiones puede conllevar efectos perjudiciales. La dinámica de los centros penitenciarios implica la repetición continuada de múltiples actividades, entre las cuales figuran las relacionadas con la seguridad. La rutina en la ejecución de las tareas de vigilancia y de control puede generar una pérdida de perspectiva, en relación con los principios de necesidad y proporcionalidad de la medida, ya que la mecanización impide la adaptación a las circunstancias o al contexto(62). Además, han de tenerse presentes los efectos psicológicos derivados del sometimiento del recluso a unas mayores medidas de control y vigilancia. Bajo unas condiciones extremas de control los internos tienen pocas vías de ejercer su autonomía personal, por lo que se vuelven totalmente dependientes de la institución penitenciaria, lo que puede convertirlos en disfuncionales para a una vida en sociedad(63).

La competencia para la ejecución de medidas de seguridad interior corresponde, según lo previsto por el artículo 64 del RP, a los funcionarios de los Cuerpos de Instituciones Penitenciarias. Se entiende que esta referencia abarca a cualquier funcionario integrado en alguno de los siete Cuerpos existentes en la actualidad; esto es: Ayudantes, Especial, Técnicos Sanitarios, Facultativo, Técnico y Capellanes. Pese a la citada previsión reglamentaria, no cabe duda que el rol principal en materia de seguridad interior recae sobre el denominado Cuerpo de Ayudantes. La importancia de este colectivo de funcionarios estriba en la inmediatez que caracteriza su relación con los internos. Son estos profesionales penitenciarios los que interactúan durante más tiempo y de modo más intenso con los reclusos. Ellos personifican a la institución carcelaria en el día a día del recluso. Ellos determinan,

---

(61) Artículo 71.1 RP: «Las medidas de seguridad se regirán por los principios de necesidad y proporcionalidad y se llevarán siempre a cabo con el respeto debido a la dignidad y a los derechos fundamentales, especialmente las que se practiquen directamente sobre las personas. Ante la opción de utilizar medios de igual eficacia, se dará preferencia a los de carácter electrónico».

(62) Vid. ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA, F. J. y RODRÍGUEZ RAMÍREZ, V. *Reglamento Penitenciario. Análisis sistemático, comentarios, jurisprudencia*, Colex, Madrid, 2019, p. 222.

(63) Vid. SHALEV, S., *Libro de referencia sobre aislamiento solitario*, Oxford: Universidad de Oxford, 2009, pp. 30-31.

en buena medida, la percepción que el reo tiene del sistema penitenciario y de la legitimidad del mismo(64).

Aunque a priori la delimitación de la distribución competencial, relativa a la seguridad interior y exterior de los centros penitenciarios, parece clara –a tenor de las previsiones de los artículos 63 y 64 del RP– la realidad penitenciaria demuestra la existencia de ciertas divergencias al respecto. Buena muestra de ello es la Sentencia núm. 963/2020 de 22 de junio, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.<sup>a</sup>)(65) en la que se resuelve una discrepancia, relacionada con la ubicación en materia de seguridad interior o exterior, de la tarea de apertura y cierre de puertas, realizada en las denominadas unidades de acceso al centro penitenciario. Según la citada resolución, esa labor forma parte de las funciones propias de la seguridad interior. La sentencia es resultado de un recurso contencioso administrativo, contra una Orden de Dirección del Centro Penitenciario Madrid III, por supuesta vulneración de las previsiones del artículo 63 del RP. La Sala concluye que las tareas de control de las unidades de acceso son competencia de los funcionarios de instituciones penitenciarias –y no de la Guardia Civil como estimaba la parte recurrente– al ser parte de la seguridad interior del centro.

### 3. LA EXACERBACIÓN DEL CONFLICTO PENITENCIARIO: EL MOTÍN

#### 3.1 El motín como concepto jurídico

El grado más alto de la conflictividad carcelaria se alcanza cuando esta toma la forma de motín. El motín es la situación más peligrosa a la que se puede enfrentar cualquier establecimiento penitenciario, ya que supone el colapso del mismo y la quiebra absoluta de la seguridad penitenciaria. Su gravedad queda de manifiesto en el hecho de que la participación o la instigación a los mismos es considerada, según el artículo 108 del Reglamento Penitenciario de 1981(66), como una

---

(64) Vid. SANHUEZA, G. y BRANDER, F., «Centralidad de la relación interno-funcionario en cárceles chilenas: implicancias para la reinserción y el control de la corrupción», en *URVIO, Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad*, núm. 29, enero-abril, 2021, p. 84.

(65) Vid. STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.<sup>a</sup>, núm. 963/2020 de 22 junio. [RJCA 2020\1187].

(66) El apartado tercero de la Disposición Derogatoria Única del RP actual, declara vigentes los artículos 108, 109, 110 y 111 y el primer párrafo del artículo 124 del Reglamento Penitenciario aprobado por Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo,



falta muy grave; siendo el apartado a) del citado precepto –en el que se contiene la referencia al motín– el que da apertura al elenco de infracciones disciplinarias. Tal conducta podrá ser tributaria de la sanción de aislamiento en celda, conforme a lo establecido en el artículo 113 de texto reglamentario de 1981. Asimismo, la participación en un motín puede acarrearle al recluso la clasificación en primer grado y la aplicación del régimen cerrado, a tenor de lo dispuesto en el artículo 10 de la LOGP y el artículo 102.5 del RP.

La calificación como falta grave de la instigación al motín puede verse atenuada si este no logra ser secundado por el resto de los reclusos. En tal caso la falta disciplinaria será calificada como grave, conforme a lo establecido por el artículo 109 del citado texto reglamentario de 1981.

Pese a la mencionada relevancia del motín, dicho concepto no figura definido en la legislación penitenciaria. Dicha ausencia resulta aún más llamativa si tenemos presente que el motín es una infracción de profunda raigambre en la historia del penitenciarismo español(67). Acudiendo a una definición extrajurídica del término, la RAE lo describe como «movimiento desordenado de una muchedumbre, por lo común contra la autoridad constituida». Desde el plano de la ciencia jurídica, la doctrina no ha prestado especial atención a esta cuestión, siendo muy escasas las aportaciones conceptuales al respecto. Para Sanz Delgado consistiría en un «tumulto, movimiento o levantamiento contra la autoridad penitenciaria en el marco de un establecimiento penitenciario»(68). Cancio Meliá lo interpreta como la concertación de varios reclusos para resistirse a quienes tengan su custodia, implicando una unión física, en un grupo, de los sujetos en cuestión y la disposición de hacer uso de la violencia(69). Marcos Madruga y De Vicente Martínez(70) lo definen como el «alzamiento de varios sentenciados o presos contra las autoridades encargadas de su custodia». Beneytez Merino(71) aporta un dato especialmente relevante en el terreno jurídico, conceptualizando el

---

en la redacción dada por el Real Decreto 787/1984, de 26 de marzo, relativos a las faltas o infracciones de los internos, a las sanciones disciplinarias y a los actos de indisciplina grave cuya sanción puede ser inmediatamente ejecutada.

(67) Vid. RODRÍGUEZ ALONSO, A., *Lecciones de derecho penitenciario*, Comares, Granada, 2011, p. 180.

(68) Vid. SANZ DELGADO, E., *Diccionario de Ciencias Penales*, Edisofer, Madrid, 1999, p. 360.

(69) Vid. CANCIO MELIÁ, M., *Comentarios al Código Penal*, Civitas, Madrid, 1997, p. 469.

(70) Vid. MARCOS MADRUGA, F. / DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *op. cit.*, p. 88.

(71) Vid. BENEYTEZ MERINO, L., *Derecho Penal. Parte General*, Akal, Madrid, 1986, p. 551.

motín como «la denominación vulgar de un delito contra el orden público que en el CP se conoce como sedición».

Partiendo de las definiciones anteriores –en las que se hace especial hincapié en los sustantivos «tumulto» y «alzamiento» protagonizados por reclusos contra la Administración Penitenciaria– y recogiendo la calificación penal de los mismos establecida por Beneytez Merino, el motín sería, en principio, una sedición penitenciaria.

Conviene deslindar el motín de otros conceptos, propios del Derecho Penitenciario, que también son acreedores de sanciones en el terreno disciplinario. Nos referimos a los conceptos de *plante* y *desórdenes colectivos*(72). Respecto a la diferenciación con el primer concepto antes mencionado, el Auto Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria de 18 de enero de 2005 sostiene que «la diferencia con el plante, estaría en que se requiere un comportamiento activo que suponga violencia en las personas o en las cosas. El plante según el diccionario de la RAE es «la protesta colectiva con abandono de su cometido habitual, de personas que viven agrupadas bajo una misma autoridad o trabajos en común, para exigir o rechazar enérgicamente alguna cosa» Por tanto el plante requiere una dejación u omisión de los contenidos habituales frente al amotinamiento que requiere una protesta activa». En relación con el concepto de desórdenes colectivos, como bien sostiene Colmenar Launes(73), se trata de un concepto jurídico indeterminado, que constituye una especie de cajón de sastre, donde puede haber cualquier tipo de alteración colectiva del orden en un establecimiento penitenciario. Señala el citado autor que la nota común a los tres comportamientos aludidos –motín, plante y desórdenes colectivos– es que los tres están protagonizados por una pluralidad de internos que pueden llegar a constituir una masa. Se trataría, en suma, de infracciones de carácter colectivo.

### 3.2 El motín como delito de sedición penitenciaria

El delito de sedición, reflejo delictivo de la infracción penitenciaria de motín, se configura como una de las modalidades delictivas lesi-

---

(72) El artículo 108 del RP de 1981 califica como falta muy grave «participar en motines, plantos o desórdenes colectivos, o instigar a los mismos si éstos se hubieran producido». Por su parte, el artículo 109 del citado texto reglamentario califica de falta grave «instigar a otros reclusos a motines, plantos o desórdenes colectivos, sin conseguir ser secundados por éstos».

(73) Vid. COLMENAR LAUNES, Á., *El régimen disciplinario y su procedimiento en el Sistema Penitenciario Español*. Tesis doctoral dirigida por Alicia Rodríguez Núñez (dir. tes.). UNED. Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2016, pp. 166 ss.

vas del orden público, reguladas en el Título XXII del Código Penal(74). Se trata de un delito que apenas ha recibido la atención de la doctrina –hasta la irrupción de la STS 459/2019, de 14 de octubre(75), que enjuició a los principales líderes del proceso independentista catalán– y que cuenta con escasa jurisprudencia.

El bien jurídico tutelado por este ilícito es impreciso y, por ello, controvertido. El orden público es un concepto jurídico transversal a diversas ramas del ordenamiento. Podemos encontrar apelaciones al mismo tanto en la normativa civil(76), como en la administrativa(77) e incluso en la propia CE(78).

---

(74) El título XXII alberga una amalgama de delitos que van desde la tenencia ilícita de armas, hasta la propia sedición, pasando por el terrorismo y la criminalidad organizada o la desobediencia a la autoridad, entre otros. Ello hace que sea considerado, en palabras de CANCIO MELIÁ, como una especie de un recipiente para delitos que no tienen un encaje claro. Vid. CANCIO MELIÁ, M., «Adiós al delito de sedición», en ACALE SÁNCHEZ, M. / MIRANDA RODRIGUES, A. / NIETO MARTÍN, A., *Reformas penales en la península ibérica: A «janganada de pedra»?*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2021, p. 232.

(75) Vid. STS, Sala de lo Penal, Sección 1.ª, núm. 459/2019 de 14 octubre, [RJ 2019\3900]

(76) Vid. Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil mandada publicar en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo último. *Gaceta* de 25 de julio de 1889.

En el Código Civil pueden encontrarse diversas apelaciones al orden público, entre otras:

Artículo 1.3 CC: «La costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada (...)».

Artículo 12.3 CC: «En ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público».

Artículo 1.255 CC: «Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público».

(77) Así, en el prólogo de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana (*BOE* núm. 77, de 31 de marzo de 2015) se argumenta la necesidad de promulgación de la citada norma partiendo de la incorporación al ámbito administrativo de algunas conductas que, de lo contrario, quedarían impunes, como son ciertas alteraciones del orden público, las faltas de respeto a la autoridad, el deslucimiento de determinados bienes en la vía pública o dejar sueltos animales peligrosos.

(78) En los artículos 16.1 y 21.2 de la CE, el orden público conforma un límite al ejercicio de los derechos a la libertad religiosa y al derecho de reunión.

Artículo 16.1 CE: «Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley».

Artículo 21.2 CE: «En los casos de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones se dará comunicación previa a la autoridad, que solo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes».

A nivel doctrinal se distinguen dos grandes líneas interpretativas relativas al concepto de orden público(79). Una línea interpretativa, de corte metajurídico, entiende que el orden público es el conjunto de reglas no escritas, cuyo cumplimiento constituye una condición previa para una convivencia próspera y ordenada dentro de la comunidad(80). Por su parte, de la segunda corriente interpretativa –decanada hacia una perspectiva netamente jurídica, desprovista de cualquier tinte social o valorativo– emerge un concepto de orden público positivo, entendiendo este como el orden regulado, tipificado, establecido por el Derecho(81).

También podemos encontrar interpretaciones que establecen el concepto de orden público en función del concreto ilícito, dentro del Título XXII del CP, del que se trate. Para el caso del delito de sedición, el bien jurídico protegido se sustanciaría en aplicación de las leyes o en el ejercicio de funciones estatales(82). Acudiendo a una línea interpretativa que restrinja la conceptualización del orden público –en este caso no referida a cada delito del Título XXII del CP, sino al citado título en su conjunto– Muñoz Conde defiende la equiparación del mencionado concepto con la tranquilidad o la paz en las manifestaciones colectivas de la vida cotidiana(83).

La vinculación entre el orden público y la paz y la tranquilidad también es apreciada por la jurisprudencia. El TC ha definido el orden público como la tranquilidad indispensable para permitir el normal funcionamiento de la convivencia(84). Por su parte, el TS adopta, en su Sentencia 459/2019, de 14 de octubre, una definición más precisa del orden público protegido por el delito de sedición, deslindándolo del concepto de paz pública. Así, en la referida resolución, remitiéndose a la STS 1154/2010, 12 de enero(85), el TS afirma que: «la paz pública hace referencia a la normalidad de la convivencia con un uso pacífico de los derechos, especialmente los derechos fundamentales,

---

(79) Vid. REBOLLO VARGAS, R., «El delito de sedición», en Álvarez García, F. (Dir.) / Ventura Püschel, A. (Coord.), *Tratado de derecho penal español: parte especial: VI. Delitos contra el orden público (II)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 50 ss.

(80) Vid. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J. L., «Sobre los conceptos de orden público, seguridad ciudadana y seguridad jurídica», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 27, 1990, p. 7.

(81) Vid. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, *op. cit.*, p. 7.

(82) Vid. REBOLLO VARGAS, R., *op. cit.*, p. 51.

(83) Vid. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal: parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 820.

(84) Vid. STC, Sala Primera, núm. 325/1994 de 12 diciembre. [RTC 1994\325].

(85) Vid. STS, Sala de lo Penal, Sección 1.ª, núm. 1154/2010 de 12 enero. [RJ 2011\175].

mientras que el orden público se refiere al funcionamiento normal de las instituciones y de los servicios». En la comentada sentencia el TS establece la conceptualización del orden público como un bien jurídico autónomo «identificable con el interés de la sociedad en la aceptación del marco constitucional, de las leyes y de las decisiones de las autoridades legítimas, como presupuesto para el ejercicio y disfrute de los derechos fundamentales». Esta precisión incorporada por el TS se compadece con la dinámica comisiva del delito de sedición penitenciaria ya que, como examinaremos más adelante, el sujeto pasivo del mismo siempre va a ser la institución carcelaria, siendo la finalidad perseguida el impedimento o la obstaculización de sus legítimas funciones.

En suma, como señalan Rebollo Vargas y García Rivas, el bien jurídico protegido por el delito de sedición se concreta en «el ejercicio democrático de la autoridad del Estado»(86); evitándose, con la tipificación de estas conductas, que los ciudadanos entorpezcan la labor de quienes se encargan del ejercicio de dichas funciones(87).

La conducta sancionada en el delito de sedición se centra en el alzamiento público y tumultuario con la finalidad de impedir –por la fuerza o fuera de las vías legales– la aplicación de las leyes o a cualquier autoridad, corporación oficial o funcionario público, el legítimo ejercicio de sus funciones o el cumplimiento de sus acuerdos, o de las resoluciones administrativas o judiciales.

La sedición tipificada por el artículo 544 del CP es un delito de convergencia, al requerir la presencia de un sujeto activo plural configurado por un número elevado de personas(88), si bien no se exige

---

(86) Vid. REBOLLO VARGAS, R. «Consideraciones y propuestas para el análisis del delito de rebelión y, en particular, del delito de sedición: bien jurídico y algunos elementos del comportamiento típico» en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.<sup>a</sup> Época, núm. 19, 2018, p. 167; GARCÍA RIVAS, N. en Nieto Martín, A. / Pérez Cepeda, A. I. (Coord.), *Comentarios al Código penal*, Iustel, Madrid, 2007, p. 1060.

Siguiendo una línea exegética similar podemos encontrar otras concreciones del bien jurídico tutelado por el delito de sedición que lo definen como «la aplicabilidad de las leyes y de los acuerdos y resoluciones administrativas o judiciales por parte de los legítimos titulares de las competencias propias de la función pública» o «el legítimo ejercicio de la autoridad y de la función pública». Vid. TERRADILLOS BASOCO, J., «Sedición», en Luzón Peña, D. M (Dir.), *Enciclopedia Penal Básica*, Comares, Granada, 2002, p. 1146; GARCÍA ALBERO, R., «Sedición», en Quintero Olivares, G. (Dir.)/ Morales Prats, F. (Coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 8.<sup>a</sup> ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2009, p. 2058.

(87) Vid. CANO PAÑOS, M. Á., «Los delitos de rebelión y sedición en el ordenamiento jurídico español y su eventual aplicación al proceso independentista catalán» en *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, núm. 5, 2019, p. 30.

(88) Vid. MUÑOZ CONDE, F., *op. cit.*, p. 820.

que este alcance el nivel de multitud o muchedumbre(89). La presencia de un sujeto activo plural permite diferenciar este ilícito de los delitos de atentado, resistencia o desobediencia(90). El efecto de la presencia de ese sujeto colectivo en el alzamiento es su capacidad de conmoción de la sociedad(91).

El alzamiento público requiere que este sea abierto, exteriorizado, perceptible y patente(92). El adjetivo tumultuario hace referencia a la cualidad del alzamiento de amorfo, de caótico(93). En palabras de la STS de 10 de octubre de 1980(94) el alzamiento sedicioso ha de ser anárquico, inorgánico y desordenado o en tropel. La inclusión del término tumultuario nos remite a los históricos amotinamientos o a las asonadas(95). El tumulto, característico del alzamiento propio del delito de sedición, no impide que se pueda apreciar en el mismo cierta organización, ya que, como afirmaba la citada STS de 10 de octubre de 1980, nada impediría que de ser organizado y ordenado el alzamiento se aplicase el delito de sedición; no obstante, conviene precisar que la planificación no es un elemento indispensable del tipo(96). En esta línea se manifiesta la mencionada STS 459/2019, de 14 de octubre al afirmar que «no es una exigencia que la actuación de grupo sea ajena a patrones organizativos, pudiendo desenvolverse conforme a concretas especificaciones estratégicas prediseñadas». Esta cuestión alcanza una relevancia especial en el caso de la sedición penitenciaria. La capacidad organizativa para llevar a cabo un motín carcelario será diversa, en función de la tipología delincencial por la que hayan sido condenados los reclusos protagonistas del mismo. Así, para el caso de un motín llevado a cabo por internos pertenecientes a organizaciones criminales la capacidad de acuerdo y coordinación será mayor, más efectiva y más evidente, al ser esta una cualidad propia de dicho fenómeno criminal. Probablemente, en tales supuestos, podría apreciarse una estructuración jerárquica de las acciones. Por su parte, si el motín

---

(89) Vid. JUDEL PRIETO, Á., «Tema 59. Delitos contra el orden público» en SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., *Manual de Derecho Penal. Tomo II. Parte Especial*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2020, p. 321.

(90) Vid. CANO PAÑOS, M. Á., *op. cit.*, p. 31

(91) Vid. CUERDA ARNAU, M. L., «Delitos contra el orden público», en González Cussac, J. L.(coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 6.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 778.

(92) Vid. JUDEL PRIETO, Á., *op. cit.*, p. 321 ss.

(93) Vid. JUDEL PRIETO, Á., *op. cit.*, p. 321 ss.

(94) Vid. STS, Sala de lo Penal, 10 octubre 1980. [RJ 1980\3683].

(95) Vid. GÓMEZ NAVAJAS, J., «Delitos contra el orden público», en *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 662 ss.; MUÑOZ CONDE, F. *op. cit.*, p. 820.

(96) Vid. REBOLLO VARGAS, R., *op. cit.*, p. 68.

estuviese orquestado por reos condenados por otro tipo de delitos, se incrementa la posibilidad de que exista un nivel de desorden e improvisación mayor.

La acción de la colectividad amotinada ha de estar presidida por la hostilidad. A esta cuestión se refiere el artículo 544 cuando incluye la expresión «por la fuerza o fuera de las vías legales», no obstante la elección de los términos quizás no fue la más afortunada desde el punto de la precisión técnico-legal(97). La vaguedad de las palabras incluidas en el citado precepto legal ha generado la duda respecto de la necesidad de violencia en el alzamiento sedicioso. La fuerza aludida por el precepto ha de ser interpretada en un sentido amplio; englobando, en consecuencia, tanto la violencia como la intimidación, no siendo estas imprescindibles para la comisión del delito, ya que también se admite el recurso a vías fuera de las marcadas legalmente(98). La expresión «fuera de las vías legales» implica, por tanto, la posibilidad de comisión del delito sin recurrir a la fuerza en las cosas, ni a la violencia sobre las personas, bastando el simple constreñimiento que lleva aparejado el alzamiento tumultuario(99).

Centrándonos en el terreno penitenciario, estimamos que, dada la gravedad de las consecuencias derivadas de la aplicación de la Disposición Final Primera de la LOGP, que analizaremos en el apartado siguiente, el delito de sedición cometido en el medio carcelario, que sirva de fundamento de aplicación de la misma, ha de requerir la presencia de violencia. En aras a la preservación del principio de proporcionalidad, estimamos que cualquier otro tipo de modalidad comisiva en el marco de una institución penitenciaria debiera ser resuelta a través de otras vías legales, distintas de la aplicación de la mencionada Disposición Final.

---

(97) En relación con las imprecisiones técnicas del artículo 544 del CP, si bien las mismas no llegan a impedir que el citado precepto encaje en los requisitos constitucionales de taxatividad y claridad exigidos por el artículo 25. 1 CE, tal y como ha confirmado la STC, Pleno, núm. 106/2021, de 11 mayo, [RTC 2021\106] (FJ 11), resulta evidente que el citado precepto necesita una urgente revisión de cara a eliminar las imprecisiones y vaguedades de algunos de los conceptos empleados y favorecer su diferenciación respecto de otras figuras delictivas. GARCÍA RIVAS, por su parte, afirma que la regulación actual del delito de sedición contiene formulaciones tan abiertas por su amplitud, vaguedad o indefinición, que pueden conducir a una decisión prácticamente libre y arbitraria del juzgador, motivo por el cual propone su derogación. Vid. GARCÍA RIVAS, N., «Luces y sombras de una sentencia histórica» en *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, núm. 5, 2019, p. 12. Partidario de la derogación del citado delito se muestra también CANCIO MELIÁ. Vid. CANCIO MELIÁ, M. *op. cit.*, pp. 237-248.

(98) Vid. GÓMEZ NAVAJAS, J., *op. cit.*, p. 662.

(99) Vid. CUERDA ARNAU, M. L., *op. cit.*, p. 777.

El artículo 544 CP anuda a la sedición las finalidades de impedir la aplicación de las leyes o imposibilitar a cualquier autoridad, corporación oficial o funcionario público, el legítimo ejercicio de sus funciones o el cumplimiento de sus acuerdos, o de las resoluciones administrativas o judiciales. De la enumeración de estas finalidades ha surgido la duda relativa a si la sedición ha de perseguir alguna finalidad política. Ciñéndonos a la literalidad del precepto, el elemento político aparece ausente de la redacción. Si trascendemos el tenor del artículo sí que puede inferirse una naturaleza política en las finalidades perseguidas. Como sostiene Cuerda Arnau(100), el aspecto político del delito de sedición resulta evidente, toda vez que la acción delictiva consiste en un levantamiento hostil contra el Estado, simbolizado en la institución que vea impedida u obstaculizada su labor legítimamente desempeñada.

Ahora bien, la presencia de un sustrato netamente político en este ilícito ha de ser puesto en relación con la ubicación sistemática del mismo en el CP. Recordemos que el delito de sedición no se encuentra entre los *Delitos contra la Constitución* –regulados en el Título XXI– y entre los que se encuentra el delito de rebelión, tradicionalmente relacionado con la sedición(101) y respecto del cual esta actúa como figura residual o de recogida(102). Su lugar dentro del CP está, como ya hemos señalado, en el Título XXII, siendo el bien jurídico protegido, no la estructura estatal, sino el orden público. Así, pues, pese a que la sedición posee un cariz político evidente –manifestado en la canalización de modo delictivo de la disensión respecto de alguna faceta de la gestión llevada a cabo por el Estado– la finalidad perseguida con este ilícito no es forzar un cambio en la estructura del Estado o la destrucción del mismo(103). A este respecto, en relación con la sedición penitenciaria, resulta especialmente ilustrativa la STS de 5 abril 1983(104), en la que se resolvió el recurso de casación interpuesto por varios reclusos, acusados de participar el denominado

---

(100) Vid. CUERDA ARNAU, M. L., *op. cit.*, p. 777.

(101) En el anterior CP de 1973, los delitos de rebelión y sedición compartían el mismo Título - «Delitos contra la seguridad interior del Estado». En el CP actual se conserva cierta relación entre ambos ilícitos que se manifiesta en el propio artículo 544 cuando dispone que «son reos de sedición los que, sin estar comprendidos en el delito de rebelión, se alcen pública y tumultuariamente (...)». El artículo 549 establece que son aplicables al delito de sedición varias de las disposiciones que regulan el delito de rebelión, recogidas en los artículos 419 a 484.

(102) Sobre la relación entre ambas figuras –rebelión y sedición– vid. CANCIO MELIÁ, M., *op. cit.*, p. 233 ss.

(103) Vid. CUERDA ARNAU, M. L., *op. cit.*, p. 778.

(104) Vid. STS, Sala de lo Criminal, de 5 abril 1983. [RJ1983\2243]



como «motín de Torrero», acaecido el 19 de julio de 1977 en la homónima prisión aragonesa. En dicha sentencia el TS afirma que la finalidad perseguida por los condenados era «llamar la atención de los Parlamentarios que en tal ocasión visitaban el establecimiento, para que estos instasen del Gobierno que por éste se concediera un indulto a los presos por delitos comunes». Como se desprende de la sentencia, en este caso la sedición penitenciaria no perseguía terminar con la configuración del Estado, sino mostrar el desacuerdo de los internos con la política de indultos de ese momento.

La nómina de finalidades perseguidas por el delito de sedición, incluidas en el artículo 544 del CP, presenta cierto grado de imprecisión que puede conducir a una aplicación exorbitada del tipo. Impedir la aplicación de las leyes o a cualquier autoridad, corporación oficial o funcionario público, el legítimo ejercicio de sus funciones o el cumplimiento de sus acuerdos, o de las resoluciones administrativas o judiciales, puede tener, en algunos casos, una intencionalidad humanitaria. Resulta obvio que el Estado no es una maquinaria perfecta y que, en ciertas ocasiones, una aplicación mecánica de las normas – desprovista de un análisis social e histórico del contexto– puede conducir a una situación en la que la ciudadanía interprete que el Estado ha conculcado sus derechos o ha actuado de manera abiertamente injusta. En tales casos la canalización del descontento social puede adoptar una forma que sería encuadrable en la acción típica del delito de sedición; no obstante, la aplicación de este ilícito resultaría desproporcionada, siendo preferible el recurso al delito de desórdenes públicos o de resistencia en sus modalidades agravadas(105). En el terreno penitenciario el nivel de conflicto y de violencia puede estar influenciado por determinados factores estructurales, que afectan a los derechos de los internos. Pensemos, por ejemplo, en los niveles de hacinamiento, las agendas de visitas o la percepción por parte de los reclusos de la legitimidad de la actuación de los funcionarios(106). Un amotinamiento carcelario como respuesta a unas insalubres condiciones de reclusión, a una arbitrariedad manifiesta en la aplicación de la normativa penitenciaria por parte de las autoridades o a un impedi-

---

(105) Vid. CANO PAÑOS, M. Á., *op. cit.*, p. 34; BAGES SANTACANA, J. «El objeto de prohibición en el delito de rebelión del artículo 472 CP desde la óptica del modelo de Estado social y democrático de derecho previsto constitucionalmente», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXVIII, 2018, p. 579.

(106) Vid. TRAJTENBERG, N. / SÁNCHEZ DE RIBERA, O., *op. cit.*, p. 157.

Estas cuestiones son especialmente evidentes en algunos Estados de Sudamérica, como es el caso de Ecuador, que, en los últimos años, han visto aumentada exponencialmente la conflictividad y la aparición de motines especialmente violentos en sus centros penitenciarios.

mento injustificado de las visitas de familiares y amigos, entendemos que no debería ser tributario de la aplicación del delito de sedición, siendo aconsejable –a efectos de salvaguardar la indemnidad del principio de proporcionalidad– la aplicación de los tipos de desórdenes públicos o de resistencia.

Las penas anudadas al delito de sedición oscilan entre los cuatro y los quince años de prisión, acompañadas, según los casos, por las penas de inhabilitación absoluta o especial, lo que sitúa la penalidad de este delito en un nivel punitivo bastante elevado respecto de los delitos homólogos que figuran en otros ordenamientos europeos(107). A dichas penas habrá que sumar, conforme a lo dispuesto por el artículo 481 al cual remite el artículo 549, las derivadas de los delitos cometidos durante la sedición (homicidio, lesiones, daños, etc.).

El artículo 232 del RP permite la compatibilización de las penas por el delito de sedición y las sanciones derivadas de la comisión de una infracción disciplinaria materializada en un motín.

#### 4. LA DISPOSICIÓN FINAL PRIMERA DE LA LOGP

Nuestro texto penitenciario por excelencia incluye, al término del mismo, una de sus regulaciones más interesantes y, a la par, de las menos analizadas por la doctrina penitenciaria actual. Nos referimos a la Disposición Final Primera, la cual, por un lado, permite la suspensión parcial y temporal de los derechos de los reclusos reconocidos por la propia LOGP, y, por otro lado, habilita, en determinados supuestos, a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad a asumir la custodia y vigilancia interior de las prisiones.

La propia ubicación sistemática de la mencionada previsión da cuenta de la excepcionalidad de la medida(108), que supone una afectación de los derechos de los internos, así como la actuación en el interior de la prisión de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en calidad de custodios y garantes del orden regimental.

---

(107) Sobre los delitos homólogos al delito de sedición español en otros ordenamientos europeos vid. CANCIO MELIÁ, M. *op. cit.*, pp. 239 ss.

(108) A este respecto baste recordar que el apartado a) del artículo 42 del Acuerdo del Consejo de Ministros, de 22 de julio de 2005, por el que se aprueban las Directrices de técnica normativa establece que las disposiciones finales incluirán «preceptos que modifiquen el derecho vigente, cuando la modificación no sea objeto principal de la disposición. Tales modificaciones tendrán carácter excepcional». (BOE núm. 180, de 29 de julio de 2005).

La disposición legal analizada resulta indispensable dentro de la LOGP, en aras a evitar actuaciones improvisadas de la Administración penitenciaria frente a supuestos de excepcional peligrosidad, las cuales podrían derivar en acciones desproporcionadas. Ello da muestras, una vez más, de la sabiduría y buen hacer jurídico del redactor de la norma, García Valdés.

Dado el tiempo transcurrido entre la aprobación de la LOGP y el actual RP resulta criticable la ausencia, a día de hoy, de una concreción reglamentaria de ciertos aspectos de esta medida excepcional, albergada en la Disposición Final de la norma penitenciaria, y que se analizarán a continuación.

#### 4.1 El contexto histórico de aprobación de la LOGP

La Disposición Final Primera de la LOGP está influenciada, al igual que buena parte del texto normativo, por el contexto penitenciario previo a la aprobación de la norma, marcado por una enorme conflictividad carcelaria, derivada del extraordinariamente complejo momento histórico que supuso el paso de un Estado dictatorial a un Estado democrático. Dicha transformación fue, sin lugar a dudas, uno de los hitos más importantes del penitenciarismo español.

El escenario penitenciario español de finales de la década de los setenta del pasado siglo estaba presidido por un elevado nivel de conflictividad, siendo habitual el amotinamiento de los reclusos(109). Las amnistías(110) logradas por los condenados a prisión por su ope-

(109) Vid. ANDRÉS LASO, A., «Veinticinco años desde la aprobación de la Ley Orgánica 1/1979, General Penitenciaria, primera norma con este rango de la democracia española», en *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 5, enero 2005, p. 98; GARCÍA VALDÉS, C., *Derecho Penitenciario (Escritos 1982-1989)*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, p. 253; ARRIBAS LÓPEZ, E., *El régimen cerrado en el sistema penitenciario español*, Ministerio del Interior-Secretaría General Técnica, Madrid, 2010, p. 68.

(110) La amnistía ha sido definida por el TC como «una operación jurídica que, fundamentándose en un ideal de justicia (...) pretende eliminar, en el presente, las consecuencias de la aplicación de una determinada normativa –en sentido amplio– que se rechaza hoy por contraria a los principios inspiradores de un nuevo orden político. Es una operación excepcional, propia del momento de consolidación de los nuevos valores a los que sirve, cuya finalidad unitaria no enmascara el hecho de que se pone en práctica recurriendo a una pluralidad de técnicas jurídicas que quedan unidas precisamente por la finalidad común». Vid. STC, Pleno, núm. 147/1986, de 25 de noviembre, [RTC 1986\147], FJ.2.

Las amnistías citadas fueron promulgadas por el Real Decreto Ley 10/1976, de 30 de julio de 1976 y por la Ley 46/1977, de 15 de octubre de 1977. La segunda norma aludida resultó ser más ambiciosa que la primera. Así el Real Decreto Ley 10/1976 amnistiaba en su artículo primero, entre otros, «todos los delitos y faltas de intenciona-

sición ideológica a la dictadura franquista encendieron los ánimos de los denominados *reclusos comunes*, al entenderse estos discriminados por no poder acceder a esa medida de gracia(111). Los internos *comunes* o *sociales* se consideraban también víctimas de una estructura social injusta y de unas leyes dictatoriales que imponían unas penas desproporcionadas en relación con el delito cometido(112). Además,

---

lidad política y de opinión comprendidos en el Código Penal o en leyes penales especiales no mencionadas en el apartado siguiente, en tanto no hayan puesto en peligro o lesionado la vida o la integridad de las personas o el patrimonio económico de la Nación a través del contrabando monetario». La Ley 46/1977 elimina las excepciones referidas a la lesión o puesta en peligro de la vida o la integridad física de las personas o el patrimonio de la Nación, proclamando en su artículo primero la amnistía respecto de «a) Todos los actos de intencionalidad política, cualquiera que fuese su resultado, tipificados como delitos y faltas realizados con anterioridad al día quince de diciembre de mil novecientos setenta y seis. b) Todos los actos de la misma naturaleza realizados entre el quince de diciembre de mil novecientos setenta y seis y el quince de junio de mil novecientos setenta y siete, cuando en la intencionalidad política se aprecie además un móvil de restablecimiento de las libertades públicas o de reivindicación de autonomías de los pueblos de España». No obstante, la inclusión en el artículo segundo del citado texto normativo de una referencia a la amnistía de «los delitos y faltas que pudieran haber cometido las autoridades, funcionarios y agentes de orden público, con motivo u ocasión de la investigación y persecución de los actos incluidos en esta Ley» y de «los delitos cometidos por los funcionarios y agentes del orden público contra el ejercicio de los derechos de las personas», convirtió a esta ley en el mecanismo de impunidad perpetua de los crímenes cometidos al amparo de la dictadura franquista. Sobre las amnistías durante la transición española vid. VALLÉS MUÑO, D., «Amnistía y responsabilidad civil», en *INDRET. Revista para el Análisis del Derecho*, 1/2004; TAMARIT SUMALLA, J. M., «Amnistía y transición», en Carbonell Mateu, J. C. / González Cussac, J. L. / Orts Berenguer, E. / Cuerda Arnau, M. L (Coords), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 1807-1838; JULIÁ DÍAZ, S., «Echar al olvido. Memoria y amnistía en la transición», en *Claves de razón práctica*, núm. 129, 2003, pp. 14-24.

(111) El origen de ese sentimiento de desigualdad, generalizado entre los penados comunes, es descrito en un informe, elaborado por el entonces Director General de Instituciones Penitenciarias Carlos García Valdés, publicado en 1979 y referido a la situación de 1978, del siguiente modo: «No obstante, puestos a considerar, dentro del estricto campo de la ejecución de la pena privativa de libertad, las posibles causas determinantes de la insurrección carcelaria, ha de reconocerse (...) otro tipo de causas más próximas como la frustración de los presos comunes ante las medidas de gracia que, iniciadas el 25 de noviembre de 1975, culminan en la amnistía del 15 de octubre de 1977; la amargura que causa a los internos el rechazo por los órganos legislativos de una proposición de ley sobre indulto general, presentada por un grupo de Senadores a la Mesa del Senado.(...)». Vid. GARCÍA VALDÉS, C., *Informe General 1979*, Dirección General de Instituciones Penitenciarias, Madrid, 1979, p. 9; GALVÁN GARCÍA, V., «Sobre la abolición de las cárceles en la transición española», en *Historia Actual On Line*, núm. 14, 2007, p. 128.

(112) Vid. DE SOLA DUEÑAS, A., *Socialismo y delincuencia. Por una política criminal socialista*, Fontamara, Barcelona, 1979, p. 17. Para un estudio más porme-

el contexto de reclusión de la época se caracterizaba por las torturas y las vejaciones constantes(113) a las que eran sometidos los reclusos, así como por la insalubridad y el deterioro material de los centros de internamiento(114).

La concienciación ideológica de los penados –de la que surgió un autorreconocimiento de los mismos como titulares de derechos humanos inviolables– dio lugar al nacimiento de un tejido asambleario(115) en el interior de las prisiones, apoyado desde el exterior, encargado de coordinar y organizar las acciones de protesta. La estructura organizativa creada por los reclusos para canalizar sus reivindicaciones supuso un grave problema regimental para la Administración Penitenciaria, desconocido hasta ese momento. El restablecimiento del orden en las cárceles pasaba por la separación de los internos más activos, dentro de los diferentes movimientos asamblearios, del resto de reos.

La Dirección General de Instituciones Penitenciarias dictó en 1978 las Órdenes Circulares de 3 de febrero (OC. 03-02-78) y de 24 de julio(116) (OC. 24-07-78), encaminadas a lograr la inocuización de

---

norizado de las causas que provocaron el elevado nivel de conflictividad experimentado en las cárceles españolas durante la década de los setenta del siglo XX vid. CABALLERO J. J., «La conflictividad en las prisiones españolas: una perspectiva histórica y sociológica», en *Revista de Estudios penitenciarios*, núm. 232-235, 1981, pp. 137 ss.; ARRIBAS LÓPEZ, E., *op. cit.*, pp. 68 ss.

(113) Vid. LANDROVE DÍAZ, G., «La Ley Orgánica General Penitenciaria, veinticinco años después», en *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 25, 2004, p. 122.

(114) Las malas condiciones materiales de las cárceles españolas a finales de la década de los setenta del pasado siglo fueron plasmadas en el Informe de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, redactado por Carlos García Valdés en 1979, según el cual: «Como consecuencia de los resultados obtenidos a través de las visitas efectuadas en varios establecimientos penitenciarios, en la mayoría de ellos se observa: que los edificios se encuentran en unas deficientes condiciones de habitabilidad, albergando, en algunos casos, mayor población penal que para la que fueron proyectados; no se cumplen las más elementales normas de clasificación (...), las dotaciones sanitarias, tanto en medios personales como materiales, consideramos son insuficientes». Vid. GARCÍA VALDÉS, C., *op. cit.*, p. 13.

(115) Entre las múltiples organizaciones reivindicativas destacaron: la Coordinadora de Presos en Lucha (COPEL), la Asociación para el Estudio de los Problemas de los Presos (AEPPE), los Comités de Apoyo (ACOPEL), los Grupos Armados de Presos en Lucha (GAPEL). Vid. ARRIBAS LÓPEZ, E., *op. cit.*, p. 70; GARCÍA VALDÉS, C., *op. cit.*, pp. 9 ss.; GALVÁN GARCÍA, V., «Michel Foucault y las cárceles durante la transición política española», en *Revista Internacional de Filosofía*, núm. 48, 2009, pp. 28 ss. Sobre la acción colectiva de los presos comunes durante la transición vid. LORENZO RUBIO, C., *Cárceles en llamas*, Virus, Barcelona, 2013.

(116) La OC de 3 de febrero de 1978 fue dictada durante el mandato de Jesús Haddad Blanco como Director General de Instituciones Penitenciarias, quien había

los internos más conflictivos. La primera de las circulares citadas ordenó la concentración de estos reclusos en un único centro penitenciario(117), la prisión de El Dueso, ubicada en la población de Santaña, en Santander(118). La segunda de las OC, de fecha 24 de julio de 1978, permitió la segregación de los internos más conflictivos(119) del resto sin necesidad de que se produjese su traslado a un único establecimiento penitenciario destinado al efecto.

---

comenzado los trabajos de reforma del sistema carcelario franquista. Debido a su asesinato, en marzo de 1978, la dirección de la Administración Penitenciaria fue encomendada a Carlos García Valdés. La autoría del asesinato de Jesús Haddad fue reclamada simultáneamente por los Grupos Revolucionarios Anticapitalistas Primero de Octubre (GRAPO) y por la GAPEL. Vid. GALVÁN GARCÍA, V., *op. cit.*, p. 32; GARCÍA VALDÉS, C., «Sobre la transición política vivida (Los orígenes de la reforma penitenciaria)», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, Extra 2013, pp. 53 ss.

(117) Vid. ARRIBAS LÓPEZ, E., *op. cit.*, p. 75.

(118) La medida afectó a unos 500 internos que cumplían condena en diferentes cárceles españolas, que fueron sometidos a unas duras condiciones de aislamiento. Así lo recogía el diario *El País* en su edición del sábado 18 de febrero de 1978, en una noticia titulada «Graves acusaciones sobre el penal de El Dueso». El citado periódico recogía las declaraciones efectuadas por uno de los reclusos –Alejandro Echániz– a su abogado, en las que describía del siguiente modo su llegada al penal, así como el régimen que se le estaba aplicando: «Alrededor de las cuatro de la madrugada del día 3, los antidisturbios se presentaron en la cárcel de Martutene y me trasladaron aquí. Cuando llegué, me desnudaron y como toda prenda, me pusieron un buzo. Después me metieron en una celda ínfima, de pequeñísima capacidad, que comparto con otro preso. Tan sólo disponemos de dos colchonetas, apiladas en literas, unas cuantas mantas, dos platos, dos cucharas y un orinal, que sólo nos dejan salir a vaciarlo a las siete de la mañana de cada día. No tenemos jabón, ni toallas, ni nos dejan afeitarse. También nos prohíben fumar, y únicamente salimos al patio cada tres días. Por lo demás, estamos incomunicados. No nos dejan recibir visitas, ni cartas, ni hablar con los demás compañeros. Cuando nosotros necesitamos escribir al abogado, la dirección nos supervisa la carta antes de enviarla al correo y nos someten a una serie de torturas psíquicas como apagarlos la luz a las doce de la noche y volverla a encender de súbito a las cuatro de la madrugada. Esta operación la repiten varias veces. Los funcionarios nos gritan continuamente diciendo que no nos dejarán fumar nunca, y otras cosas parecidas». El mismo medio de comunicación en su edición de 3 de marzo de 1977 recoge las declaraciones de los, en aquel momento, senadores Juan María Bandrés y Pere Portabella –miembros de la Comisión de Instituciones Penitenciarias del Senado– que califican de «hacinamiento» la situación en la que se encontraban los reclusos de El Dueso. Las citadas ediciones del diario *El País* están disponibles en [elpais.com/archivo/](http://elpais.com/archivo/).

(119) El por entonces Director General de Instituciones Penitenciarias, Carlos García Valdés, se refería en los siguientes términos a la citada Circular: «No es un estado de excepción (...) sino un intento de imponer un estado de razón dando una respuesta dentro de los límites legales a la violencia que impide llevar adelante la reforma planeada», «Decirle al preso que cuanto más se amotine, autolesione, destruya, más cerca tiene el indulto general es una manipulación grave que a quien más perjudica es al propio preso. (...)». Vid. diario *El País*, de sábado 29 de julio de 1978.

La alarma social generada por los constantes disturbios ocurridos en las prisiones(120) sin duda influyó en la tramitación en las Cortes del *Proyecto de Ley General Penitenciaria*(121).

El proyecto de Ley Penitenciaria inicialmente fue tramitado como ley ordinaria, debido a que en el momento de su presentación al Congreso(122) aún no había sido aprobada la CE. Finalmente, el proyecto legislativo fue sometido a una votación final en el Pleno del Congreso para efectivizar su adaptación a las exigencias establecidas por el artículo 81 del recién aprobado texto constitucional, pasando a ser aprobado como la primera ley orgánica de la etapa constitucional(123).

#### 4.2 Graves alteraciones del orden y razones de seguridad pública como presupuestos habilitantes de la aplicación de la Disposición Final Primera

Las graves consecuencias jurídicas, anudadas a la aplicación de la Disposición Final Primera de la LOGP, aconsejan que los supuestos habilitantes de la misma sean extraordinariamente graves. La citada disposición legal apela a graves alteraciones del orden, así como a razones de seguridad pública.

##### a) GRAVES ALTERACIONES DEL ORDEN

Las alteraciones del orden penitenciario pueden ser gestionadas a través de varios mecanismos: aplicación del régimen disciplina-

(120) La prensa de la época se hacía eco con asiduidad de la inestable situación carcelaria, como muestran los siguientes titulares del diario *El País*: «Destruída la prisión provincial de Granada. Amotinados los 240 reclusos internados en la cárcel» (Jueves 20/04/1978); «Destruída por el fuego la cárcel de Guadalajara» (Miércoles 24/05/1978); «Grave motín en la cárcel de Valencia» (Domingo 11/06/1978). Información extraída de [elpais.com/archivo/](http://elpais.com/archivo/).

En el diario *ABC* también se podían leer las siguientes noticias referidas a la crítica situación penitenciaria: «Nuevos incidentes en las cárceles de Barcelona y Huelva» (miércoles 01/02/1978, p. 8); «Motín en la prisión de Valencia» (domingo 11/06/1978, portada); «Motín en cárcel de Huelva» (miércoles 16/08/1978, p. 7). Información extraída de [hemeroteca.abc.es/](http://hemeroteca.abc.es/).

(121) Para un estudio detallado sobre el proceso de tramitación parlamentaria de la LOGP cfr. GARCÍA VALDÉS, C., *La reforma penitenciaria española. Textos y materiales para su estudio*, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1981.

(122) El Proyecto fue presentado en el *BOC* núm. 148, de 15 de septiembre de 1978.

(123) Sobre la tramitación parlamentaria de la LOGP vid. SÁINZ MORENO, F., *Ley General Penitenciaria. Trabajos Parlamentarios*, Cortes Generales, Servicio de Estudios y Publicaciones, Madrid, 1980.

rio(124), clasificación en primer grado y consecuente sometimiento a régimen cerrado(125), utilización de medios coercitivos(126) o aplicación de limitaciones regimentales(127). Solo en el supuesto en el que todos estos mecanismos resultasen infructuosos, o se estimasen inadecuados para reconducir la situación, la autoridad penitenciaria podría recabar el auxilio de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Ahora bien, la intervención policial a estos efectos no significa que, indefectiblemente, tenga que hacerse uso de la Disposición Final Primera. La acción violenta y colectiva de los reclusos puede ser cortocircuitada por las Fuerzas de Seguridad, sin que sea necesaria una posterior suspensión de derechos de los reclusos y un mantenimiento de los efectivos policiales en el interior del centro. Dicha posibilidad de intervención puntual de las fuerzas policiales dentro de las instalaciones penitenciarias aparece contemplada en el artículo 72.5 del RP(128).

En consecuencia, las graves alteraciones del orden a las que se refiere la Disposición Final Primera parecen referirse a los casos encuadrables bajo el delito de sedición en el ámbito penitenciario, analizado en los apartados precedentes de este texto. Esto es, casos en los que el alzamiento tumultuario y violento de un número relevante de internos provoque el colapso del centro penitenciario; viéndose superada la capacidad de actuación de la Administración penitenciaria para hacer frente al motín, dada la dimensión alcanzada por este y su mantenimiento a lo largo del tiempo. No debieran dar lugar a la activación de la citada disposición legal los meros desórdenes o plantes. Como refuerzo de esta interpretación destacamos como la intervención de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en el medio penitenciario, habilitada por la Disposición Final Primera del LOGP, no resulta de una decisión arbitraria o no motivada de la Administración Penitenciaria. La propia disposición establece que la Administración ha de verse «obligada» a ello, dada la gravedad de la situación.

---

(124) Vid. artículo 108 ss. RP de 1981

(125) Vid. artículo 10 LOGP y artículo 102.5 del RP.

(126) Vid. artículo 45 LOGP.

(127) Vid. artículo 75 RP.

(128) Vid. artículo 72.5 RP:

«En los casos de graves alteraciones del orden con peligro inminente para las personas o para las instalaciones, el Director con carácter provisional podrá recabar el auxilio de las Fuerzas de Seguridad de guardia en el Establecimiento, quienes en caso de tener que utilizar las armas de fuego lo harán por los mismos motivos y con las mismas limitaciones que establece la legislación de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, sin perjuicio de lo dispuesto en la disposición final primera de la Ley Orgánica General Penitenciaria».



## b) RAZONES DE SEGURIDAD PÚBLICA

Además de las graves alteraciones del orden, la disposición final comentada también permite su aplicación arguyendo razones de seguridad pública. Esta posibilidad queda circunscrita a un tipo concreto de módulo o de establecimiento penitenciario: el establecimiento cerrado o el departamento especial. Es decir, unidades arquitectónicas destinadas a la reclusión de internos extremadamente peligrosos o manifiestamente inadaptados a los regímenes comunes, a los que les haya sido aplicado el artículo 10 de la LOGP.

La STC 33/1982, de 8 de junio(129), conceptualiza la seguridad pública como una actividad dirigida a la protección de personas y bienes (seguridad en sentido estricto) y al mantenimiento de la tranquilidad u orden ciudadano (seguridad en sentido amplio), que se constituyen en finalidades inseparables y mutuamente condicionadas. Desde el plano doctrinal la seguridad pública es definida como un bien constitucionalmente protegido cuyo objeto es «tanto la adopción de medidas preventivas ante peligros o riesgos calamitosos como la garantía de funcionamiento y eficacia de los entes y órganos públicos, la protección de los bienes públicos y el aseguramiento del cumplimiento de los deberes y obligaciones jurídicos, ya sea con medidas preventivas o de mantenimiento o de restablecimiento»(130).

La apelación a estas razones de seguridad pública fue la empleada para activar por primera vez esta disposición final de la LOGP, en el año 1983, en el centro penitenciario de Herrera de la Mancha. El detonante de esta decisión fue un recrudecimiento de la actividad criminal de la organización terrorista ETA, que puso en el centro de sus objetivos a los funcionarios de prisiones. En respuesta a esta grave situación el Gobierno, mediante Orden de la Presidencia de 26 de octubre de 1983(131), decidió que, por razones de seguridad pública, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad se encargasen de la custodia y vigilancia interior del Centro Penitenciario de Herrera de la Mancha. En dicho centro estaba previsto concentrar a todos los internos –penados y preventivos– que formasen parte de ETA. La posibilidad de que esta prisión albergase a la totalidad de los miembros de la organización terrorista era una idea que ya se había contemplado años atrás, durante el Gobierno de la Unión de Centro Democrático (132). La materialización de la Orden de 26 de

(129) STC, Pleno, núm. 33/1982 de 8 junio,[ RTC 1982\33].

(130) Vid. FREIXES SAN JUAN, T. / REMOTTI CARBONELL, J. C., «La configuración constitucional de la seguridad ciudadana», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 87/1995, p. 153.

(131) BOE núm. 257 de 27 de octubre de 1983

(132) Vid. *Diario 16*, 19 de enero de 1979. Entrevista a Carlos García Valdés.

octubre de 1983 supuso que el mantenimiento de la seguridad penitenciaria de la mencionada cárcel recayese en la Guardia Civil. El gran calado, tanto penitenciario como político, de la medida hizo que surgieran discrepancias entre las distintas fuerzas políticas representadas en la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados de ese momento, si bien la medida fue finalmente aprobada(133).

En el caso de que la motivación de la aplicación de la Disposición Final Primera se fundamente en razones de seguridad pública, del tenor de la LOGP se infiere que no es necesaria la concurrencia de graves alteraciones regimentales en el centro. A este respecto resulta revelador que, entre los cometidos de la fuerza policial en tal supuesto, no se encuentra el restablecimiento del orden, al contrario de lo que sucede en el apartado primero. Se trataría, por tanto, de supuestos en los que la elevada peligrosidad de los reclusos concentrados en estos centros aconseje que las labores de vigilancia y custodia recaigan en manos de unidades especializadas de policía, a modo de medida preventiva de situaciones extremas de conflicto.

La excepcionalidad de la medida impide su aplicación a todos los centros o departamentos destinados a albergar a internos clasificados en primer grado, o a preventivos a los que también se les haya aplicado el artículo 10 de la LOGP. La peligrosidad de estos internos debe de rebasar los límites normales y gestionables de modo habitual por la Administración Penitenciaria. Debe tratarse de un peligro exorbitado, que únicamente pueda ser contenido por agentes especializados. Todo parece indicar que tal elevado nivel de riesgo para la seguridad pública solo puede proceder de sujetos vinculados a la criminalidad organizada o al terrorismo que hayan sido destinados a un mismo centro penitenciario.

### **4.3 La suspensión parcial y temporal de derechos**

El tenor de la Disposición Final Primera admite la suspensión de los «derechos reconocidos a los internos», si bien dicha suspensión figura adjetivada como parcial y temporal, dando cuenta de la excepcionalidad de la medida. La seguridad actuaría en este caso como elemento limitador de los derechos de los internos(134), aunque, como veremos a continuación, no de todos ellos.

---

(133) El interesante debate sostenido entre los diversos grupos parlamentarios puede verse en el *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, núm. 80, de 3 de noviembre de 1983.

(134) El efecto limitador de la seguridad sobre ciertos derechos es contemplado incluso en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Los artículos 8 y 9 del citado convenio, referidos, respectivamente al respeto de la vida privada y familiar y a

El reconocimiento de derechos a los reclusos se efectúa, principalmente, a través de los artículos 3 de la LOGP y 4 del RP. Pese a que la Disposición Final Primera no lo mencione expresamente, estimamos que hay un núcleo de derechos que resultarán inmunes a la misma, no pudiendo ser suspendidos. Nos referimos en concreto al derecho a la vida; a la integridad física; a la salud; a la dignidad; al derecho a formular peticiones y quejas ante las autoridades penitenciarias, judiciales, Defensor del Pueblo y Ministerio Fiscal, así como a dirigirse a las autoridades competentes y a utilizar los medios de defensa de sus derechos e intereses legítimos.

Respecto a la orientación reinsertadora de la pena de prisión, establecida en el artículo 25.2 de la CE, pese a no estar configurada jurídicamente como un derecho del interno<sup>(135)</sup> entendemos que ha de continuar vigente durante el mantenimiento de la Disposición Final Primera, aunque pueda perder cierta aplicación inmediata en favor de un rápido restablecimiento del orden. De hecho, el apartado primero de la Disposición Final analizada alude, de forma explícita, a la preservación en manos de la autoridad penitenciaria de las competencias en materia de tratamiento; no obstante, en el punto segundo del texto legal se omite tal previsión.

Resultaría imposible mantener a largo plazo un orden regimental óptimo desprovisto de una complementación del mismo a través del trabajo psicológico y social, encaminado a generar en el recluso una voluntad de respeto hacia las mínimas normas de convivencia pacífica. La historia nos ha demostrado que la paz alcanzada, exclusivamente, por la fuerza no es real, ni es estable, ni es duradera y el medio penitenciario no es una excepción a esta premisa. En consecuencia, a pesar de que en el primer momento de la aplicación de la Disposición Final Primera sería asumible, desde un punto de vista jurídico, la suspensión de cualquier actividad tratamental hasta que se diesen las condiciones de seguridad adecuadas para la reanudación de tales actividades, esta suspensión no debería de mantenerse de modo indefinido.

Teniendo presente la afectación de los derechos de los internos, derivada de la aplicación de la Disposición Final Primera de la LOGP, estimamos que hubiese sido necesario articular un procedimiento reforzado de control de la legalidad de la actuación, tanto penitenciaria como policial, llevada a cabo durante su aplicación. Para ello resul-

---

la libertad ideológica y de religión, contemplan una cláusula por la cual la seguridad actúa como causa legítima de intromisión de los poderes públicos en dichas esferas. Sobre esta cuestión vid. MILIONE, C., *op cit.*, p. 253 ss.

(135) En este sentido, vid. entre otras la STC 299/2005, de 21 de noviembre, [RTC 2005\299], FJ 2.

taría imprescindible la inclusión de una obligación expresa de información al Juez de Vigilancia Penitenciaria(136), así como el establecimiento del deber de este órgano judicial de efectuar inspecciones periódicas del establecimiento penitenciario afectado por la medida. Empero hay que señalar que la propia disposición establece la obligación de informar del acuerdo, adoptado por los Ministerios de Justicia e Interior, a la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados, a los efectos de que se adopte la resolución que reglamentariamente proceda.

La temporalidad de la suspensión de los derechos a la que alude la LOGP no ha sido concretada por normas de rango inferior. Con la finalidad de la preservación del principio de intervención mínima, sería necesario establecer un plazo preciso de mantenimiento de dicha situación excepcional. Plazo que, para adaptarse a las peculiares circunstancias de cada caso, podría ser objeto de sucesivas prórrogas, siempre con el límite infranqueable de una determinada duración máxima.

#### **4.4 Competencias asumidas por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad**

La intervención de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en el medio penitenciario, habilitada por la Disposición Final Primera de la LOGP, supone la irrupción en la escena carcelaria de un actor que la regulación legal, tanto de la propia LOGP como del RP, ha mantenido fuera del interior de la prisión. En este sentido, recordamos como el artículo 63 del RP dispone que compete a las Fuerzas y Cuerpos de seguridad la preservación de la seguridad exterior del centro.

La activación de la analizada disposición atribuye la tarea del mantenimiento de la seguridad interior del centro –habitualmente encomendada a los funcionarios de prisiones– a las unidades policiales correspondientes. Dicha labor se concreta en la custodia, vigilancia y restauración del orden, para el caso de los centros ordinarios, y en la custodia y vigilancia para el caso de los centros de régimen cerrado. Este cometido policial dentro del ámbito penitenciario, justificado por la presencia de unas excepcionales circunstancias, guarda relación directa con la misión encomendada a las Fuerzas y Cuerpos

---

(136) Sobre este particular, señala RODRÍGUEZ YAGÜE que, aunque el texto de la Disposición Final Primera no lo diga expresamente, resulta obligado dar cuenta al Juez de Vigilancia Penitenciaria, dado que este es el órgano judicial que tiene encomendada la fiscalización y garantía de los derechos de los internos. Vid. RODRÍGUEZ YAGÜE, C., «Los derechos y los deberes de los internos», en DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (Dir.) *Derecho Penitenciario: enseñanza y aprendizaje*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 65.

de Seguridad por el artículo 104 de la CE, consistente en la protección del libre ejercicio de los derechos y libertades y la garantía de la seguridad ciudadana. El citado artículo constitucional es desarrollado por la Ley Orgánica 2/1986, de 13 marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad(137) (en adelante LOFCS).

La intervención de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad también implica la posibilidad de emplear un medio no permitido, en principio, en el funcionamiento habitual de los centros penitenciarios: las armas de fuego. A este respecto debemos de señalar que el artículo 45.4 de la LOGP prohíbe a los funcionarios de prisiones el uso de armas fuego. La utilización de las armas de fuego por parte de la fuerza policial en el interior de la prisión ha de estar presidida por los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad, marcados por el artículo 5.2 c) de la LOFCS. En relación con esta cuestión hay que recordar que la acción, transitoria y puntual, de las Fuerzas y Cuerpos en el interior del centro penitenciario, habilitada por el artículo 72.5 del RP, condiciona la utilización de armas de fuego a la presencia de «los mismos motivos y las mismas limitaciones que establece la legislación de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado».

Estas competencias penitenciarias de las Fuerzas y Cuerpos y Seguridad, atribuidas por la Disposición Final Primera de la LOGP, generan una situación de bicefalia en la dirección del centro afectado por la medida. De tal modo, la custodia y vigilancia quedarán en manos de la fuerza policial, mientras que las restantes competencias penitenciarias continuarán bajo el campo de actuación de la autoridad penitenciaria.

## 5. CONCLUSIONES

La disposición legal analizada resulta indispensable dentro de la LOGP, en aras a evitar actuaciones improvisadas de la Administración penitenciaria frente a supuestos de excepcional peligrosidad, que pudiesen derivar en acciones desproporcionadas. La Disposición Final Primera de la LOGP está influenciada, al igual que buena parte del texto normativo, por el contexto penitenciario previo a la aprobación de la norma. Dicho contexto estuvo marcado por una enorme conflictividad carcelaria derivada, en buena medida, del extraordinariamente complejo momento histórico que supuso el paso de un Estado dictato-

---

(137) *BOE* de 14 de marzo de 1986.

rial a un Estado democrático. Dicha transformación fue, sin lugar a dudas, uno de los hitos más importantes del penitenciarismo español.

Ahora bien, teniendo presente el tiempo transcurrido desde la aprobación de la LOGP no resulta admisible la inexistencia, a día de hoy, de un desarrollo normativo de esta previsión de nuestra principal norma penitenciaria, en el cual se especifiquen los aspectos más sensibles de esta medida excepcional.

El objetivo de la Disposición Final Primera de la LOGP se centra en la recuperación o la preservación de la seguridad penitenciaria, aspecto nuclear en el funcionamiento óptimo de la institución y de difícil gestión debido a las peculiaridades del medio carcelario.

La centralidad de la seguridad para la prisión radica en el hecho de que sin ella no son realizables las funciones atribuidas a la institución por el propio ordenamiento jurídico. Así, la orientación resocializadora –derivada del mandato constitucional plasmado en el artículo 25.2 de la CE– deviene irrealizable en un ambiente penitenciario que no responda a los adjetivos de pacífico y ordenado. Además de la orientación reinsertadora, la prisión tiene encomendada la retención y custodia de los detenidos, presos y penados, tal y como señala el artículo 1 de la LOGP. Esta función lleva implícito el desarrollo de acciones que preserven la seguridad del centro, a fin de evitar las fugas de delincuentes del mismo.

Las graves consecuencias jurídicas anudadas a la aplicación de la Disposición Final Primera de la LOGP, concretadas en una suspensión temporal y parcial de los derechos de los internos, aconsejan que los supuestos habilitantes de la misma sean extraordinariamente graves. La citada disposición legal apela a graves alteraciones del orden, así como a razones de seguridad pública.

Respecto de las primeras, hay que señalar que la presencia de violencia en el conflicto penitenciario es más habitual que en otros contextos. Ello es debido a las características propias tanto de la institución, como de la población que la conforma. Cuando la violencia penitenciaria adquiere un carácter colectivo, siendo protagonizada por la población reclusa contra el personal funcionario, hablamos de motín.

Además de suponer un serio problema de seguridad en el trabajo para los funcionarios, con las correspondientes consecuencias negativas a nivel psicosocial y físico, la violencia en el medio penitenciario entraña efectos nocivos para toda la comunidad carcelaria y para el resto de la sociedad. Varios estudios al respecto alertan sobre el debilitamiento de la confianza en la propia institución y en su legitimación, la erosión de los programas de tratamiento y el incremento de los niveles de reincidencia delictiva.

Son varios los mecanismos, albergados en la normativa penitenciaria, que permiten gestionar las alteraciones del orden: aplicación del régimen disciplinario, clasificación del interno en primer grado y consecuente sometimiento a régimen cerrado, utilización de medios coercitivos o aplicación de limitaciones regimentales. Solo en el supuesto en el que todos estos mecanismos resultasen infructuosos, o se estimasen inadecuados para reconducir la situación, la autoridad penitenciaria podría recabar el auxilio de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Sin embargo, la intervención policial a estos efectos no significa que, indefectiblemente, tenga que hacerse uso de la Disposición Final Primera. La acción violenta y colectiva de los reclusos puede ser cortocircuitada por las Fuerzas de Seguridad, sin que sea necesaria una posterior suspensión de derechos de los internos y un mantenimiento de los efectivos policiales en el interior del centro.

No debieran dar lugar a la activación de la citada disposición legal los meros desórdenes o plantes. Como refuerzo de esta interpretación destacamos como la intervención de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en el medio penitenciario, habilitada por la Disposición Final Primera del LOGP, no deriva de una decisión arbitraria o no motivada de la Administración Penitenciaria. La propia disposición establece que la Administración ha de verse «obligada» a ello dada la gravedad de la situación.

El grado más alto de la conflictividad carcelaria se alcanza cuando esta toma la forma de motín. El motín es la situación más peligrosa a la que se puede enfrentar cualquier establecimiento penitenciario, ya que supone el colapso del mismo y la quiebra absoluta de la seguridad penitenciaria. Su gravedad queda de manifiesto en el hecho de que la participación o la instigación a los mismos es considerada, conforme a lo dispuesto por el artículo 108 del Reglamento Penitenciario de 1981, como una falta muy grave. Asimismo, la participación en un motín puede acarrearle al recluso la clasificación en primer grado y la aplicación del régimen cerrado, a tenor de lo establecido en el artículo 10 de la LOGP y en el artículo 102.5 del RP. Pese a la mencionada relevancia del motín, dicho concepto no figura definido en la legislación penitenciaria.

A nivel jurídico penal el motín carcelario se encuadra en la tipología delictiva de la sedición, sancionada en el artículo 544 del CP. El bien jurídico tutelado por este ilícito es el orden público, entendiendo por tal –conforme a lo establecido en la STS 459/2019, de 14 de octubre– «el interés de la sociedad en la aceptación del marco constitucional, de las leyes y de las decisiones de las autoridades legítimas, como presupuesto para el ejercicio y disfrute de los derechos fundamentales».

La gravedad de las consecuencias derivadas de la aplicación de la Disposición Final Primera de la LOGP exigen que en el delito de sedición cometido en el medio carcelario, que sirva de fundamento de aplicación de la misma, esté presente el elemento de la violencia. En aras a la preservación del principio de proporcionalidad, estimamos que cualquier otro tipo de modalidad comisiva del delito sedición, en el marco de una institución penitenciaria, debiera ser resuelta a través de vías legales distintas a la aplicación de la mencionada Disposición Final.

El artículo 544 del CP anuda a la sedición las finalidades de impedir la aplicación de las leyes o imposibilitar a cualquier autoridad, corporación oficial o funcionario público, el legítimo ejercicio de sus funciones o el cumplimiento de sus acuerdos, o de las resoluciones administrativas o judiciales. Esta nómina de finalidades perseguidas por el delito de sedición presenta cierto grado de imprecisión que puede conducir a una aplicación exorbitada del tipo, penalizando las acciones de disenso ciudadano frente a actuaciones ilegales o desproporcionadas de la Administración. Así, ciñéndonos al ámbito penitenciario, un amotinamiento carcelario como respuesta a unas insalubres condiciones de reclusión, a una arbitrariedad manifiesta en la aplicación de la normativa penitenciaria por parte de las autoridades o a un impedimento injustificado de las visitas de familiares y amigos, entendemos que no debería ser tributario de la aplicación del delito de sedición. En tales casos sería preferible, a efectos de salvaguardar la indemnidad del principio de proporcionalidad, la aplicación de los tipos de desórdenes públicos o de resistencia.

Además de las graves alteraciones del orden, la Disposición Final comentada también permite su aplicación arguyendo razones de seguridad pública. Esta posibilidad queda circunscrita a un tipo concreto de módulo o de establecimiento penitenciario: el establecimiento cerrado o el departamento especial. Es decir, unidades arquitectónicas destinadas a la reclusión de internos extremadamente peligrosos o manifiestamente inadaptados a los regímenes comunes, a los que les haya sido aplicado el artículo 10 de la LOGP.

En el caso de que la motivación de la aplicación de la Disposición Final Primera se base en razones de seguridad pública, del tenor de la LOGP se infiere que no es necesaria la concurrencia de graves alteraciones regimentales en el centro, actuando en este caso la Disposición como medida de prevención frente al elevado nivel de peligrosidad de determinados internos. La excepcionalidad de la medida impide su aplicación a todos los centros o departamentos destinados a albergar a internos clasificados en primer grado o a preventivos a los que también se les haya aplicado el artículo 10 de la LOGP. La peligrosidad de estos reclusos debe de rebasar los límites normales y gestionables



de modo habitual por la Administración Penitenciaria. Debe tratarse de un peligro extraordinario que únicamente pueda ser contenido por agentes especializados. Todo parece indicar que tal elevado nivel de riesgo para la seguridad pública solo puede proceder de sujetos vinculados a la criminalidad organizada o al terrorismo que hayan sido destinados a un mismo centro penitenciario.

En relación con la principal consecuencia jurídica resultante de la aplicación de la Disposición Final Primera de la LOGP, esto es, la suspensión parcial y temporal de los derechos de los reclusos, debemos señalar que, a pesar de que la Disposición no lo menciona expresamente, hay un núcleo de derechos que resultarán inmunes a la misma, no pudiendo ser suspendidos. Nos referimos en concreto al derecho a la vida; a la integridad física; a la salud; a la dignidad o al derecho de los internos a formular peticiones y quejas ante las autoridades penitenciarias, judiciales, Defensor del Pueblo y Ministerio Fiscal; así como a dirigirse a las autoridades competentes y a utilizar los medios de defensa de sus derechos e intereses legítimos.

La orientación reinsertadora de la pena de prisión –establecida en el artículo 25.2 de la CE– pese a no estar configurada jurídicamente como un derecho del interno entendemos que ha de continuar vigente durante el mantenimiento de la Disposición Final Primera, aunque pueda perder cierta aplicación inmediata en favor de un rápido restablecimiento del orden. Resultaría imposible mantener, a largo plazo, un orden regimental óptimo desprovisto de una complementación del mismo a través del trabajo psicológico y social, encaminado a generar en el recluso una voluntad de respeto hacia las mínimas normas de convivencia pacífica.

La afectación de los derechos de los internos, generada por la aplicación de la Disposición Final Primera, hace necesario articular un procedimiento reforzado de control de la legalidad de la actuación, tanto penitenciaria como policial, llevada a cabo durante su aplicación. En este punto consideramos que es especialmente relevante la imposición de una obligación expresa de información al Juez de Vigilancia Penitenciaria, así como el establecimiento del deber de este órgano judicial de efectuar inspecciones periódicas del establecimiento penitenciario afectado por la medida.

La temporalidad de la suspensión de los derechos, a la que alude la LOGP, no ha sido concretada por normas de rango inferior. Con la finalidad de la preservación del principio de intervención mínima sería necesario establecer un plazo preciso de mantenimiento de dicha situación excepcional. Plazo que, para adaptarse a las peculiares circunstancias de cada caso, podría ser objeto de sucesivas prórrogas,

siempre con el límite infranqueable de una determinada duración máxima.

Como conclusión final no podemos dejar de señalar como en el caso de la Disposición Final Primera de la LOGP volvemos a asistir un fenómeno, recurrente en la legislación penitenciaria española, consistente en la existencia de una más que necesaria previsión en la LOGP que no ha encontrado un adecuado desarrollo normativo posterior. Esta circunstancia genera una fuerte inseguridad jurídica, dejando la puerta abierta a posibles reacciones administrativas excesivas, aplicadas bajo el paraguas de la preservación de la seguridad. Así, siendo absolutamente cierto que la seguridad penitenciaria resulta indispensable para que la prisión pueda cumplir sus cometidos legales, no es menos cierto que las acciones excepcionales, que intenten preservar o restaurar tan preciado bien, deben de estar acotadas jurídicamente para mantener la indemnidad del conjunto de derechos reconocidos a los reclusos. La adecuada protección de tales derechos determina la correcta legalidad y la legitimidad de nuestro sistema penitenciario.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

- AGUDO ZAMORA, M. J., «Reflexiones sobre constitucionalidad y seguridad», en Izquierdo Carrasco, M. / Alarcón Sotomayor, L., (Dir.), *Estudios sobre la ley orgánica de seguridad ciudadana*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur-Menor, 2019.
- ANDRÉS LASO, A., «Veinticinco años desde la aprobación de la Ley Orgánica 1/1979, General Penitenciaria, primera norma con este rango de la democracia española», en *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 5, enero 2005.
- ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA, F. J. y RODRÍGUEZ RAMÍREZ, V. *Reglamento Penitenciario. Análisis sistemático, comentarios, jurisprudencia*, Colex, Madrid, 2019.
- ARÓSTEGUI SÁNCHEZ, J., «Violencia, sociedad y política: la definición de la violencia», en *Ayer*, núm. 13, 1994.
- ARRIBAS LÓPEZ, E., *El régimen cerrado en el sistema penitenciario español*, Ministerio del Interior-Secretaría General Técnica, Madrid, 2010.
- AUTY, K. / COPE, A. / LIEBLING, A., «Psychoeducational programs for reducing prison violence: A systematic review» en *Aggression and Violent Behavior*, núm. 33, 2017.
- AUTY, K. / LIEBLING, A., «Exploring the relationship between Prison Social Climate and Reoffending» en *Justice Quarterly* núm. 3, 2019.

- BAGES SANTACANA, J. «El objeto de prohibición en el delito de rebelión del artículo 472 CP desde la óptica del modelo de Estado social y democrático de derecho previsto constitucionalmente», *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXXVIII, 2018.
- «Límites al desvanecimiento del tipo penal Aproximación al concepto de violencia en la Parte especial del Código penal», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 20-20 2018.
- BATLLE MANONELLES, A., «El orden en prisión: ¿solo una cuestión de seguridad? A propósito del caso de las prisiones de mujeres», en *Papers*, 104/3, 2019.
- BENEYTEZ MERINO, L., *Derecho Penal. Parte General*, Akal, Madrid, 1986.
- BENNET, J. «Measuring order and control in the Prison Service», en Jewkes, Y. (Ed.), *Handbook on prisons*, Willan, Oxon, 2007.
- CABALLERO J. J., «La conflictividad en las prisiones españolas: una perspectiva histórica y sociológica», en *Revista de Estudios penitenciarios*, núm. 232-235, 1981.
- CANCIO MELIÁ, M., «Adiós al delito de sedición», en ACALE SÁNCHEZ, M. / MIRANDA RODRIGUES, A. / NIETO MARTÍN, A., *Reformas penales en la península ibérica: A «jangada de pedra»?*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2021.
- CANCIO MELIÁ, M., *Comentarios al Código Penal*, Civitas, Madrid, 1997.
- CANO PAÑOS, M. Á., «Los delitos de rebelión y sedición en el ordenamiento jurídico español y su eventual aplicación al proceso independentista catalán» en *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, núm. 5, 2019.
- CAROU GARCÍA, S., «El papel de la Institución Penitenciaria en materia de seguridad nacional», en *Revista del Instituto Español de Estudios Estratégicos*, núm. 14, 2019.
- CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J. L., «Sobre los conceptos de orden público, seguridad ciudadana y seguridad jurídica», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 27, 1990.
- CLEMMER, D., *The prison community*, Rinehart & Winston, Nueva York, 1958.
- COLMENAR LAUNES, Á., *El régimen disciplinario y su procedimiento en el Sistema Penitenciario Español*. Tesis doctoral dirigida por Alicia Rodríguez Núñez (Dir. tes.). UNED. Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2016.
- COMISIONES OBRERAS (CC. OO), *Informe sobre el protocolo específico de actuación frente a las agresiones en los establecimientos penitenciarios dependientes de la secretaría general de II. PP*, 2015.
- CUERDA ARNAU, M. L., «Delitos contra el orden público», en González Cusac, J. L.(coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 6.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- DE MARCOS MADRUGA, F. / DE VICENTE MARTÍNEZ, R. *Vademécum de Derecho Penitenciario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

- DE SOLA DUEÑAS, A., *Socialismo y delincuencia. Por una política criminal socialista*, Fontamara, Barcelona, 1979.
- DÍAZ PADILLA, M. V., «La prisionización y los conflictos en el entorno penitenciario: investigación documental», en *Religación. Revista de Ciencias Sociales y Humanidades*, Vol. 6, núm. 30, 2021.
- FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J., *Manual de Derecho Penitenciario*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2012.
- FREIXES SAN JUAN, T. / REMOTTI CARBONELL, J. C., «La configuración constitucional de la seguridad ciudadana», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 87/1995.
- GALAVIZ-ARMENTA, T., «Enfoques disciplinarios e interdisciplinarios para el análisis y definición de la violencia», en *Ánfora*, 28(50), 2020.
- GALVÁN GARCÍA, V., «Michel Foucault y las cárceles durante la transición política española», en *Revista Internacional de Filosofía*, núm. 48, 2009.
- «Sobre la abolición de las cárceles en la transición española», en *Historia Actual On Line*, núm. 14, 2007.
- GARCÍA ALBERO, R., «Sedición», en Quintero Olivares, G. (Dir.) / Morales Prats, F. (Coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 8.ª Ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2009.
- GARCÍA RIVAS, N., «Luces y sombras de una sentencia histórica» en *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, núm. 5, 2019.
- GARCÍA VALDÉS, C., *Informe General 1979*, Dirección General de Instituciones Penitenciarias, Madrid, 1979.
- *La reforma penitenciaria española. Textos y materiales para su estudio*, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1981.
- *Derecho Penitenciario (Escritos 1982-1989)*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989.
- «Sobre la transición política vivida (Los orígenes de la reforma penitenciaria)», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, Extra 2013.
- GIDDENS, A., *New Rules of Sociological Method*. Hutchinson, Londres, 1976.
- GOFFMAN, E., *Internados. Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales*, Amorrortu, Buenos Aires, 1970.
- GÓMEZ NAVAJAS, J., «Delitos contra el orden público», en *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, 2.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- GUILLÉN LÓPEZ, E., «El concepto constitucional de seguridad en permanente redefinición» en Romboli, S (coord.) *Setenta años de Constitución Italiana y cuarenta años de Constitución Española*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2020.
- HANCOCK, P. / JEWKES, Y., «Architectures of Incarceration: The spatial pains of imprisonment», en *Punishment & Society*, 13(5), 2011.
- HANEY, C., *The Psychological Impact of Incarceration: Implications for Post-Prison Adjustment*, U. S. Department of Health Human Services, Washington, DC, 2002.

- IRELAND, J. L., *Bullying among prisoners. Evidence, Research and Intervention Strategies*, Routledge Taylor and Francis Group, Nueva York, 2002.
- JUDEL PRIETO, Á., «Tema 59. Delitos contra el orden público» en SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., *Manual de Derecho Penal. Tomo II. Parte Especial*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2020.
- JULIÁ DÍAZ, S., «Echar al olvido. Memoria y amnistía en la transición», en *Claves de razón práctica*, núm. 129, 2003.
- LANDROVE DÍAZ, G., «La Ley Orgánica General Penitenciaria, veinticinco años después», en *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 25, 2004.
- LEGANÉS GÓMEZ, S., *Evolución histórica de la clasificación penitenciaria*, Ministerio del Interior, Madrid, 2005.
- LORENZO RUBIO, C., *Cárceles en llamas*, Virus, Barcelona, 2013.
- LOZANO MARTÍN, A. M. / NISTAL BURÓN, J. / JIMÉNEZ BAUTISTA, F., «Conflictos y mediación en las cárceles españolas», en *Revista de Mediación*, 13, 1, 2020.
- MILIONE, C., «La noción de seguridad en la doctrina del tribunal europeo de derechos humanos: referencias al derecho a la tutela judicial efectiva», en *Revista de Derecho Político*, núm. 107, enero-abril, 2020.
- MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD, *Encuesta sobre Salud y consumo de Drogas a los internados en Instituciones Penitenciarias en España* (ESDIP), Centro de Publicaciones del Ministerio de Sanidad, Servicios sociales e Igualdad; Madrid, 2016.
- MOONEY, J. L. / DAFFERN, M., «The relationship between aggressive behaviour in prison and violent offending following reléase», en *Psychology, Crime & Law*, 21(4), 2015.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal: parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- NATERAS GONZÁLEZ, M. E., «Aproximación teórica para entender la violencia desde un enfoque crítico», en *TELOS: Revista de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Sociales*, Vol. 23 (2), 2021.
- OSORIO, S. «Conflicto, violencia y paz: un acercamiento científico, filosófico y bioético», en *Revista Latinoamericana de Bioética*. 12(2), 2012.
- PEREDES CASTAÑÓN, J. M., «La seguridad como objetivo político-criminal del sistema penal», en *Eguzkilo*, núm. 20, 2006.
- PAREJO ALFONSO, L. «Sobre el binomio libertad y seguridad en el derecho», en *Lusta*, núm. 45. 2016.
- REBOLLO VARGAS, R. «Consideraciones y propuestas para el análisis del delito de rebelión y, en particular, del delito de sedición: bien jurídico y algunos elementos del comportamiento típico» en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.<sup>a</sup> Época, núm. 19, 2018.
- «El delito de sedición», en Álvarez García, F. (dir) / Ventura Püschel, A. (coord.), *Tratado de derecho penal español: parte especial: VI. Delitos contra el orden público (II)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- REDORTA LORENTE, J., *Cómo analizar los conflictos. La Tipología de conflictos como herramienta de Mediación*, Paidós, Barcelona, 2004.

- ROBBINS, S. P. y JUDGE, T. A., *Comportamiento organizacional*, Pearson Educación, México, 2009.
- RODRÍGUEZ ALONSO, A., *Lecciones de derecho penitenciario*, Comares, Granada, 2011.
- RODRÍGUEZ YAGÜE, C., «Los derechos y los deberes de los internos», en De Vicente Martínez, R. (Dir.) *Derecho Penitenciario: enseñanza y aprendizaje*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- ROMERO MIRANDA, L., «Prisionización: estructura y dinámica del fenómeno en cárceles estatales del sistema penal chileno», en *URVIO. Revista Latinoamericana De Estudios De Seguridad*, núm. 24, 2019.
- RUIZ, J. I., «Síntomas psicológicos, clima emocional, cultura y factores psicosociales en el medio penitenciario», *Revista Latinoamericana de Psicología*, vol. 39, núm. 3, 2007.
- SÁINZ MORENO, F., *Ley General Penitenciaria. Trabajos Parlamentarios*, Cortes Generales, Servicio de Estudios y Publicaciones, Madrid, 1980.
- SANHUEZA, G. y BRANDER, F., «Centralidad de la relación interno-funcionario en cárceles chilenas: implicancias para la reinserción y el control de la corrupción», en *URVIO, Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad*, núm. 29, enero-abril, 2021.
- SANZ DELGADO, E., *Diccionario de Ciencias Penales*, Edisofer, Madrid, 1999.
- SHALEV, S., *Libro de referencia sobre aislamiento solitario*, Oxford: Universidad de Oxford, 2009.
- SPARKS, R. / BOTTOMS, A. / HAY, W., *Prison and the Problem of Order*, Clarendon Press, Oxford, 1996.
- STEINER, B. / BUTLER, D. / ELLISON, J. M. «Causes and correlates of prison inmate misconduct: A systematic review of the evidence», en *Journal of Criminal Justice*, 42(6), 2014.
- SYKES, G. M., *The society of captives: A study of a maximum security Prison*, Princeton University Press, Princeton, 1958.
- TAMARIT SUMALLA, J. M., «Amnistía y transición», en CARBONELL Mateu, J. C. / González Cussac, J. L. / Orts Berenguer, E. / Cuerda Arnau, M. L. (Coords), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- TERRADILLOS BASOCO, J., «Sedición», en Luzón Peña, D. M (Dir.), *Enciclopedia Penal Básica*, Comares, Granada, 2002.
- TRAJTENBERG, N. / SÁNCHEZ DE RIBERA, O., «Violencia en instituciones penitenciarias. Definición, medición y explicación del fenómeno», en *Revista de Ciencias Sociales, DS-FCS*, vol. 32, núm. 45, julio-diciembre, 2019.
- VALLÉS MUÑO, D., «Amnistía y responsabilidad civil», en *INDRET. Revista para el Análisis del Derecho*, 1/2004.
- WEBER M., *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, Fondo de Cultura Económica, México, 1984.

- YANG, S. / KADOURI, A. / RÉVAH-LÉVY, A. / MULVEY, E. P. / FALISSARD, B., «Doing Time: A Qualitative study of long-term Incarceration and the Impact of Mental Illness», en *International Journal of Law and Psychiatry*, núm. 32, 2009.
- ZABALA BAÑOS, M. C/ MARTÍNEZ LORCA, M./ SEGURA FRAGOSO, A./ LÓPEZ MARTÍN, O. / GONZÁLEZ GONZÁLEZ, J. / ROMERO AYUSO, D. M. / TORT HERRANDO, V. / VICENS PONS, E. / DUEÑAS HERRERO, R. M., «Medición de la calidad de vida en la población penitenciaria española», en *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, vol. 16, núm. 1, 2016.

# Revisando la prisión permanente revisable. ¿De verdad que es constitucional?

PUERTO SOLAR CALVO

Jurista de Instituciones Penitenciarias  
Doctora en Derecho

## RESUMEN

*La prisión permanente revisable, las críticas que ha despertado y la reciente STC de 6 de octubre de 2021 que declara su constitucionalidad, merecen un análisis detallado. El presente trabajo repasa las consecuencias penitenciarias de su introducción en nuestro ordenamiento jurídico; la mencionada resolución del TC que creemos no analiza suficientemente las mismas; y, lo que a nuestro juicio constituye el problema nuclear de su regulación. Esto es, el uso de instrumentos penitenciarios de reinserción para algo que no están pensados: la determinación de una pena indeterminada.*

*Palabras clave: Prisión permanente revisable, instrumentos de reinserción, principio de voluntariedad tratamental, constitucionalización de la reinserción.*

## ABSTRACT

*Permanent prison, its critics and the recent Sentence of the Spanish Court of 6th October 2021 that declares its constitutionality, have to be analyse. The present paper gives an overview about its penitentiary consequences, the sentence referred and what we focus as the main problem of its regulation: the use of penitentiary reintegration instruments for an external penal aim, consisting on the determination of the sentence.*

*Keywords: Permanent prison, reintegration instruments, principle of voluntary treatment, reintegration as constitutional aim.*



SUMARIO: 1. Introducción de la PPR. Consecuencias penales y penitenciarias. 1.1. PPR, permisos de salida y tercer grado. 1.2. PPR y libertad condicional. 1.3. PPR y acumulación jurídica.—2. La valoración del TC.—3. El derecho no importa. 4. Bibliografía.

## 1. INTRODUCCIÓN DE LA PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE (PPR). CONSECUENCIAS PENALES Y PENITENCIARIAS

Comenzamos la exposición con la recapitulación, por orden de aparición, de los preceptos que tras la LO 1/2015 regulan la prisión permanente revisable en nuestro CP(1). En primer lugar, el artículo 33 CP incluye entre las penas graves, la de prisión permanente revisable. Continuando con su introducción, el artículo 35 CP refiere que «son penas privativas de libertad la prisión permanente revisable, la prisión, la localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa. Su cumplimiento, así como los beneficios penitenciarios que supongan acortamiento de la condena, se ajustarán a lo dispuesto en las leyes y en este Código».

En cuanto a esa forma de cumplimiento, el artículo 36 CP determina que «1. La pena de prisión permanente será revisada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 92. La clasificación del condenado en el tercer grado deberá ser autorizada por el tribunal previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, oídos el Ministerio Fiscal e Instituciones Penitenciarias, y no podrá efectuarse: a) Hasta el cumplimiento de veinte años de prisión efectiva, en el caso de que el penado lo hubiera sido por un delito del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código. b) Hasta el cumplimiento de quince años de prisión efectiva, en el resto de los casos. En estos supuestos, el penado no podrá disfrutar de permisos de salida hasta que haya cumplido un mínimo de doce años de prisión, en el caso previsto en la letra a), y ocho años de prisión, en el previsto en la letra b)».

Siguiendo el orden del propio CP, se abordan a continuación aspectos específicos de la determinación de la pena. Así, el artículo 70.4 CP nos indica que «la pena inferior en grado a la de prisión permanente es la pena de prisión de veinte a treinta años». Por propia

---

(1) Para un análisis completo de la figura, CASALS FERNÁNDEZ, A., *La prisión permanente revisable*, AEBOE, 2019.

lógica, al tratarse de una pena indeterminada, ningún precepto se encarga de establecer la pena superior en grado a la PPR. Igualmente, para los casos de acumulación jurídica, el artículo 76 e) CP señala que «e) Cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, uno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión permanente revisable, se estará a lo dispuesto en los artículos 92 y 78 bis». Al respecto, el artículo 78 bis CP recoge que:

«1. Cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, uno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión permanente revisable, la progresión a tercer grado requerirá del cumplimiento:

a) de un mínimo de dieciocho años de prisión, cuando el penado lo haya sido por varios delitos, uno de ellos esté castigado con pena de prisión permanente revisable y el resto de las penas impuestas sumen un total que exceda de cinco años.

b) de un mínimo de veinte años de prisión, cuando el penado lo haya sido por varios delitos, uno de ellos esté castigado con una pena de prisión permanente revisable y el resto de las penas impuestas sumen un total que exceda de quince años.

c) de un mínimo de veintidós años de prisión, cuando el penado lo haya sido por varios delitos y dos o más de ellos estén castigados con una pena de prisión permanente revisable, o bien uno de ellos esté castigado con una pena de prisión permanente revisable y el resto de penas impuestas sumen un total de veinticinco años o más.

2. En estos casos, la suspensión de la ejecución del resto de la pena requerirá que el penado haya extinguido:

a) Un mínimo de veinticinco años de prisión, en los supuestos a los que se refieren las letras a) y b) del apartado anterior.

b) Un mínimo de treinta años de prisión en el de la letra c) del apartado anterior.

3. Si se tratase de delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código, o cometidos en el seno de organizaciones criminales, los límites mínimos de cumplimiento para el acceso al tercer grado de clasificación serán de veinticuatro años de prisión, en los supuestos a que se refieren las letras a) y b) del apartado primero, y de treinta y dos años de prisión en el de la letra c) del apartado primero. En estos casos, la suspensión de la ejecución del resto de la pena requerirá que el penado haya extinguido un mínimo de veintiocho años de prisión, en los supuestos a que se refieren las letras a) y b) del apartado primero, y de treinta y cinco años de prisión en el de la letra b)(2) del apartado primero».

---

(2) Se entiende que la referencia es incorrecta y lo es realmente a la letra c). *BOE* consolidado a fecha de 5.4.22, p. 33.

Por último, el artículo 92 CP, pieza angular que define la forma de revisión de la prisión permanente, contempla que:

«1. El tribunal acordará la suspensión de la ejecución de la pena de prisión permanente revisable cuando se cumplan los siguientes requisitos:

a) Que el penado haya cumplido veinticinco años de su condena, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 78 bis para los casos regulados en el mismo.

b) Que se encuentre clasificado en tercer grado.

c) Que el tribunal, a la vista de la personalidad del penado, sus antecedentes, las circunstancias del delito cometido, la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración en el delito, su conducta durante el cumplimiento de la pena, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas, pueda fundar, previa valoración de los informes de evolución remitidos por el centro penitenciario y por aquellos especialistas que el propio tribunal determine, la existencia de un pronóstico favorable de reinserción social. En el caso de que el penado lo hubiera sido por varios delitos, el examen de los requisitos a que se refiere la letra c) se realizará valorando en su conjunto todos los delitos cometidos. El tribunal resolverá sobre la suspensión de la pena de prisión permanente revisable tras un procedimiento oral contradictorio en el que intervendrán el Ministerio Fiscal y el penado, asistido por su abogado.

2. Si se tratase de delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código, será además necesario que el penado muestre signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista y haya colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades.

3. La suspensión de la ejecución tendrá una duración de cinco a diez años. El plazo de suspensión y libertad condicional se computará desde la fecha de puesta en libertad del penado. Son aplicables las normas contenidas en el párrafo segundo del apartado 1 del ar-

título 80 y en los artículos 83, 86, 87 y 91. El juez o tribunal, a la vista de la posible modificación de las circunstancias valoradas, podrá modificar la decisión que anteriormente hubiera adoptado conforme al artículo 83, y acordar la imposición de nuevas prohibiciones, deberes o prestaciones, la modificación de las que ya hubieran sido acordadas, o el alzamiento de las mismas. Asimismo, el juez de vigilancia penitenciaria revocará la suspensión de la ejecución del resto de la pena y la libertad condicional concedida cuando se ponga de manifiesto un cambio de las circunstancias que hubieran dado lugar a la suspensión que no permita mantener ya el pronóstico de falta de peligrosidad en que se fundaba la decisión adoptada.

4. Extinguida la parte de la condena a que se refiere la letra a) del apartado 1 de este artículo o, en su caso, en el artículo 78 bis, el tribunal deberá verificar, al menos cada dos años, el cumplimiento del resto de requisitos de la libertad condicional. El tribunal resolverá también las peticiones de concesión de la libertad condicional del penado, pero podrá fijar un plazo de hasta un año dentro del cual, tras haber sido rechazada una petición, no se dará curso a sus nuevas solicitudes».

Como vemos, la sola introducción de la prisión permanente revisable causa un impacto considerable en los instrumentos de reinserción más relevantes –permisos, acceso a tercer grado y libertad condicional–. De meras herramientas penitenciarias, facilitadoras de la reinserción social de los internos, pasan a ser la vía principal de determinación de una pena privativa de libertad en principio indeterminada. Esto sucede especialmente en el caso de la libertad condicional, que se ve forzada a un cambio de naturaleza(3). Como consecuencia, los tiempos de cumplimiento necesarios para acceder lo que eran instrumentos de reinserción, se especifican y alargan ostensiblemente, en una espiral de dureza ascendente que poco o nada tiene que ver con la norma penitenciaria de la que emanan. Así, si el artículo 36 CP recoge plazos específicos para el acceso a los permisos y el tercer grado, el artículo 92 CP se encarga de los plazos para la revisión o libertad condicional. Ello sin olvidar el artículo 78 bis CP que, en medio de ambos y de manera un tanto asistemática, especifica los plazos para el tercer grado y la revisión en supuestos de acumulación jurídica, olvidando la regulación de los permisos. Resumimos en la siguiente tabla(4) los nuevos tiempos de cumplimiento necesario

---

(3) Se profundiza sobre la problemática que este cambio de naturaleza genera en SOLAR CALVO, P., «La Libertad Condicional Antipenitenciaria. Comentario al Auto del JVP núm. 5 de Madrid de 03.11.16», *Diario la Ley*, n. 8873, Sección Tribuna, 29.11.16.

(4) De forma más completa en CASALS FERNÁNDEZ, A., 2019, p. 253.

que el CP marca y analizamos su impacto en los hasta ahora instrumentos de reinserción.

	Permisos	Tercer grado		Libertad condicional	
Resto de delitos	8	15		25	
Delito del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código	12	20			
Supuestos del artículo 78 bis CP		Resto	Cap./OC(5)	Resto	Cap./OC
– Varios delitos y uno con PPR y resto pena de más de 5 años.		18	24	25	28
– Varios delitos y uno con PPR y resto pena de más de 15 años.		20	24	25	28
– Varios delitos con PPR o uno pero resto penas de 25 o más años.		22	32	30	35

### 1.1 PPR, permisos de salida y tercer grado

En primer lugar, con la finalidad de crear un régimen de cumplimiento específico para los supuestos en que se decreta prisión permanente(6), se trastocan hitos principales de cumplimiento del sistema de individualización científica como son el tercer grado y los permisos ordinarios(7), que se resumen en el artículo 36.1 CP antes expuesto. Con carácter general, la lógica de los sistemas progresivos se traslada paulatinamente a nuestro sistema de ejecución, de manera que se prevén tiempos de cumplimiento en regímenes previamente determinados e independientes de la concreta evolución del penado. En este sentido, Fernández Arévalo y Nistal Burón

(5) Referido a los delitos del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código, lo mismo que en el artículo 36 CP, pero añadiendo los cometidos en el seno de organizaciones criminales (OC).

(6) Analizan el sistema de ejecución de la prisión permanente revisable, CÁMARA ARROYO, S., FERNÁNDEZ BERMEJO, D., *La prisión permanente revisable: el ocaso del humanitarismo penal y penitenciario*, Aranzadi, Navarra, 2016, pp. 183-194; RODRÍGUEZ YAGÜE, C., «Las posibilidades de individualización en las penas de prisión permanente revisable y de larga duración: acceso a permisos, tercer grado y libertad condicional», en De León Villalba, F. J. (Dir.), López Lorca, B. (Coord.), *Penas de prisión de larga duración. Una perspectiva transversal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 331-358; y *La ejecución de las penas de prisión permanente revisable y de larga duración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 89 ss.

(7) La situación es tal que SERRANO GÓMEZ, A., SERRANO MAÍLLO, I., *Constitucionalidad de la prisión permanente revisable y razones para su derogación*, Dykinson, Madrid, 2016, pp. 61-62, hablan de «invasión del CP en la legislación penitenciaria».

reconocen que «la cuestión que suscita la introducción de la nueva pena de prisión permanente revisable es la imposibilidad de proyectar en su pureza el sistema de individualización científica a la pena de prisión permanente revisable»(8). El impacto de los plazos que el artículo 36.1 CP determina es mayor si tenemos en cuenta que la pena de prisión permanente revisable se establece como pena única para cada uno de los delitos que la Parte Especial del CP escoge(9).

En concreto, el tiempo de duración del periodo de seguridad del artículo 36.2 CP se extiende a quince años. Si dicho periodo ya se introdujo para endurecer el cumplimiento en determinados supuestos, vemos cómo se establece un régimen específico dentro del mismo en esa espiral desproporcionada de dureza que antes denunciábamos. Junto al tercer grado, la especialidad que el precepto establece afecta también a los permisos. Para los casos de cadena perpetua, los permisos penitenciarios dejan de referirse a la cuarta parte de la condena, por propia imposibilidad de cálculo, para contemplar un requisito temporal fijo que asciende a ocho años. Sobre este régimen de por sí específico, se establece otro referido a los delitos de terrorismo que sitúa en doce y veinte años los tiempos de cumplimiento necesarios para el disfrute de permisos ordinarios y el tercer grado, respectivamente(10). Al respecto, seguimos a Cervelló Donderis cuando refiere que «dado el carácter excepcional del artículo 36 CP, al recoger los plazos para acceder al tercer grado de los supuestos de prisión permanente revisable, ya no se deberían incluir más distinciones relacionadas con las tipologías delictivas»(11), pues el resultado global es del todo desproporcionado.

(8) FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J., *Derecho Penitenciario*, 3.ª ed., Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2016, p. 315.

(9) Se trata de los delitos de los artículos 140 CP, 485.1 CP, 605.1 CP, 607.1.1.º y 2.º CP, 607 bis, 2.1.º Al respecto, TAMARIT SUMALLA, J. M., «La prisión permanente revisable», en Quintero Olivares, G. (Dir.), *Comentarios a la reforma penal de 2015*, Aranzadi, Navarra, 2015, pp. 96-97, señala que, a pesar de que se trata de un régimen similar al de otros códigos penales europeos, «la fijación legal de la máxima penal como pena única es uno de los aspectos que cabe censurar del modo en que ha sido introducida en el CP, dado que contradice la pretensión, anunciada en la Exposición de Motivos, de que quede reservada a supuestos de excepcional gravedad».

(10) El CGPJ advierte sobre la escasa conveniencia de establecer regímenes de cumplimiento específicos sobre la base de la singularidad de los delitos cometidos. Informe del CGPJ al Anteproyecto de la LO 1/2015 de reforma del CP, Comisión de Estudios e Informes, 23.01.13, p. 45. Igualmente, RODRÍGUEZ YAGÜE, C., «Las posibilidades de individualización en las penas de prisión permanente revisable y de larga duración: acceso a permisos, tercer grado y libertad condicional», en DE LEÓN VILLALBA, F. J., LÓPEZ LORCA, B., 2017, p. 349.

(11) CERVELLÓ DONDERIS, V., *Derecho Penitenciario*, 4.ª ed., Tirant lo Blanch, 2016, pp. 214-215.

Más allá de lo concreto y como adelantábamos, la regulación profundiza en la colisión entre la perspectiva penal y la penitenciaria, tanto en relación a los dos instrumentos penitenciarios afectados, como al propio sistema en sí. En cuanto al tercer grado, mientras que el sistema penitenciario no prevé requisitos temporales para el acceso al mismo, el artículo 36 CP los establece con carácter cada vez más exigente. En relación a los permisos, se produce una importante contradicción adicional entre el precepto que analizamos y los artículos 47 y 48 LOGP, que continúan estableciendo únicamente el cumplimiento de la cuarta parte de la condena como requisito necesario para el acceso a los permisos penitenciarios con independencia de la magnitud de la condena impuesta(12).

Este aspecto se agrava por la importante incoherencia interna del precepto que analizamos y la dureza con que perfila los tiempos de acceso a los permisos ordinarios. Como explica el CGPJ en su Informe al Anteproyecto de la reforma, «(...) Se constata que para el cálculo del cumplimiento de la cuarta parte de la condena se ha tomado como referencia la cifra de 32 años, para el supuesto general (8 es la cuarta parte de 32) y de 48 años para los delitos vinculados con la actividad terrorista (12 es la cuarta parte de 48). El periodo contemplado por el prelegislador para la concesión de permisos de salida es distinto del seguido para fijar la progresión al tercer grado. Si se tiene en cuenta el criterio establecido en el vigente artículo 36.2, en cuya virtud, para la progresión al tercer grado es necesario haber cumplido la mitad de la condena, el número de años tomados en consideración por el número 3 del artículo 36 es de 30 años para el supuesto general (15 es la mitad de 30) y 40 años para los delitos de naturaleza terrorista (20 es la mitad de 40). Como se observa, los parámetros seguidos para la progresión al tercer grado y para el disfrute de permisos de salidas son

---

(12) En el Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de LO por la que se modifica la LO 10/1995, ob. cit., p. 18, se advierte de la necesaria modificación de los artículos 47 y 48 LOGP para procurar su concordancia con la nueva norma penal. TAMARIT SUMALLA, J. M., «La prisión permanente revisable», en QUINTERO OLIVARES, G., 2015, p. 98, suscita la duda de si la especialidad afecta sólo a los permisos ordinarios o también a los extraordinarios, pues el artículo 36.1 CP no hace distinciones al respecto. El autor interpreta que la pretensión del legislador es la de establecer «el mínimo requerido para acceder a los permisos ordinarios, que con carácter general es de haber cumplido la cuarta parte de la condena, resolviendo el problema derivado de la falta de un límite temporal de la pena». A nuestro entender se trata de una interpretación acertada. De modo que los permisos extraordinarios se podrán conceder a los condenados a cadena perpetua revisable bajo los parámetros de la LOGP y del principio de humanidad y al margen de la necesaria preparación para la vida en libertad característica de las salidas ordinarias. De la misma opinión, GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., «Regulación legal de la pena de prisión permanente revisable», *RDPP*, núm. 41, 2016, p. 97; RODRÍGUEZ YAGÜE, C., 2018, p. 137.

diferentes. Tal diferencia no se halla aparentemente justificada y, por ello, sin perjuicio de insistir en la conveniencia de fijar un régimen homogéneo para todos los delitos sancionados con PPR, sería consecuente establecer como referente, a efectos de calcular el cumplimiento de la cuarta parte de condena, la cifra de treinta años y, en su caso, la de cuarenta años para el delito previsto en el artículo 570.2.1, de manera que los permisos de salida pudieran disfrutarse transcurridos siete años y seis meses o, para el caso de mantenerse la diferenciación por la naturaleza del delito, diez años para los delitos relacionados con la actividad terrorista»(13).

La rectificación de esta distorsión en el sentido que apuntó en su día el CGPJ, a pesar de mantenerse los problemas de fondo que señalamos, habría sido bienvenida, al rebajarse los tiempos necesarios para el acceso a los permisos y acomodarse, dentro de la lógica proporcional que se acoge, los requisitos temporales de los diferentes hitos del cumplimiento(14). Es por ello que secundamos a Fernández Bermejo cuando advierte que «no se alcanza a comprender la inexistencia de argumentación y de justificación por parte del legislador, cuando convierte la cuarta parte de cumplimiento de una condena determinada en materia de permisos ordinarios de salida (artículo 154 RP), en un plazo que oscila de entre ocho a doce años, en función de los casos, como lo es con la prisión permanente»(15).

Finalmente, otro aspecto adicional resulta jurídicamente chocante. Plantea dudas el hecho de que no se incluya, junto a los delitos de terrorismo, aquellos otros que se cometen en el seno de organizaciones criminales con independencia de su dedicación delictiva. Primero porque ambos grupos de delitos han ido de la mano en todos y cada uno de los mecanismos de endurecimiento de la condena introducidos desde la LO 7/2003. Segundo, porque el propio apartado 2 del artículo 36 CP, incluye las organizaciones criminales en los supuestos en que el régimen general de aplicación del periodo de seguridad se endurece mediante la obligatoriedad de su establecimiento(16). En el mismo

---

(13) Informe del CGPJ al Anteproyecto de la LO 1/2015 de reforma del CP, ob. cit., pp. 46-47. Por su parte, CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, p. 295, destaca esta incoherencia normativa y la desproporcionalidad que conlleva en cuanto al acceso a los permisos ordinarios.

(14) GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., *RDPP*, 2016, p. 97.

(15) FERNÁNDEZ BERMEJO, D., «El sistema de ejecución de condenas en España: El sistema de individualización científica», *Estudios penales y criminológicos*, núm. 35, 2015, p. 183.

(16) De acuerdo con dicho precepto: «La pena de prisión tendrá una duración mínima de tres meses y máxima de veinte años, salvo lo que excepcionalmente dispongan otros preceptos del presente Código. Cuando la duración de la pena de prisión



sentido, porque el artículo 78 bis CP que ya hemos introducido, sí tiene en cuenta las organizaciones criminales de manera específica.

## 1.2 PPR y libertad condicional

Configurar la libertad condicional como medida alternativa tiene una finalidad primordial en relación a la pena de prisión permanente revisable que la LO 1/2015 introduce(17). Mediante la misma, se

---

impuesta sea superior a cinco años, el juez o tribunal podrá ordenar que la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no se efectúe hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta. En cualquier caso, cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años y se trate de los delitos enumerados a continuación, la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no podrá efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la misma: a) Delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código. b) Delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal. c) Delitos del artículo 183. d) Delitos del Capítulo V del Título VIII del Libro II de este Código, cuando la víctima sea menor de trece años. El juez de vigilancia, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, podrá acordar razonadamente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento, salvo en los supuestos contenidos en el párrafo anterior».

(17) DEL CARPIO DELGADO, J., «La pena de prisión permanente en el Anteproyecto de 2012 de reforma del Código Penal», *Diario La Ley*, núm. 8004, Sección Doctrina, 18.1.2013; y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R., «*De lege ferenda*: Proyecto de Ley de reforma del Código Penal (Introducción de la pena de prisión permanente revisable y modificaciones en las reglas de aplicación de las penas)», *Diario La Ley*, núm. 8294, Sección Doctrina, 16.04.14, pp. 2-5, ofrecen un recorrido por las notas características de la reforma, destacando el durísimo régimen de cumplimiento que se establece en los supuestos de aplicación de la prisión permanente revisable. Tomando como base el texto definitivo publicado, CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, pp. 109-131, expone el régimen de cumplimiento que resulta y sus deficiencias e incoherencias desde el punto de vista de la normativa constitucional, penal y penitenciaria. De la misma autora, *Prisión perpetua y de larga duración. Régimen jurídico de la prisión permanente revisable*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015. Desde una perspectiva igualmente crítica, TAMARIT SUMALLA, J. M., «La prisión permanente revisable», en QUINTERO OLIVARES, G., 2015, pp. 93-100; CARBONELL MATEU, J. C., «Prisión permanente revisable I», en González Cussac, J. L. (Dir.), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 214 ss.; BOLDOVA PASAMAR, M. A., «Penas privativas de libertad», en Gracia Martín, L. (Coord.), *Lecciones de Consecuencias jurídicas del delito*, 5.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 28-31; RÍOS MARTÍN, J. C., ÉTXEBARRÍA ZARRABEITIA, X., PASCUAL RODRÍGUEZ, E., *Manual de ejecución penitenciaria. Defenderse en la cárcel*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2016, pp. 331-338; GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., *RDPP*, 2016, pp. 91-138. De manera más alineada con la reforma, FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J., 2016, pp. 271-316; del último, «¿Es viable en nuestros ordenamientos la introducción de la pena de cadena perpetua como solución para determinados delinquentes difícilmente reinsertables?», *La Ley*, núm. 68, febrero 2010, pp. 2 ss.

intenta constitucionalizar la cadena perpetua haciéndola susceptible de revisión. En este sentido, la nueva pena de prisión permanente revisable es una pena de cadena perpetua sujeta al procedimiento de revisión del artículo 92 CP(18), que, si se cumplen todos los requisitos exigidos, puede desembocar en la concesión de una forma especial de libertad condicional. Si en general, la conversión de la libertad condicional en modalidad de suspensión de la ejecución de la condena aleja la misma de la naturaleza que tradicionalmente ha venido teniendo nuestro sistema de ejecución penal, este nuevo tipo de libertad condicional profundiza en las fricciones ya señaladas entre la norma penal y la penitenciaria, añadiendo a ellas otras nuevas(19). Ello en tanto deja de ser el cuarto grado de cumplimiento de la pena para actuar como instrumento que permite su finalización(20).

En concreto para la libertad condicional que el artículo 92 CP regula, estas fricciones jurídicas se manifiestan en relación al tiempo de cumplimiento de condena requerido para su concesión (calculado sobre un porcentaje de la pena impuesta); al plazo de suspensión; y los órganos encargados de concederla o de revocarla. En primer lugar, la letra a) del artículo 92 CP escoge un requisito temporal ajeno a la duración de la condena. Lo anterior porque la combinación de libertad condicional en cualquiera de sus variables –concedida a las tres cuar-

---

(18) Resumen su contenido, GRACIA MARTÍN, L., ALASTUEY DOBÓN, C., «La ejecución de las penas privativas de libertad (Derecho Penitenciario)», en Gracia Martín, L. (Coord.), *Lecciones de Consecuencias jurídicas del delito*, 5.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 151-152; CÁMARA ARROYO, S., FERNÁNDEZ BERMEJO, D., *La prisión permanente revisable: el ocaso del humanitarismo penal y penitenciario*, Aranzadi, Navarra, 2016, pp. 204-209; RODRÍGUEZ YAGÜE, C., «Las posibilidades de individualización en las penas de prisión permanente revisable y de larga duración: acceso a permisos, tercer grado y libertad condicional», en DE LEÓN VILLALBA, F. J., LÓPEZ LORCA, B., 2017, pp. 363-384.

(19) En palabras de CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, p. 304 y 316, «la prisión permanente revisable tiene un régimen de libertad condicional específico que se aparta de todos los demás supuestos por perseguir como objetivo, no la excarcelación condicionada en la última fase de la condena, sino la comprobación de los requisitos que permiten la finalización de la condena (...) parece que el legislador ha previsto en el artículo 90 la libertad condicional de las penas de prisión en general, y por otro lado la suspensión de la ejecución de la pena de prisión permanente revisable, que en realidad cumple la función de permitir la finalización de esta pena en el artículo 92. Con ello se está privando a la prisión permanente revisable de la aplicación de la libertad condicional, ya que la finalidad de la revisión no es excarcelar anticipadamente, sino permitir la salida de prisión, aunque con condiciones, de una pena que de no revisarse será vitalicia».

(20) FERNÁNDEZ BERMEJO, D., «La libertad condicional en su modalidad genérica: naturaleza jurídica, requisitos de concesión y casusas de revocación», en LEÓN ALAPONT, J., *Guía práctica de derecho penitenciario*, La Ley, 2022, p. 343, apunta cómo no se aprecia coordinación alguna entre la normativa penal y penitenciaria en este punto.

tas, a los dos tercios o la variante supercualificada— y la cadena perpetua es imposible, dado que sobre esta no cabe aplicar fracción alguna de cumplimiento. En segundo lugar, de acuerdo con el apartado 3 del artículo 92 CP, el plazo de suspensión en caso de revisión de la cadena perpetua tendrá en todo caso una duración de cinco a diez años. El periodo de libertad condicional se desliga así del tiempo restante de una condena que, al ser perpetua, no puede calcularse. A su vez, se aumenta el plazo de dependencia administrativa en comparación con el régimen general de suspensión por libertad condicional, utilizando la libertad condicional para un fin que desde un punto de vista penitenciario le es ajeno: alargar la tutela administrativa sobre el condenado.

Por último, como se infiere de la lectura del precepto, la concesión de la libertad condicional corresponde al Tribunal sentenciador, mientras que su revocación continúa asignándose al JVP como es habitual para la libertad condicional(21). La Instrucción 4/2015 llama la atención sobre este punto sin mayor precisión al respecto(22), desconociéndose si se trata de un error del legislador o de una medida intencionada. Fernández Arévalo y Nistal Burón advierten que «no existen precedentes de que las decisiones de concesión de beneficios de un juzgado o tribunal se revoquen por otro órgano judicial»(23). Por ello, los JJVP sostienen que ha de ser el Tribunal sentenciador el que acuerde la revocación de la suspensión de la prisión permanente revisable en todos los supuestos que la norma contempla, al ser dicho órgano quien la concede e impone los deberes y prohibiciones asociados a la misma(24).

Sin embargo, más allá de la incoherencia que lo anterior supone y de acuerdo con Cervelló Donderis, la redacción dada a la norma es una clara muestra del carácter punitivo y no resocializador que adquieren estas figuras —tanto la libertad condicional, como el tercer grado y los permisos, respecto de los que se reproduce este cambio competencial— en las que la pérdida del poder de concesión por parte del JVP a favor del Tribunal sentenciador tiene un significado de mayor recorrido del que en un primer momento pudiera parecer(25). Ello porque como acertadamente destaca González Tascón, se prescinde de la mejor disposición que tiene un órgano especializado en derecho penitenciario como

---

(21) GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., *RDPP*, 2016, p. 107.

(22) Instrucción 4/2015, sobre aspectos de la ejecución penal afectados por la LO 1/2015, SG. II. PP., p. 8.

(23) FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J., 2016, p. 308.

(24) *Criterios y Acuerdo sobre la especialización del JVP*, 2017, tercera propuesta de modificación legislativa.

(25) CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, pp. 122 y 130.

el JVP para la aprobación de aquellas decisiones administrativas que pueden acercar al condenado a régimen de cumplimiento de mayor libertad(26). De modo que, la función del órgano judicial durante el cumplimiento de la pena estará más enfocada a determinar el acceso a mayores cotas de libertad desde la perspectiva de la proporcionalidad penal, y menos, al control de si la AP ha desarrollado adecuadamente su labor tratamental y de si el interno se ha hecho merecedor de esas mayores cotas de libertad en función de su evolución personal(27).

Por otro lado, la redacción del artículo 92 CP presenta incoherencias adicionales y redundancias que dan idea de la poca sistemática de la que la reforma de la libertad condicional adolece(28). En cuanto a las incoherencias, no tiene mucho sentido que en el régimen general de libertad condicional del artículo 90 CP se prescindiera entre sus requisitos del pronóstico final del artículo 67 LOGP, para introducirlo sin embargo luego en el artículo 92.1.c) CP en relación con el supuesto específico de libertad condicional previsto para la pena de prisión permanente revisable(29). A su vez, el apartado 3 del artículo 92 CP se remite a la aplicación en bloque de ciertos preceptos del régimen general de la suspensión claramente pensados para penas determinadas. En concreto por la aplicación del artículo 86 CP y por la dureza que ello supone, comparativamente incluso con la regulación alemana en la que la pena de prisión permanente en parte se inspira, el Consejo Fiscal destaca que «las dramáticas consecuencias de una revocación de la suspensión y el reinicio del cumplimiento de una pena indeterminada en su duración

---

(26) GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., *RDPP*, 2016, p. 100.

(27) En el mismo sentido crítico, RODRÍGUEZ YAGÜE, C., 2018, pp. 120 y 211 ss.

(28) Se trata esta de una crítica extensible al conjunto de la regulación de la prisión perpetua revisable. Como refiere el Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de LO por la que se modifica la LO 10/1995, ob. cit., p. 18, lo lógico es que la reforma incluyera un bloque de preceptos en los que se definiese la nueva pena y se delimitase su contenido, circunstancias y plazos de revisión. Más bien al contrario, la regulación sobre la prisión permanente revisable comienza en el artículo 36 CP con un contenido principalmente penitenciario, se remite al artículo 92 CP que ahora abordamos y se completa con una serie de referencias esparcidas a lo largo de toda la norma penal, general y específica, dibujando el nuevo instituto jurídico de un modo bastante caótico. Tras enumerar los preceptos del CP que participan de esta extravagante configuración, CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, 116, apunta que: «Con ello la mayor crítica que se puede hacer a la regulación de la prisión permanente revisable, más allá de su confrontación con los principios de seguridad jurídica, humanidad y reinserción social, es su total falta de sistemática que obliga a una continua búsqueda de los preceptos relacionados con la misma, y la falta de uniformidad terminológica ya que conceptos como suspensión de la ejecución, suspensión de la ejecución del resto de la pena y libertad condicional son usados de manera arbitraria y confusa sin que sea fácil determinar si se trata de las mismas o diferentes figuras jurídicas».

(29) RODRÍGUEZ YAGÜE, C., 2018, p. 165.

parece que requeriría una regulación especial de la revocación, en la que probablemente la comisión de un delito doloso menos grave o un delito imprudente no deberían llevar por sí misma y en todos los casos a tal revocación. Esta al menos es la opinión mayoritaria de la doctrina alemana. Como decimos, la revocación de la suspensión del artículo 86 está pensando en otros supuestos muy distintos»(30).

Pero además de esta importante cuestión de fondo, se plantea una duda de procedimiento no menos relevante que contribuye a la confusión que genera la distribución de competencias entre Tribunal sentenciador y JVP que el artículo 92 CP establece. Al remitirse este a la totalidad del artículo 86 CP se produce una contradicción entre ambos preceptos en cuanto al órgano competente para acordar la revocación(31). De manera que o bien se concluye que el JVP es el competente por criterio de especialidad y que la remisión al artículo 86 CP se refiere únicamente a los motivos para acordar esa revocación –opción que nos parece más lógica–, o bien se sostiene que el Tribunal sentenciador es el que decide sobre la revocación en los supuestos a los que el artículo 86 CP se refiere y el JVP en los que el artículo 92 CP especifica(32).

En cuanto a las redundancias, la enumeración de la letra c) podría haberse evitado mediante su remisión al régimen general del artículo 90 CP. Y lo mismo cabe decir en relación a la nueva e incomprensible reiteración del requisito del repudio y la colaboración activa en el apartado 2 del artículo 92 CP(33). No obstante, resulta interesante el apunte que realiza Cervelló Donderis sobre la exigencia del requisito de responsabilidad civil en los supuestos de terceros grados previos a la revisión de la condena. Teniendo en cuenta que el artículo 92 CP nada dice al respecto y que la exigencia de su abono

---

(30) Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de LO por la que se modifica la LO 10/1995, ob. cit., p. 87. De la misma opinión, FERNÁNDEZ BERMEJO, D., «La libertad condicional en su modalidad genérica: naturaleza jurídica, requisitos de concesión y casusas de revocación», en LEÓN ALAPONT, J., 2022, p. 342.

(31) RODRÍGUEZ YAGÜE, C., 2018, p. 180, destaca este aspecto como ejemplo paradigmático de la mala técnica legislativa que caracteriza la reforma penal de 2015.

(32) Así lo sostiene CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, pp. 129-130. SALAT PAISAL, M., «Libertad condicional», en Quintero Olivares, G. (Dir.), *Comentarios a la reforma de 2015*, Aranzadi, Navarra, 2015, p. 199, aborda esta cuestión y apunta el mismo problema interpretativo para el régimen general, en el que el artículo 90.5 CP también se remite al artículo 86 CP. Sin embargo, al no darse intervención alguna del Tribunal sentenciador en la concesión de la suspensión, la mayor parte de la doctrina entiende que, en el régimen general, la remisión lo es al contenido del artículo 86 CP y no a los aspectos competenciales que determina. Así, ORTEGA CALDERÓN, J. L., «La revocación de la libertad condicional tras la LO 1/2015 de 30 de marzo: competencia, partes, causas y efectos», *Diario La Ley*, núm. 8944, Sección Doctrina, 20.03.17, p. 3.

(33) GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., *RDPP*, 2016, p. 105.

previo en el momento del acceso al tercer grado podría suponer la perpetuidad de la privación de libertad, la autora reclama acertadamente la atenuación de las exigencias concernientes a su abono(34).

### 1.3 PPR y acumulación jurídica

Pero además de los relevantes cambios expuestos, eminentemente penitenciarios, por la vía de la acumulación jurídica se introducen otros que no pueden pasar desapercibidos. A través del artículo 78 bis CP se establecen de nuevo plazos de cumplimiento inexorable que atentan contra las bases de un sistema de cumplimiento individualizado, se continúa con los regímenes específicos y, lo que es más importante, se consolida y generaliza el olvido de los permisos ordinarios como mecanismo de reincorporación social necesario en la línea ya avanzada por el artículo 78.2 CP(35). Conforme al citado precepto, para los delitos de terrorismo y ligados a organizaciones criminales, el resultado de la acumulación jurídica es determinante para el cálculo de los tiempos de cumplimiento que posibilitan el acceso al tercer grado o la libertad condicional [letras a) y b) del precepto], pero no para los permisos penitenciarios, cuyo requisito de tener cumplida la cuarta parte de la condena, aparentemente, ha de continuar calculándose sobre la suma total de las condenas impuestas. Siguiendo esta misma lógica, el artículo 78 bis CP establece los periodos de cumplimiento necesarios para la progresión de grado y la revisión de la con-

---

(34) CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, p. 127.

(35) Conforme al mismo: «1. Si a consecuencia de las limitaciones establecidas en el apartado 1 del artículo 76 la pena a cumplir resultase inferior a la mitad de la suma total de las impuestas, el Juez o Tribunal sentenciador podrá acordar que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieran a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias.

2. En estos casos, el juez de vigilancia, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, podrá acordar razonadamente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento. Si se tratase de delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código, o cometidos en el seno de organizaciones criminales, y atendiendo a la suma total de las penas impuestas, la anterior posibilidad solo será aplicable:

a) Al tercer grado penitenciario, cuando quede por cumplir una quinta parte del límite máximo de cumplimiento de la condena.

b) A la libertad condicional, cuando quede por cumplir una octava parte del límite máximo de cumplimiento de la condena».

dena, pero no dice nada respecto del acceso a los permisos(36). Es decir, en el supuesto de darse la acumulación jurídica constando delito con condena a cadena perpetua, y de manera generaliza, más allá de los delitos de terrorismo y vinculados a organizaciones criminales al que el artículo 78.2 CP se restringe, el CP acepta como norma general el acceso al tercer grado y la libertad condicional sin disfrute previo de permisos.

Paradójicamente, se reproduce por la vía del endurecimiento lo que el artículo 104.3 RP permite para facilitar las clasificaciones iniciales en tercer grado: el acceso al régimen de semilibertad sin haber cumplido la cuarta parte de la condena necesario para salir de permiso. Por tanto, se repiten por vía de reforma penal los problemas que plantea el artículo 104.3 RP ¿Qué hacer en estos supuestos? ¿Qué hacer en casos en que habiendo accedido el interno al tercer grado no cumple con el requisito del artículo 154 RP? ¿Cómo resolver esta paradoja que ha ido en aumento?

García Albero, para el caso del artículo 78.2 CP, tras señalar que «curiosamente, nada dice el precepto sobre los permisos de salida», apunta que «teóricamente, y ante un régimen de aplicación ya disgregado en función de la medida a aplicar –clasificación o libertad condicional–, nada obsta para que pudiera acordarse el retorno a la normalidad, a los solos efectos de permisos ordinarios de salida, en cuanto existiese respecto del penado un pronóstico favorable de reinserción, por mucho que no hubiese cumplido la cuarta parte de la suma total de las impuestas, sino solo la cuarta parte del límite máximo de cumplimiento»(37). Solución que respalda la STS 1592/2017, de 27.04.17, para el *Caso Trashorras*, referida al interno condenado por el 11-M a cuarenta años de prisión como límite máximo (acumulación jurídica del artículo 76.1 d) CP) y en el que se dan los condicionantes del artículo 78.1 y 2 CP para el cómputo específico que el artículo 78.2 CP establece respecto del acceso al tercer grado y la libertad condicional (límite máximo de cumplimiento inferior a la mitad de la suma de las condenas impuestas y delito de terrorismo). En dicha resolución se defiende que «ante la ausencia de previsión legal expresa sobre la materia, será preciso acudir al RP, que en el artículo 154 prevé un periodo mínimo de cumplimiento de diez años para los casos de una

---

(36) ARRIBAS LÓPEZ, J. E., «Los permisos penitenciarios de salida en el Código Penal», *Diario La Ley*, núm. 9065, Sección Doctrina, 20.10.17, p. 5.

(37) GARCÍA ALBERO, R., «Acumulación jurídica de penas y cumplimiento íntegro: la reforma de los artículos 76 y 78 CP», en GARCÍA ALBERO, R., TAMARIT SUMALLA, J., *La reforma de la ejecución penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 86-87

condena de cuarenta años, como es el caso»(38). Es decir, avala que el requisito temporal para la salida de permiso ordinario se calcule sobre el límite máximo de cuarenta años resultante de la acumulación jurídica practicada y no sobre la suma total de las condenas impuestas.

Para el supuesto concreto del artículo 78 bis CP, Fuentes Osorio aporta una solución similar, pero referida a los nuevos plazos que para el disfrute de permisos establece el artículo 36 CP. Como motivos para ello señala que no se prohíbe de manera expresa, que el disfrute de permisos se menciona en el artículo 78 CP para privaciones de libertad de larga duración, y que el principio de resocialización exige la previsión de mecanismos que faciliten la incorporación progresiva del sujeto a la sociedad y que reduzcan en cierta medida el efecto desocializador de la pena privativa de libertad(39).

Más allá de esta importante problemática penitenciaria que se plantea, el resultado de la combinación del nuevo artículo 78 bis CP con otros dos de los preceptos con los que interactúa resulta contradictorio. Primero, en relación con el artículo 92 CP, la lógica nos dice que el artículo 78 bis CP debiera suponer un régimen de cumplimiento más severo al regular la revisión de varias penas acumuladas, entre ellas la cadena perpetua, frente a la simple revisión de esta. Pues bien, si atendemos al supuesto del artículo 92.1 a) y los del artículo 78 bis 2 a) CP, ambos establecen en veinticinco años el tiempo necesario de cumplimiento previo a la revisión, tratando de manera igual lo que ostensiblemente merece un juicio diferente(40). Se equiparan así los casos de revisión de una pena única de cadena perpetua, con aquellos en que se

---

(38) Se trata de la interesante sentencia recaída con motivo de la petición del interno de acogerse al régimen de cumplimiento propio de la prisión permanente revisable al entenderlo más beneficioso que el resultante de la legislación anterior. A pesar de que el TS rechaza la petición pues considera que su resultado sería perjudicial para el interesado, éste obtiene un beneficio innegable como es el reconocimiento de la posibilidad de acceder a permisos ordinarios a pesar del olvido legal que venimos destacando. Analiza la resolución, SOLAR CALVO, P., «Reflexión a raíz del caso Suárez Trashorras», *Legal Today*, 17.05.17.

(39) FUENTES OSORIO, J. L., «Periodos de cumplimiento mínimo para el disfrute de beneficios penitenciarios y permisos de salida», en Quintero Olivares, G., 2015, p. 142. ARRIBAS LÓPEZ, J. E., «Los permisos penitenciarios (...)», *Diario La Ley*, 2017, p. 7, matiza esta postura y aboga por la aplicación de los plazos del artículo 36 CP tras la realización de un cálculo de proporcionalidad. En palabras del autor «cuando la pena de prisión permanente revisable es única, el CP determina cuándo un penado podría salir de permiso y cuándo podría ser progresado a tercer grado; cuando la misma pena está acumulada a otras, el CP dice cuándo podría ser progresado al tercer grado pero no cuándo podría salir de permiso, ¿sería admisible realizar un cálculo proporcional para trasladar lo que el legislador ha regulado a lo que ha dejado sin regular?»

(40) Así lo señaló en su momento el Informe del CGPJ al Anteproyecto de la LO 1/2015 de reforma del CP, ob. cit., pp. 48-49.



revisa el resultado de la acumulación de la cadena perpetua junto con otras privativas de libertad cuya suma no exceda de veinticinco años [casos a) y b) del artículo 78 bis 1].

En segundo lugar, en relación ahora con el artículo 78 CP, y de nuevo contra toda lógica, resultan más onerosos los periodos establecidos en el artículo 78 CP para el acceso al tercer grado en casos de acumulación jurídica de penas privativas de libertad determinadas, que los previstos en el artículo 78 bis CP para el caso de revisión de la cadena perpetua acumulada con otras(41). En este sentido, el artículo 78.2 CP establece que en los supuestos de delitos de terrorismo el acceso al tercer grado sólo será posible cuando reste por cumplir una quinta parte del máximo de cumplimiento. Como dicho límite a tenor lo establecido en el apartado d) del artículo 76 CP es de 40 años, la progresión al tercer grado requerirá el transcurso de 32 años. Por su parte, los apartados 1 y 3 del artículo 78 bis CP establecen, en el peor de los escenarios posibles, los máximos de 22 y 32 años como requisitos temporales para el acceso al tercer grado, según estemos en casos de delincuencia común o de carácter terrorista. Como refirió el Consejo Fiscal en su Informe al Anteproyecto de la reforma, «el Consejo Fiscal estima que no tiene sentido que se establezca un plazo superior de acceso al tercer grado en los supuestos de varias condenas, ninguna de ellas sancionada con la pena de prisión permanente revisable, que cuando una o dos o más delitos estén sancionados con pena de prisión permanente revisable. Por ello, se estima preciso que se revise la redacción de estos preceptos»(42).

La obvia desproporción que emana de estas comparaciones no solo da cuenta de una mala técnica legislativa, sino que da idea de la dificultad de mantener la lógica interna de un sistema en el que el único criterio válido consiste en agravar las penas.

## 2. LA VALORACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Ante la situación descrita, la STC de 6 de octubre de 2021 valida la introducción de la prisión permanente revisable sin entrar a valorar su impacto normativo y corrigiendo tan solo dos aspectos mínimos de su regulación(43). Como veremos, a pesar de lo que criticamos es el

---

(41) RODRÍGUEZ YAGÜE, C., 2018, p. 160.

(42) Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de LO por la que se modifica la LO 10/1995, ob. cit., pp. 26-27.

(43) Profundiza, CASALS FERNÁNDEZ, A., «La sentencia del Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad de la pena de prisión permanente revisable», *La Ley*, núm. 153, 2021.

uso del sistema de cumplimiento de las condenas con la finalidad de determinar una pena *per se* indeterminada –y las consecuencias que ello tiene en el sistema penitenciario en general–, el TC se sirve justamente de ese sistema para dar por constitucional la pena introducida.

Siguiendo al propio TC, el sistema penitenciario sirve para «afirmar que la reductibilidad *de iure* queda suficientemente garantizada al imponerse al tribunal un examen actualizado y periódico de la evolución personal del interno y de sus condiciones de reingreso en la sociedad tras un procedimiento oral contradictorio en el que intervendrán el Ministerio Fiscal y el penado, asistido por su abogado (art. 92.1, párrafo último, CP)»(44). Esto es, la prisión permanente no se puede equiparar formalmente a una cadena perpetua, en la medida en que está prevista su revisión en el CP si el interno evoluciona en términos penitenciarios. De hecho, cuando se aborda en la STC el riesgo de que la pena de prisión permanente pueda resultar desproporcionada, el TC entiende que «este riesgo, sin embargo, no sería achacable a la norma, pues el artículo 92 CP dispone que el tribunal acordará la suspensión de la ejecución de la pena cuando pueda fundar, previa valoración de los informes de evolución remitidos por el centro penitenciario y por aquellos especialistas que el propio tribunal determine, la existencia de un pronóstico favorable de reinserción social [apartado 1, letra c)], y establece asimismo la obligación de revisar al menos cada dos años el cumplimiento de los requisitos de la libertad condicional (apartado 4), lo que supone que vencidos los plazos mínimos de seguridad, es obligatoria la verificación judicial periódica de la subsistencia de fundamentos criminológicos legítimos para la prolongación del cumplimiento»(45).

A su vez, y a pesar de que el TC asume la postura doctrinal que sustenta que los efectos de una privación de libertad prolongada son irreversibles(46), de nuevo entiende que el sistema penitenciario sirve

---

(44) STC de 6 de octubre de 2021, p. 26.

(45) *Ibid.*, p. 43.

(46) El límite que suele fijarse para considerar los efectos perniciosos del encierro prolongado se sitúa por la doctrina entre los 15 y los 20 años. Sobre dicho límite, PÉREZ MANZANO, M., «Principios del Derecho Penal (III)», en Lascurain Sánchez, J. A. (Coord.), *Introducción al Derecho Penal*, 2.<sup>a</sup> ed., Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2015, pp. 145-146, refiere que: «En el último cuarto del siglo XX estudios realizados en los países europeos más avanzados habían alcanzado la conclusión de que la privación de libertad superior a quince años produce efectos permanentes de deterioro de la personalidad del reo, de modo que una privación de libertad de mayor duración debía considerarse inhumana: a partir de dicho período, la restricción de libertad deja de ser el único elemento aflictivo de la pena, añadiéndose otro especialmente importante consistente en el daño en el núcleo esencial de la persona –en su personalidad–; las penas largas dañan la integridad psíquica y moral del reo. Aunque

para paliar este efecto indeseado. Así, «este Tribunal no puede hacer un juicio abstracto de inconstitucionalidad basado exclusivamente en los efectos desocializadores que la prolongación en el tiempo del cumplimiento de la pena privativa de libertad puede generar: como dijimos en la STC 91/2000, FJ 9, la calificación como inhumana o degradante de una pena no puede derivarse exclusivamente de su duración, sino que exige un contenido material que asociamos a su forma de ejecución y a sus modalidades»(47). En este sentido «la progresividad del sistema penitenciario y la adaptación del tratamiento a la personalidad del interno constituyen en definitiva paliativos de eficacia reconocida para precaver el riesgo de que se produzca una disociación manifiesta entre el contenido aflictivo inherente a toda pena privativa de libertad y la intensidad de los sufrimientos infligidos con motivo de su ejecución, disociación que marcaría el punto en el que entraría en crisis el modelo penal desde la perspectiva del principio de humanidad»(48).

Duda el TC en dos ocasiones. La primera, en relación a la reductibilidad *de facto* de la prisión permanente revisable que «plantea un problema de naturaleza diferente, pues la realización efectiva de este presupuesto dependerá de la diligente aplicación de los institutos resocializadores previstos en nuestro ordenamiento penitenciario antes de promulgarse la LO 1/2015, lo que en un plano material suscita el problema de la suficiencia de los medios aportados por la administración para el éxito del tratamiento penitenciario, entendido como el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados que pretende hacer del interno

---

el deterioro de la personalidad es paulatino a medida que aumenta la duración de la prisión, el límite de quince años se fija como momento a partir del cual los daños son irreparables. Es por ello que países como Alemania fijaron la duración máxima de la prisión para la generalidad de los casos en torno a quince años». Igualmente, LANDA GOROSTIZA, J. M., «Prisión permanente revisable, prisión de muy larga duración, terrorismo y Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en Landa Gorostiza, J. M. (Dir.), Garro Carrera, E., Ortuba y Fuentes, M. (Coords.), *Prisión y alternativas en el nuevo CP tras la reforma 2015*, Dykinson, Madrid, 2016, p. 38. VAN ZYL SMIT, D., SNACKEN, S., *Principios de Derecho y Política Penitenciaria Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 98-104, relacionan el mayor nivel de prisionización con la mayor duración de la condena. En el mismo sentido, destacan la desproporción que supone el régimen establecido, MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal, Parte General*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, p. 549; MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5.ª ed., Aranzadi, Navarra, 2011, pp. 82-83; RÍOS MARTÍN, J. C., «La cadena perpetua y la custodia de seguridad en la reforma penal de 2013», *RDPC*, núm. extraordinario, 2013, p. 186; ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., «La nueva reforma penal de 2013», *Eunomía. Revista de la Cultura en la Legalidad*, núm. 6, 2014, p. 44.

(47) STC de 6 de octubre de 2021, p. 29.

(48) *Ibid.*, p. 30.

una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la Ley penal, así como de subvenir a sus necesidades (art. 59 LOGP)». Sin embargo, el propio TC supera la cuestión al apuntar que «la inconstitucionalidad de la norma no puede basarse en la disponibilidad de medios: se trata de una cuestión que por estar relacionada con la aplicación de la ley, no es susceptible de integrar el juicio abstracto de constitucionalidad, sin perjuicio de las consecuencias jurídicas que puedan derivarse en otros ámbitos»(49).

La segunda ocasión de duda surge en cuanto a la propia necesidad de la reforma que se plantea. En palabras del TC, «se puede discutir si estos límites proporcionaban ya en su momento una respuesta suficiente para afianzar el ordenamiento jurídico y el sentimiento colectivo de justicia». No obstante y de nuevo esta consideración se resuelve de manera taxativa al entender que «en la constatación de este incremento, que permite descartar la existencia de medidas alternativas menos gravosas pero de una funcionalidad manifiestamente similar a la que se critique por desproporcionada, se agota el juicio de necesidad que corresponde a este estadio en el que el control de este Tribunal Constitucional tiene un alcance y una intensidad muy limitadas, so pena de arrogarse un papel de legislador imaginario que no le corresponde y de verse abocado a realizar las correspondientes consideraciones políticas, económicas y de oportunidad que le son institucionalmente ajenas y para las que no está orgánicamente concebido (STC 161/1997, de 2 de octubre, FJ 11, en el mismo sentido, STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 28)»(50).

Finalmente, desde esta perspectiva que limita su intervención y convalida la pena introducida, el TC corrige como adelantábamos, dos aspectos mínimos de la regulación de la prisión permanente revisable en los que sí considera que la norma no es suficientemente determinada. En primer lugar, en cuanto al artículo 92.3 CP, el TC reconoce que «se ha de dar la razón en este punto a los recurrentes: la ley otorga al juez de vigilancia penitenciaria, como órgano competente para el control de la libertad condicional, una facultad casi omnímoda para ordenar el reingreso en prisión del liberado en virtud de una valoración de sus circunstancias personales exenta de pautas legales»(51). Como respuesta, realizando un esfuerzo interpretativo que evite su inconstitucionalidad, el TC considera que «el artículo 92.3 párrafo tercero CP admite, sin forzar su literalidad, la reducción teleológica a la que nos hemos referido de modo que un cambio de las circunstancias que hubie-

---

(49) *Ibid.*, pp. 27-28.

(50) *Ibid.*, p. 40.

(51) *Ibid.*, p. 50.

ran dado lugar a la suspensión que no permita mantener ya el pronóstico de falta de peligrosidad en que se fundaba la decisión adoptada solo tenga efecto revocatorio cuando vaya acompañado de alguno de los incumplimientos tipificados en el artículo 86.1 CP»(52). Ello sin entrar en las críticas de la doctrina y del propio Consejo Fiscal a la aplicación de las previsiones del artículo 86 CP a los supuestos de prisión permanente revisable por la desproporción intrínseca que de ello deriva.

En segundo lugar, a juicio del TC, el artículo 92.4 CP no contempla «la situación del penado que haya reingresado en prisión tras la revocación de una libertad condicional previamente concedida, lo que deja abierta la posibilidad de interpretar que la revocación puede constituir un obstáculo para obtener una nueva revisión de la pena. A la luz de lo expuesto en anteriores fundamentos, debemos advertir que tal interpretación implicaría la virtual novación de la pena de prisión permanente revisable en pena irredimible *de iure* y *de facto*, lo que la haría incompatible con los artículos 15, 17.1 y 25.1 CE. También vulneraría el artículo 25.2 CE, pues eliminaría las posibilidades del penado de reincorporarse a la sociedad al verse sujeto a una reclusión de por vida, con independencia de su evolución personal futura». Se estima por el TC que el régimen jurídico de la revocación de la libertad condicional resulta constitucionalmente insatisfactorio por incompleto, pero de nuevo, evita su inconstitucionalidad «siendo suficiente con fijar como única interpretación constitucionalmente conforme con los valores y derechos fundamentales en juego la de que, tras la revocación de la libertad condicional, habrán de estimarse subsistentes las exigencias impuestas al tribunal sentenciador en el artículo 92.4 CP de verificar, con una periodicidad bianual, el cumplimiento de los requisitos para el acceso a la libertad condicional y de resolver las peticiones que el penado le dirija con los condicionamientos temporales establecidos en dicha norma»(53).

### 3. EL DERECHO NO IMPORTA

No se trata de una frase propia. Es la frase de un buen amigo que tomamos prestada para describir una sensación. La que queda después de la lectura y el análisis de una resolución que parece tener claro el objetivo –declarar la constitucionalidad de la PPR–, evitando implicarse en el fondo de todas las cuestiones que ella misma plantea, pero

---

(52) *Ibid.*, p. 52.

(53) *Ibid.*, p. 53.

que deja abiertas en manos del legislador(54). De hecho, ni siquiera se declara la inconstitucionalidad de los apartados del artículo 92 CP que más critica, sino que se conforma con forzar su interpretación evitando cualquier fallo de inconstitucionalidad.

En este contexto creemos sinceramente que se debe de insistir, por aquellos que seguimos creyendo en el sistema de cumplimiento, en el error –horror– de fondo que la introducción y configuración de la prisión permanente revisable plantea. Este no es otro que la utilización de lo que al principio denominamos instrumentos de reinserción –permisos, tercer grado y libertad condicional– para fines ajenos a aquello a lo que están destinados y les define. Dicho de otro modo, que el tratamiento penitenciario y la libertad condicional se utilicen para hacer determinable una pena incierta, trastoca todo el sistema de ejecución hasta hacerlo inoperante. Y lo que es más importante si cabe, sin conseguir que efectivamente la prisión permanente pueda considerarse una condena en todo caso determinada. De hecho, el propio TC lo reconoce cuando dice que «ciertamente, no es descartable la posibilidad de que se formulen juicios erróneos, desde el momento en que las ciencias aplicadas en el tratamiento penitenciario, consistentes en la variable utilización de métodos médico-biológicos, psiquiátricos, psicológicos, pedagógicos y sociales, en relación a la personalidad del interno [art. 62 c) LOGP], no pertenecen al área de las ciencias exactas; en cualquier caso, los errores de juicio que se produzcan constituirán fracasos relativos que no permiten cuestionar la legitimidad de base del sistema penitenciario vigente ni pueden constituir el fundamento de la declaración de inconstitucionalidad de la ley»(55). En definitiva, se asume que la valoración tratamental es *per se* subjetiva(56) y que puede dar en el error de mantener a una persona de por vida en prisión. Sin embargo, y he aquí lo paradójico, esto no se considera suficiente para declarar la norma inconstitucional, pero sí para –a través de la revisión de la prisión permanente que el artículo 92 CP teóricamente permite– validar la PPR como constitucional.

Desde el 2015 hasta la esperada resolución del TC, reiterada doctrina ha destacado que la regulación sobre la cadena perpetua revisable no pone en manos del órgano judicial un instrumento eficaz a la

---

(54) Esta misma sensación parece ser el *leit motiv* del brillante trabajo de LASCURÁIN SÁNCHEZ, J. A., «La insoportable levedad de la STC sobre la prisión permanente revisable», *RGDC*, núm. 36, mayo 2022.

(55) *Ibid.*, p. 49.

(56) Sobre las consecuencias de inseguridad jurídica e incertidumbre que genera el carácter subjetivo de la revisión, LEGANÉS GÓMEZ, S., «Clasificación penitenciaria: progresión y regresión de grado», en LEÓN ALAPONT, J., *Guía práctica de derecho penitenciario*, La Ley, 2022, pp. 472-473.

finalidad de asegurar la posibilidad de excarcelación del condenado(57). La revisión de la cadena perpetua depende de un juicio pronóstico de reinserción social que, aun basándose en los factores objetivos a los que se refiere el artículo 92.1 c) CP, permite una valoración amplia y eminentemente subjetiva tanto de las Juntas de Tratamiento como de los órganos de concesión y control. Valoración que si bien puede servir a los efectos de estudio de la evolución tratamental del interno durante el cumplimiento de la condena y su consiguiente clasificación en grado, no es suficientemente objetiva ni rigurosa para superar el examen de constitucionalidad que ahora abordamos y que afecta a la propia determinación de la condena(58). Esto es, lo que sirve a los fines de establecer la forma de cumplimiento de la condena, no sirve para determinar su duración(59).

El legislador se aleja con ello de la postura del TEDDHH y la doctrina alemana en la que principalmente se inspira(60). El Tribunal Constitucional alemán, a partir de su Sentencia de 21 de junio de 1977, exige para el condenado una oportunidad «concreta y fundamentalmente realizable de recuperar la libertad»(61), por lo que la redacción que se discutía y permitía la suspensión únicamente mediante el ejercicio del derecho de gracia fue declarada insuficiente y llevó a su reforma. En relación con la doctrina del TEDDHH, y como muestra Landa Gorostiza, el *Caso Vinter* (Sentencia de la Gran Sala de 09.07.13) recuerda que son dos los parámetros básicos para la valoración de la legitimidad de las penas de larga duración: que exista una expectativa de puesta en libertad y que haya una posibilidad real de revisión de la

(57) CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, pp. 117-118.

(58) Sobre los errores de los estudios de peligrosidad, MARTÍNEZ GARAY, L., «La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad: consecuencias para la dogmática de las medidas de seguridad», *InDret*, núm. 2, 2014, pp. 27 ss. De la misma autora, «Predicción de peligrosidad y juicio de constitucionalidad de la cadena perpetua», en Arroyo Zapatero, L. A., Lascuaraín Sánchez, J. A., Pérez Manzano, M. (Ed.), Rodríguez Yagüe, C. (Coord.), *Contra la cadena perpetua*, Universidad Castilla-La Mancha, 2016, pp. 139-162.

(59) En otros trabajos hemos defendido el uso de la evolución tratamental para adecuar la condena total a parámetros de proporcionalidad, pero siempre que la condena total esté determinada. Esto es, supuestos en los que la aplicación del artículo 76 CP no sirve para corregir los excesos punitivos en caso de concurso real, pero la evolución tratamental, junto con otros criterios de determinación de la condena, pueden ayudar a hacer que ésta tenga una duración más humana. Esta tesis se defiende en SOLAR CALVO, P., *Triple de la mayor y condenas eternas*, Reus, 2019.

(60) Expone las bases de ambas, LANDA GOROSTIZA, J. M., «Prisión permanente revisable, prisión de muy larga duración, terrorismo y Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en LANDA GOROSTIZA, J. M., 2016, pp. 37-71.

(61) Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de LO por la que se modifica la LO 10/1995, ob. cit., p. 86.

pena. De manera que, de acuerdo con el autor, «si el horizonte legal es inexistente, difuso o indeterminado, no cabe una planificación adecuada del itinerario rehabilitador para que el recluso pueda trabajar para alcanzar dicho objetivo»(62).

En una postura igual de crítica con la regulación nacional, Cervelló Donderis, señala que «el transcurso de la pena perpetua está marcado por la inseguridad jurídica y la arbitrariedad al depender su duración de la valoración de aspectos subjetivos, permitiendo con ello que no afecte a todos los sujetos por igual. Contrasta en este sentido que frente a la gran discrecionalidad en su finalización, en su imposición haya un gran automatismo que no permita valorar la gravedad de los hechos delictivos, ni las circunstancias personales del autor»(63). Por ello, en la línea de estos autores, la mayor parte de la doctrina destaca que la regulación de la prisión permanente revisable atenta contra el principio de la seguridad jurídica(64).

El Consejo Fiscal, trata de salvar estas críticas, otorgando a la concesión de los permisos un carácter cuasi obligatorio, dentro de la dinámica de cumplimiento de la cadena perpetua. En sus comentarios al nuevo artículo 36.1 CP, refiere que «la regulación muestra el influjo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, que ha deducido del principio constitucional de resocialización y del mandato constitucional de proporcionalidad un deber de las autoridades encargadas de la ejecución de las penas de relajar la ejecución y de garantizar los permisos de salida. (...) Esta obligación se concreta cuando el penado está próximo a cumplir los requisitos necesarios para lograr la suspensión del resto de la pena y ésta ya solo depende de una prognosis favorable. En estos casos la autoridad de ejecución no puede negar sin especial fundamento estas medidas (por ejemplo, con una ponde-

(62) LANDA GOROSTIZA, J. M., «Prisión permanente revisable, prisión de muy larga duración, terrorismo y Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en LANDA GOROSTIZA, J. M., 2016, p. 45. En consecuencia, LASCURÁIN SÁNCHEZ, J. A., *RGDC*, 2022, p. 13, duda sobre su efectiva revisión o reductibilidad.

(63) CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, pp. 118-119.

(64) JUANATEY DORADO, C., «Política criminal, reinserción y prisión permanente revisable», *ADPCP*, t. 65, *ADPCP*, 2012, p. 152; PÉREZ MANZANO, M., «Principios del Derecho Penal (III)», en LASCURÁIN SÁNCHEZ, J. A., 2015, p. 149; FERNÁNDEZ BERMEJO, D., *Estudios penales y criminológicos*, 2015, p. 181; BOLDOVA PASAMAR, M. A., «Penas privativas de libertad», en GRACIA MARTÍN, L., 2016, pp. 28 y 30.; LASCURÁIN SÁNCHEZ, J. A., PÉREZ MANZANO, M., ALCÁCER GUIRAO, R., ARROYO ZAPATERO, L., DE LEÓN VILLALBA, J., MARTÍNEZ GARAY, L., «Dictamen sobre la inconstitucionalidad de la prisión permanente revisable», en ARROYO ZAPATERO, L. A., LASCURÁIN SÁNCHEZ, J. A., PÉREZ MANZANO, M., 2016, pp. 49-60; RODRÍGUEZ YAGÜE, C., 2018, pp. 123 y 153; LASCURÁIN SÁNCHEZ, J. A., *RGDC*, 2022, p. 23.



ración abstracta del riesgo de abuso del permiso o de fuga), porque su conducta durante tales permisos será un dato relevante para fijar esa prognosis favorable»(65). Argumentos que entendemos que decaen por la valoración, de nuevo subjetiva, que el propio Consejo Fiscal acaba asumiendo.

Además de este argumento fundamental, hay otros que creemos no pueden menos que apuntarse. En primer lugar, derivado del uso artificioso de los medios penitenciarios para fines de determinación penal, se produce un choque de planteamiento relevante que sin duda va a influir en cómo se ejecuten las condenas de prisión permanente en el futuro. En este sentido, la doctrina mayoritaria asegura que el tratamiento penitenciario ha de ser voluntario en el sentido que recoge el artículo 112 RP(66). Sin embargo, la revisión de la prisión permanente revisable y el cese del internamiento que supone dependen entre otros, de la satisfactoria realización de dicho tratamiento. Con ello, se dan varias consecuencias cuestionables. Primero, que se acepta que la norma sea perpetua para quien no acepte llevar a cabo el tratamiento. Segundo, consecuencia de lo anterior, que una garantía jurídica de primer orden, como es la certeza de la condena y la seguridad jurídica de la que deriva, se hace depender de la voluntad del sujeto al que esa garantía ampara. Configuración bastante llamativa, no sólo por sí misma, sino porque para que pueda concurrir la garantía de la certeza del fin de la norma, se compele al interno para que renuncie a otro derecho, el de no someterse a tratamiento alguno(67).

En segundo lugar, desde una perspectiva más comprensiva y sistemática que la que aquí se recoge –de carácter eminentemente penitenciario–, los votos particulares de la STC comentada, resumen una serie de argumentos en contra de la prisión permanente revisable que reiteran los expuestos y añaden otros especialmente cualificados. De entre ellos, destacamos el que deriva del contenido del propio artículo 25.2 CE y el hecho de que el mismo tenga rango constitucio-

---

(65) Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de LO por la que se modifica la LO 10/1995 ob. cit., p. 18.

(66) De acuerdo con el artículo 112 RP, apartado 3: «El interno podrá rechazar libremente o no colaborar en la realización de cualquier técnica de estudio de su personalidad, sin que ello tenga consecuencias disciplinarias, regimentales ni de regresión de grado». Al respecto, MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, Bosch, Barcelona, 1983, p. 268, defiende el principio de voluntariedad del tratamiento, tal y como ha sido posteriormente consolidado por numerosa doctrina.

(67) SOLAR CALVO, P., «Fundamentos penitenciarios en contra de la constitucionalidad de la prisión permanente revisable», *Diario La Ley*, núm. 9166, 26.03.18, pp. 1-6.

nal. Aspecto éste que no sucede en otros contextos europeos en los que opera el TEDH y que el STC toma como referencia(68). Como se expone en el voto particular adicional a la STC, «incluso en las situaciones más favorables y benignas se produce una traslación legislativa de los fines retributivos de la condena a su ejecución, desplazando así a los que, constitucionalmente, deben orientar el cumplimiento de la pena. Tal decisión legislativa, plasmada en la exposición de motivos de la reforma, orilla nuestra tradición jurídica y la normativa penitenciaria vigente, que deviene inaplicable de hecho en los casos de prisión perpetua. Este conjunto de características me lleva a considerar que la regulación legal de la pena de prisión permanente desatiende el mandato de resocialización expresamente recogido en la Carta Magna como principio orientador del sistema de penas privativas de libertad (art. 25.2 CE). Expertos en derecho penitenciario vienen poniendo de relieve la dificultad de aplicar un programa de tratamiento a quien no tiene expectativa cierta de libertad; han puesto también el acento, empíricamente constatado, en los indeseables efectos que el internamiento continuado en régimen de cumplimiento efectivo tiene sobre el desarrollo de la personalidad de las personas condenadas. Las tachas de desproporción e indeterminación se extienden fundadamente a los periodos de seguridad que se prevén en la ley con un marcado fin retribucionista. No se ha intentado que las diversas finalidades de la pena, legítimas, se cohonesten en concordancia práctica. Simplemente, la finalidad retribucionista desplaza de hecho a cualquier otra consideración en muchos supuestos»(69).

Y es que, he aquí lo que creemos fundamental, «no se trata de analizar si la posibilidad de reinserción queda anulada, sino si la regulación la favorece o la posibilita. Considero que este Tribunal ha perdido la oportunidad de dar contenido material a un principio expresamente recogido en la Constitución que representa el compromiso fuerte del constituyente con la finalidad resocializadora de la pena. Atender a la culpabilidad es el criterio más objetivo posible para fijar la duración de la pena; su forma de cumplimiento, individualizado conforme a un sistema progresivo, fue la apuesta de la primera Ley Orgánica (1/1979, General Penitenciaria), aprobada por unanimidad en el Parlamento surgido de la nueva Constitución. Ante esta tesitura, la tarea modera-

---

(68) De hecho, LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., *RGDC*, 2022, pp. 7 ss., critica duramente que el TC someta su análisis a los criterios del TEDH y no a lo previsto en la propia CE.

(69) Voto particular adicional emitido por el Magistrado don Cándido Conde-Pumpido Tourón, p. 8.

dora y de definición del contenido de los derechos que compete a este Tribunal pudiera haber tenido mucho más recorrido y hubiera podido reducir los previsibles efectos desocializadores que se anuncian como consecuencia lógica del régimen de cumplimiento penitenciario que se impone desde el Código Penal»(70).

En idéntico sentido, Atienza y Juanatey Dorado apuntan que mientras que para la mayoría del TC el artículo 25.2 CE «no se trataría de un mandato de optimización (para utilizar la famosa definición de Alexy), o sea, de la obligación de obtener ese fin en la mayor medida posible (según las posibilidades normativas y fácticas), sino que, para ellos, el principio deben entenderse en el sentido de que el mandato (y los derechos correspondientes) quedan satisfechos siempre y cuando ese fin no se haga de imposible consecución», tanto para los autores, como para los magistrados discrepantes, en especial, el magistrado autor del voto particular adicional, «lo que tendría que haber examinado el Tribunal no es si la reinserción quedaba o no anulada con la regulación de la pena, sino si esa regulación tendía o no a favorecer la reinserción a la que el interno tiene derecho». Por ello, «parece indudable que si el principio hubiese sido entendido de esa manera (la única admisible), la justificación que la mayoría presenta en su motivación resulta claramente inaceptable»(71).

Por último, estos mismos autores, reflexionan sobre un aspecto interesante que nos devuelve al inicio del este apartado. A esa sensación de que el derecho ya no importa sino que se atiende a otros criterios de oportunidad ajenos al análisis jurídico. Como ambos destacan, «el lector atento de esta sentencia, que lo haya sido también de otra muy próxima en el tiempo: la que declaró la inconstitucionalidad de una serie de medidas adoptadas para hacer frente a la pandemia, no puede dejar de verse sorprendido ante el cambio drástico de filosofía constitucional que se habría producido en la mayoría del Tribunal en el transcurso de unos pocos meses. En la sentencia 148/2021, de 14 de julio no parece que haya jugado ningún papel ni el principio de deferencia al legislador, ni tampoco el Derecho comparado. Recuérdese simplemente que, aunque el Tribunal tuviera razón (lo que, a nuestro juicio, no fue el caso) en considerar que las medidas eran inconstitucionales, parece obvio que el principio interpretativo de deferencia al legislador tendría que haberle llevado a pensar (como sugirió uno de los magistrados discrepantes) que tales vicios habrían sido convalida-

(70) *Ibid.*, p. 9.

(71) ATIENZA, M., JUANATEY DORADO, C., «Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre la prisión permanente revisable», *Diario la Ley*, núm. 10017, 24.02.22, p. 7.

dos una vez que la norma (el Real Decreto) fue aprobada por el Parlamento, y evitar así un fallo de inconstitucionalidad. Y tampoco fue para nada tomado en consideración que el tipo de medidas restrictivas de la libertad de circulación adoptadas en España eran sustancialmente idénticas a las que se adoptaron en otros países «de nuestro entorno cultural», concretamente de Europa; aparte de que el propio Tribunal las considerara también adecuadas dadas las circunstancias en que se tomaron».

Por el contrario, ahora, para la PPR, «esos dos criterios interpretativos parecen haber jugado un papel determinante. Como antes veíamos, el esquema argumentativo que sigue la motivación del fallo mayoritario viene a ser el siguiente: en principio, parecería haber razones para considerar que la regulación de la nueva pena no se conforma con lo fijado en la Constitución, pero esas razones, prima facie, son superadas mediante el uso de los dos criterios interpretativos antes mencionados, verdaderamente presentes en el análisis de prácticamente cada uno de los motivos de inconstitucionalidad: deferencia al legislador nacional y aceptación –según la mayoría de los magistrados del TC– de los criterios del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. O, dicho de otra manera, lo que vienen a señalar los magistrados de la mayoría es que la introducción de esa pena no supone un desarrollo óptimo de lo establecido en la Constitución española, pero, por razones institucionales, ellos no pueden intervenir y evitarlo. Y de ahí, por cierto, la mala conciencia que, como antes señalábamos, el fallo refleja en alguno de sus pasajes». Lo que hemos venido refiriendo como dudas del TC que el mismo ha ido solucionando sobre la marcha.

Es por todo ello que los autores finalizan su relato preguntándose si «está entonces respetando el Tribunal el principio de universalidad o habría más bien que pensar que, en ambos casos, sus decisiones ad hoc, o sea, motivadas por el propósito de favorecer o perjudicar a una determinada formación política»(72).

Sea como sea, la STC de 6 de octubre que da visto bueno a la introducción de la prisión permanente revisable en nuestro ordenamiento jurídico deja un regusto amargo a los que nos dedicamos al medio penitenciario. De cara a futuro, sólo queda esperar que el legislador recapacite –difícil en estos tiempos de populismo punitivo en alza–(73). En el mientras tanto, quizá sea el momento de recapacitar

---

(72) ATIENZA, M., JUANATEY DORADO, C., «Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre la prisión permanente revisable», *Diario la Ley*, núm. 10017, 24.02.22, p. 6.

(73) Así lo reclama LASCURÁIN SÁNCHEZ, J. A., «Prisión permanente revisable: ¿Game over?», *El País*, 07.05.22.

sobre el cómo del tratamiento de las personas que resulten condenadas a esta pena(74). Aunque ello, en parte, suponga aceptarla.

#### 4. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., «La nueva reforma penal de 2013», *Eunomía. Revista de la Cultura en la Legalidad*, núm. 6, 2014.
- ARRIBAS LÓPEZ, J. E., «Los permisos penitenciarios de salida en el Código Penal», *Diario La Ley*, núm. 9065, Sección Doctrina, 20.10.17.
- ATIENZA, M., JUANATEY DORADO, C., «Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre la prisión permanente revisable», *Diario la Ley*, núm. 10017, 24.02.22.
- BOLDOVA PASAMAR, M. A., «Penas privativas de libertad», en Gracia Martín, L. (Coord.), *Lecciones de Consecuencias jurídicas del delito*, 5.<sup>a</sup> ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- CÁMARA ARROYO, S., FERNÁNDEZ BERMEJO, D., *La prisión permanente revisable: el ocaso del humanitarismo penal y penitenciario*, Aranzadi, Navarra, 2016.
- CARBONELL MATEU, J. C., «Prisión permanente revisable I», en González Cussac, J. L. (Dir.), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, 2.<sup>a</sup> ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- CASALS FERNÁNDEZ, A., «La sentencia del Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad de la pena de prisión permanente revisable», *La Ley*, núm. 153, 2021.
- *La prisión permanente revisable*, AEBOE, 2019.
- «La ejecución penitenciaria de la pena de prisión permanente revisable», *ADPCP*, núm. 72, 2019.
- CERVELLÓ DONDERIS, V., *Derecho Penitenciario*, 4.<sup>a</sup> ed., Tirant lo Blanch, 2016.
- *Prisión perpetua y de larga duración. Régimen jurídico de la prisión permanente revisable*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- DEL CARPIO DELGADO, J., «La pena de prisión permanente en el Anteproyecto de 2012 de reforma del Código Penal», *Diario La Ley*, núm. 8004, Sección Doctrina, 18.1.2013.
- FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J., *Derecho Penitenciario*, 3.<sup>a</sup> ed., Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2016.
- FERNÁNDEZ BERMEJO, D., «La libertad condicional en su modalidad genérica: naturaleza jurídica, requisitos de concesión y causas de revocación», en LEÓN ALAPONT, J., *Guía práctica de derecho penitenciario*, La Ley, 2022.

---

(74) Destaca al respecto el estudio llevado a cabo por CASALS FERNÁNDEZ, A., «La ejecución penitenciaria de la pena de prisión permanente revisable», *ADPCP*, núm. 72, 2019, donde se exponen los hitos de ejecución de la PPR al hilo de las sentencias que paulatinamente la han ido aplicando.

- «El sistema de ejecución de condenas en España: El sistema de individualización científica», *Estudios penales y criminológicos*, núm. 35, 2015.
- FUENTES OSORIO, J. L., «Periodos de cumplimiento mínimo para el disfrute de beneficios penitenciarios y permisos de salida», en Quintero Olivares, G. (Dir.), *Comentarios a la reforma penal de 2015*, Aranzadi, Navarra, 2015.
- GARCÍA ALBERO, R., «Acumulación jurídica de penas y cumplimiento íntegro: la reforma de los artículos 76 y 78 CP», en García Albero, R. y Tamarit Sumalla, J., *La reforma de la ejecución penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., «Regulación legal de la pena de prisión permanente revisable», *RDPP*, núm. 41, 2016.
- GRACIA MARTÍN, L., ALASTUEY DOBÓN, C., «La ejecución de las penas privativas de libertad (Derecho Penitenciario)», en Gracia Martín, L. (Coord.), *Lecciones de Consecuencias jurídicas del delito*, 5.<sup>a</sup> ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- JUANATEY DORADO, C., «Política criminal, reinserción y prisión permanente revisable», *ADPCP*, t. 65, *ADPCP*, 2012.
- LANDA GOROSTIZA, J. M., «Prisión permanente revisable, prisión de muy larga duración, terrorismo y Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en Landa Gorostiza, J. M. (Dir.), Garro Carrera, E., Ortuba y Fuentes, M. (Coords.), *Prisión y alternativas en el nuevo CP tras la reforma 2015*, Dykinson, Madrid, 2016.
- LASCURÁIN SÁNCHEZ, J. A., «La insoportable levedad de la STC sobre la prisión permanente revisable», *RGDC*, núm. 36, mayo 2022.
- «Prisión permanente revisable: ¿Game over?», *El País*, 07.05.22.
- LASCURÁIN SÁNCHEZ, J. A., PÉREZ MANZANO, M., ALCÁCER GUIRAO, R., ARROYO ZAPATERO, L., DE LEÓN VILLALBA, J., MARTÍNEZ GARAY, L., «Dictamen sobre la inconstitucionalidad de la prisión permanente revisable», en Arroyo Zapatero, L. A., Lascuarain Sánchez, J. A., Pérez Manzano, M. (Ed.), Rodríguez Yagüe, C. (Coord.), *Contra la cadena perpetua*, Universidad Castilla-La Mancha, 2016.
- LEGANÉS GÓMEZ, S., «Clasificación penitenciaria: progresión y regresión de grado», en León Alapont, J., *Guía práctica de derecho penitenciario*, La Ley, 2022.
- MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5.<sup>a</sup> ed., Aranzadi, Navarra, 2011.
- *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, Bosch, Barcelona, 1983.
- MARTÍNEZ GARAY, L., «La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad: consecuencias para la dogmática de las medidas de seguridad», *InDret*, núm. 2, 2014, pp. 27 ss. De la misma autora, «Predicción de peligrosidad y juicio de constitucionalidad de la cadena perpetua», en Arroyo Zapatero, L. A., Lascuarain Sánchez, J. A., Pérez Manzano, M. (Ed.), Rodríguez Yagüe, C. (Coord.), *Contra la cadena perpetua*, Universidad Castilla-La Mancha, 2016.

- MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal, Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- NISTAL BURÓN, J., «¿Es viable en nuestros ordenamientos la introducción de la pena de cadena perpetua como solución para determinados delincuentes difícilmente reinsertables?», *La Ley*, núm. 68, febrero 2010.
- ORTEGA CALDERÓN, J. L., «La revocación de la libertad condicional tras la LO 1/2015 de 30 de marzo: competencia, partes, causas y efectos», *Diario La Ley*, núm. 8944, Sección Doctrina, 20.03.17.
- PÉREZ MANZANO, M., «Principios del Derecho Penal (III)», en Lascuraín Sánchez, J. A. (Coord.), *Introducción al Derecho Penal*, 2.ª ed., Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2015.
- RÍOS MARTÍN, J. C., «La cadena perpetua y la custodia de seguridad en la reforma penal de 2013», *RDPC*, núm. extraordinario, 2013.
- RÍOS MARTÍN, J. C., ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, X., PASCUAL RODRÍGUEZ, E., *Manual de ejecución penitenciaria. Defenderse en la cárcel*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2016.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R., «*De lege ferenda*: Proyecto de Ley de reforma del Código Penal (Introducción de la pena de prisión permanente revisable y modificaciones en las reglas de aplicación de las penas)», *Diario La Ley*, núm. 8294, Sección Doctrina, 16.04.14.
- RODRÍGUEZ YAGÜE, C., *La ejecución de las penas de prisión permanente revisable y de larga duración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- «Las posibilidades de individualización en las penas de prisión permanente revisable y de larga duración: acceso a permisos, tercer grado y libertad condicional», en De León Villalba, F. J. (Dir.), López Lorca, B. (Coord.), *Penas de prisión de larga duración. Una perspectiva transversal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- SALAT PAISAL, M., «Libertad condicional», en Quintero Olivares, G. (Dir.), *Comentarios a la reforma de 2015*, Aranzadi, Navarra, 2015.
- SERRANO GÓMEZ, A., SERRANO MÁLLO, I., *Constitucionalidad de la prisión permanente revisable y razones para su derogación*, Dykinson, Madrid, 2016.
- SOLAR CALVO, P., *Triple de la mayor y condenas eternas*, Reus, 2019.
- «Fundamentos penitenciarios en contra de la constitucionalidad de la prisión permanente revisable», *Diario La Ley*, núm. 9166, 26.03.18.
- «Reflexión a raíz del caso Suárez Trashorras», *Legal Today*, 17.05.17.
- «La Libertad Condicional Antipenitenciaria. Comentario al Auto del JVP núm. 5 de Madrid de 03.11.16», *Diario la Ley*, n.8873, Sección Tribuna, 29.11.16.
- TAMARIT SUMALLA, J. M., «La prisión permanente revisable», en Quintero Olivares, G. (Dir.), *Comentarios a la reforma penal de 2015*, Aranzadi, Navarra, 2015.
- VAN ZYL SMIT, D., SNACKEN, S., *Principios de Derecho y Política Penitenciaria Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

# Justificación penal, sacrificio y unas abejas

MARTA PANTALEÓN DÍAZ

Profesora Ayudante de Derecho penal  
Universidad Autónoma de Madrid\*

*Para Ivó Coca, por la inspiración,  
y para Carlos Castellví, por el título.*

## RESUMEN

*En este artículo se defiende la tesis de que los llamados «deberes de tolerancia» de los perjudicados por el conflicto son una pieza innecesaria en la construcción teórica de las causas de justificación jurídico-penales. La teoría penal de la justificación no debe cargarse con la tarea de fundamentar tales deberes, sino únicamente la permisión de la conducta del autor. Una construcción de las causas de justificación simplificada en estos términos no cuenta únicamente con la virtud de su sencillez, sino también con ventajas prácticas en la solución de determinados grupos de casos. Los «deberes de tolerancia» sí son, en cambio, un elemento nuclear de otra construcción teórica: la de la responsabilidad civil por sacrificio; la forma de responsabilidad reconocida en artículos como el 612 CC o el 118.1.3.ª CP.*

Palabras clave: *causas de justificación, deberes de tolerancia, responsabilidad civil por sacrificio, conflictos existenciales, estado de necesidad, derribo de aviones, triaje.*

---

\* Agradezco a los Profs. Enrique Peñaranda, Fernando Pantaleón y Leopoldo Puente, y a Diego Sobejano su cooperación necesaria, como siempre, en el desarrollo y culminación de este trabajo. También a los Profs. Ivó Coca y Carlos Castellví, a los que va dedicado, así como a los/as evaluadores/as anónimos/as de esta revista, por su atenta lectura y sus profundos y valiosos comentarios sobre el fondo. Aunque la extensión (ya desmesurada) del trabajo ha hecho imposible hacerles justicia a todos ellos, han contribuido enormemente a su mejora y, sobre todo, a estimular mi reflexión sobre el tema y acrecentar mis dudas de cara a una discusión que, confío, seguirá abierta mucho tiempo. Gracias, por último, a Emilia Sobejano por dormir lo suficiente para permitir a su madre seguir escribiendo.



## ABSTRACT

*In this paper it is argued that the so-called «tolerance duties» of the injured parties of a conflict are an unnecessary piece in the theoretical construction of justifications in criminal law. The criminal theory of justification should not be concerned with substantiating such duties, but only the permissibility of the perpetrator's conduct. A construction of justifications simplified in this manner does not only have the virtue of simplicity, but also practical advantages in the resolution of several groups of cases. «Tolerance duties» are nonetheless a nuclear element of another theoretical construction: that of sacrifice-based civil liability; the form of liability recognised in rules like article 612 of the Spanish Civil Code or article 118.1.3.<sup>a</sup> of the Spanish Penal Code.*

Keywords: justifications, tolerance duties, sacrifice-based civil liability, existential conflicts, necessity, shooting planes down, triage.

SUMARIO: I. Introducción.–II. Dos paradigmas de la justificación jurídico-penal. 1. El paradigma interpersonal. 2. El paradigma jurídico-público.–III. Defensa del paradigma jurídico-público. 1. Las implicaciones prácticas en casos normales. 2. La compatibilidad con el Derecho positivo. 3. La elegancia teórica: *entia non sunt multiplicanda*.–IV. El lugar del paradigma interpersonal: hacia una teoría de la responsabilidad civil por sacrificio.–V. Implicaciones en dos casos «de vida o muerte». 1. Derribo de aviones secuestrados. 2. Triage sanitario.–VI. Conclusiones.–VII. Bibliografía.

## I. INTRODUCCIÓN

El artículo 612 CC establece, en su párrafo primero, que «el propietario de un enjambre de abejas tendrá derecho a perseguirlo sobre el fundo ajeno, indemnizando al poseedor de este el daño causado. Si estuviere cercado, necesitará el consentimiento del dueño para penetrar en él»(1). El precepto tiene como objeto regular el siguiente fenómeno

---

(1) Continúa el precepto: «Cuando el propietario no haya perseguido, o cese de perseguir el enjambre dos días consecutivos, podrá el poseedor de la finca ocuparlo o retenerlo. El propietario de animales amansados podrá también reclamarlos dentro de veinte días, a contar desde su ocupación por otro. Pasado este término, pertenecerán al que los haya cogido y conservado». Estas precisiones adicionales tienen cierta importancia para el estudio de la (pérdida de) la propiedad de los animales y su adquisición por ocupación –desde esta perspectiva, vid., por todos, PANTALEÓN PRIETO, 1991, pp. 1556-1558–

natural: en determinadas épocas del año –en España, entre febrero y marzo, según las localidades– las colmenas reanudan su actividad tras el invierno, de forma que las abejas se multiplican, nacen reinas y se forman nuevos enjambres que abandonan las colmenas-madre para formar colonias en otros lugares. Aunque a veces el apicultor propietario del enjambre original consigue capturar de inmediato el nuevo enjambre e introducirlo en una colmena, esto no siempre sucede, y de ahí que las abejas puedan escapar a los fundos vecinos(2).

Pese a lo que quizás pudiera inferirse de la ingente cantidad de «humor jurídico» al que ha dado lugar la existencia de este precepto(3), el artículo 612 CC no es en absoluto una idiosincrasia española, sino más bien signo de una época, la de la codificación decimonónica, en la que la apicultura moderna estaba alcanzando su apogeo. Sin precedentes, hasta donde alcanzo, en el Proyecto de García Goyena (1851), el precepto tiene su origen en el artículo 609 del Anteproyecto del Código Civil español de 1882-1888: prácticamente una traducción del artículo 713 del Código Civil italiano de 1865(4), a su vez inspirado en el artículo 384 del Código Civil austriaco de 1811(5), que había estado vigente en Lombardía-Venecia desde 1815(6); pudiendo, sin embargo, rastrear sus orígenes (modernos) más remotos hasta el *Allgemeines*

---

y para el análisis de su contracara jurídico-penal: el ámbito típico del artículo 254 CP (¿comete el delito, por ejemplo, el apicultor que caza en su propio fundo el enjambre de abejas que ha escapado del de su vecino, cuando este no ha cesado de perseguirlo?). Su relevancia para la teoría jurídico-penal de la justificación es, sin embargo, hasta donde alcanzo, nula, por lo que no les prestaré mayor atención en este trabajo.

(2) PANTALEÓN PRIETO, 1991, p. 1556; POLO TORIBIO, 2001, p. 212.

(3) Cualquier lector de este trabajo que haya estudiado Derecho en una universidad española sabe a lo que me refiero. En cualquier caso, por poner solo un ejemplo, bajo el eslogan «Lleva en tu móvil el artículo más “importante” del Código Civil, el 612» en Internet se venden por aproximadamente quince euros carcacas de teléfono ilustradas con la imagen de un muchacho persiguiendo a una abeja (<https://tienda.juristaenloquecido.com/producto/articulo-612-cc/?v=6351aefd1e5e>).

(4) «Ogni proprietario di sciami di api ha diritto d’inseguirli sul fondo altrui, ma deve risarcire il danno cagionato al possessore del fondo: quando il proprietario non li abbia entro due giorni inseguiti od abbia cessato durante due giorni d’inseguirli, può il possessore del fonde prenderli e ritenerli. Lo stesso diritto spetta al proprietario di animali mansuefatti [...]; ma essi appartengono a chi gli avrà presi e ritenuti, se non sono reclamati entro venti giorni».

(5) «Häusliche Bienenschwärme und andere zahme oder zahm gemachte Thiere sind kein Gegenstand des freyen Thierfanges, vielmehr hat der Eigenthümer das Recht, sie auf fremdem Grunde zu verfolgen; doch soll er dem Grundbesitzer den ihm etwa verursachten Schaden ersetzen. Im Falle, daß der Eigenthümer des Mutterstockes den Schwarm durch zwey Tage nicht verfolgt hat; oder, daß ein zahm gemachtes Thier durch zwey und vierzig Tage von selbst ausgeblieben ist, kann sie auf gemeinem Grunde jedermann; auf dem seingigen der Grundeigenthümer für sich nehmen, und behalten».

(6) POLO TORIBIO, 2001, pp. 212, 214.

*Landrecht* prusiano de 1792(7). También el Código Civil chileno de 1855(8), el argentino de 1869(9), el alemán de 1900 (BGB)(10) o el suizo de 1907(11) contienen regulaciones similares.

Aunque el artículo 612 se ha tildado no pocas veces de anacrónico y se presenta a menudo como una de las mejores muestras de que el Código Civil español necesita una reforma para «adaptarlo a nuestro tiempo»(12), lo cierto es que *todos* los homólogos del precepto en el

(7) § 121: «Auf zahme Bienenschwärme hat der Eigenthümer des Mutterstocks ein ausschließendes Recht». § 122: «Er kann die schwärmenden Bienen auch auf fremden Grund und Boden verfolgen und daselbst einfangen». § 123: «Doch muß er dem Eigenthümer des Grundes und Bodens für alle bey solcher Gelegenheit verursachte Beschädigungen gerecht werden». § 124: «So bald der Eigenthümer des schwärmenden Stocks die Verfolgung gänzlich aufgegeben hat; ist der Eigenthümer des Grundes und Bodens, auf welchem der Schwarm gefunden wird, denselben einzufangen berechtigt».

(8) Artículo 620: «Las abejas que huyen de la colmena y posan en árbol que no sea del dueño de ésta, vuelven a su libertad natural, y cualquiera puede apoderarse de ellas, y de los panales fabricados por ellas, con tal que no lo hagan sin permiso del dueño en tierras ajenas, cercadas o cultivadas, o contra la prohibición del mismo en las otras; pero al dueño de la colmena no podrá prohibirse que persiga a las abejas fugitivas en tierras que no estén cercadas ni cultivadas».

(9) Artículo 2545: «Las abejas que huyen de la colmena, y posan en árbol que no sea del propietario de ella, entiéndese que vuelven a su libertad natural, si el dueño no fuese en seguimiento de ellas, y sólo en este caso pertenecerán al que las tomare». Artículo 2546: «Si el enjambre posare en terreno ajeno, cercado o cultivado, el dueño que lo persiguiese no podrá tomarlo sin consentimiento del propietario del terreno».

(10) § 961 Eigentumsverlust bei Bienenschwärmen: «Zieht ein Bienenschwarm aus, so wird er herrenlos, wenn nicht der Eigentümer ihn unverzüglich verfolgt oder wenn der Eigentümer die Verfolgung aufgibt». § 962 Verfolgungsrecht des Eigentümers: «Der Eigentümer des Bienenschwarms darf bei der Verfolgung fremde Grundstücke betreten. Ist der Schwarm in eine fremde nicht besetzte Bienenwohnung eingezogen, so darf der Eigentümer des Schwarmes zum Zwecke des Einfangens die Wohnung öffnen und die Waben herausnehmen oder herausbrechen. Er hat den entstehenden Schaden zu ersetzen».

(11) Artículo 719.3: «Les essaims d'abeilles ne deviennent pas choses sans maître par le seul fait de pénétrer dans le fonds d'autrui».

(12) Para muestra, un botón: «Frente a los cambios espectaculares que el conocimiento científico sobre los animales habría aportado en los dos siglos inmediatamente anteriores, el Derecho de los animales cosas mantiene regulaciones sustancialmente idénticas a las que habían servido a la sociedad romana y a la sociedad medieval, cuando dominaban las exposiciones especulativas y los bestiaros. Los antecedentes de las regulaciones del Código Civil tienen ese entronque romano y medieval evidente. Como se han mantenido sin modificación, aún hoy es posible encontrar en los artículos del Código las preocupaciones bucólicas y agrarias de una época que ha perdido su vigencia. La obsolescencia y el pintoresquismo de algunas de las regulaciones del Código se ha hecho, de este modo, palmaria» (MUÑOZ MACHADO, 1999, p. 48, que en ibíd, pp. 56-57 extiende expresamente estas acusaciones de bucolismo, obsolescencia y pintoresquismo al artículo 612 CC, y hasta a sus comentaristas). También resulta bien elocuente en cuanto al sentir general de la doctrina la

Derecho comparado que he citado en el párrafo anterior *siguen vigentes*, habiéndose mantenido incluso en ordenamientos en los que se ha llevado a cabo un proceso de recodificación civil más o menos reciente(13). Y debo decir que si a nuestros representantes políticos se les ocurre algún día dejar de «modernizar» el Código Penal –ya van cuarenta reformas desde 1995– y hacer lo propio con el Libro III del Código Civil, no serán los (¿pocos?) apicultores en España(14) los únicos que deseen la conservación de un artículo con cierta importancia práctica para el sector y un enorme valor (sentimental y) teórico para los juristas.

El 612 es mi artículo favorito del Código Civil. Y no lo es solo por encantador(15), sino más bien por ser la manifestación más encantadora –y, teniendo en cuenta sus orígenes en el *Landrecht* prusiano, probablemente una de las más antiguas– de la responsabilidad civil «cuasiexpropiatoria» o «por sacrificio»(16); una forma de responsabilidad civil extracontractual que, a diferencia de la responsabilidad civil por culpa (art. 1902 CC) y la «objetiva»(17) o «por riesgo», se

---

ausencia de cualquier precepto equivalente en la Propuesta de Código Civil elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil.

(13) El tenor del artículo 924 del Código Civil italiano de 1942, actualmente vigente, es casi idéntico al del antiguo artículo 713: «Il proprietario di sciami di api ha diritto di inseguirli sul fondo altrui, ma deve indennità per il danno cagionato al fondo; se non li ha inseguiti entro due giorni o ha cessato durante due giorni di inseguirli, può prenderli e ritenerli il proprietario del fondo». Por su parte, el recentísimo Código Civil y Comercial de la Nación (argentina) establece en su artículo 1950 que «el dueño de un enjambre puede seguirlo a través de inmuebles ajenos, pero debe indemnizar el daño que cause. Si no lo persigue o cesa en su intento, el enjambre pertenece a quien lo tome. Cuando se incorpora a otro enjambre, es del dueño de éste».

(14) Apunta ROGEL VIDE, en este sentido, que «parecería [...] que el asunto de las abejas y el de la propiedad de las mismas es un tema de tiempos pasados no siéndolo en cambio en modo alguno. España es, en efecto y en la actualidad, el mayor productor europeo de miel, contando, en el año 2011 y por cuanto me resulta, con más de 26.000 colmenas (un tercio de las cuales está en Galicia –en Lugo, fundamentalmente–). En dicho año, la producción de miel superó los 300.000 kilos, con un valor en euros de 2.200 millones, que no son moco de pavo precisamente» (2017, pp. 9-10).

(15) A encantador probablemente le gana su «vecino», el artículo 613: «Las palomas, conejos y peces que de su respectivo criadero pasaren a otro perteneciente a distinto dueño, serán de propiedad de éste, siempre que no hayan sido atraídos por medio de algún artificio o fraude».

(16) Así, BUSTO LAGO, 1998, p. 167; y GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, 2006, pp. 205-206.

(17) Esta etiqueta, por más que firmemente asentada en la jerga del Derecho de daños, confunde, a mi juicio, más de lo que aclara. Si por «responsabilidad objetiva» se entiende, como es habitual entre los penalistas, responsabilidad *sin culpabilidad* –sin necesidad de que el hecho lesivo pueda reprocharse personalmente al dañante como obra suya–, entonces *todas* las formas de responsabilidad civil son «objetivas». Y es que la «culpa o negligencia» a la que se refiere el artículo 1902 CC no requiere nada más que la superación del riesgo de dañar considerado (intersubjetivamente)

encuentra inexplicablemente infraestudiada<sup>(18)</sup> y que, como penalista, me interpela especialmente. Se trata de una responsabilidad civil por daños derivados del sacrificio intencional y *justificado* de intereses que el perjudicado *no tiene el deber de soportar*.

A muchos de mis lectores, especialmente si se dedican al Derecho penal, esto que acabo de decir les parecerá, seguramente, poco menos que un oxímoron: ¿justificación sin deber de tolerancia? Esta es, precisamente, la razón por la que la forma de responsabilidad civil contemplada en el artículo de las abejas me interpela especialmente como penalista: creo que se puede hacer una mejor teoría de la justificación penal si se *complementa* con una teoría paralela de la responsabilidad civil por sacrificio que si se intenta, como hace (consciente o inconscientemente) buena parte de la doctrina, *integrar* la idea de sacrificio en una suerte de teoría general de la justificación con aplicación jurídico-penal. Esto es, al menos, lo que voy a tratar de demostrar en este trabajo.

---

tolerable en un concreto sector del tráfico. Sobre ello, vid., con mayor detalle y ulteriores referencias, PANTALEÓN DÍAZ, 2022, núm. 14 del resumen introductorio. Pero, contra lo que parece poder extraerse de la mayoría de los planteamientos doctrinales en la materia, la ambigüedad del calificativo tampoco se arregla precisando que «responsabilidad objetiva» equivale a responsabilidad *sin culpa o negligencia*, pues este tampoco es un rasgo exclusivo de la responsabilidad civil por riesgo: lo comparte, precisamente, con la responsabilidad civil por sacrificio.

(18) Reconocer la autonomía de este criterio de imputación de responsabilidad civil respecto de la culpa o el riesgo resulta habitual en la doctrina germánica, que, sin embargo, suele prestarle una atención mucho más reducida que la que dedica al resto de formas de responsabilidad civil; vid., p. ej., JANSEN, 2003, pp. 15-18; EL MISMO, *OJLS*, *passim*, esp. pp. 240, 243-244; KOZIOL, 2012, p. 238; o GRUNDMANN, 2019 nm. 39. En España, incluso lo primero resulta francamente excepcional. Hasta donde alcanzo, no llegan a la decena los autores que consideran el sacrificio justificado de intereses un criterio autónomo de imputación de responsabilidad civil; he aquí la lista de honrosas excepciones: PANTALEÓN PRIETO, *DA*, pp. 247-248, 250, 253; EL MISMO, *AFDUAM*, p. 178; SALVADOR CODERCH, 1997, núm. 10 (p. 104); BUSTO LAGO, 1998, pp. 165-172, 191-192; QUINTERO OLIVARES, 2002, pp. 153-154; GONZÁLEZ POVEDA, 2008, pp. 701-702; DÍEZ PICAZO, 2011, pp. 51-52; MEDINA CRESPO, 2015, 93-99; y MEDINA ALCOZ, 2018, p. 87. No es sorprendente, por tanto, que tampoco en nuestro país la responsabilidad por sacrificio haya sido objeto de una elaboración dogmática suficiente. Pero es más: partiendo de la base de que ningún manual español de Derecho de daños le dedica siquiera un capítulo a este criterio de imputación (que, por supuesto, tampoco figura, junto a la culpa y el riesgo, en los planes de estudio) es perfectamente plausible que un estudiante se gradúe en Derecho sabiendo que «el propietario de un enjambre de abejas tendrá derecho a perseguirlo sobre el fundo ajeno, indemnizando al poseedor de éste el daño causado», pero sin tener la más remota idea de la naturaleza jurídica y el fundamento de tal indemnización. En la doctrina anglosajona, la situación es bastante similar a la española (aunque cf. el excelente trabajo, aún inédito, de STEEL, 2022).

Para ello, comenzaré presentando una visión particular del estado de la discusión jurídico-penal en esta materia, distinguiendo dos grandes paradigmas teóricos: el interpersonal, que integra en la teoría penal de la justificación el deber del perjudicado por el conflicto de tolerar el sacrificio de sus intereses, y el jurídico-público, que renuncia a ello (apartado II). Acto seguido, defenderé la superioridad del paradigma jurídico-público, argumentando que, aunque ambos paradigmas permiten alcanzar soluciones sensatas para los grupos de casos más relevantes en la práctica y son compatibles con el Derecho positivo, el interpersonal es una teoría innecesariamente compleja para la resolución de problemas *penales* (apartado III). Sostendré, no obstante, que el paradigma interpersonal de la justificación sienta unas bases inmejorables para el emprendimiento de una tarea no menos importante: la construcción de una teoría de la responsabilidad *civil* por sacrificio, complementaria a la teoría penal de la justificación (apartado IV). Luego trataré de mostrar las ventajas que presenta, desde el punto de vista práctico, la forma de ver las cosas defendida en este trabajo, cuando se aplica a dos de los grupos de casos –afortunadamente raros– en los que los paradigmas interpersonal y jurídico-público de la justificación penal conducen a conclusiones divergentes (apartado V). Finalmente, realizaré una breve recapitulación de las conclusiones del artículo (apartado VI).

## II. DOS PARADIGMAS DE LA JUSTIFICACIÓN JURÍDICO-PENAL

El tema de los llamados «deberes de tolerancia» o «de sacrificio» no ha sido tradicionalmente uno de los que han dominado la discusión en el ámbito de la teoría general de la justificación jurídico-penal. El debate, por el contrario, ha tendido a girar en torno a dos grandes polos. Por un lado, se ha discutido hasta la saciedad la relación que guardan entre sí las categorías de la atipicidad –especialmente, de la atipicidad por riesgo permitido, en el marco de la teoría de la imputación objetiva– y de la justificación. ¿Se trata de dos niveles separados e independientes de la teoría del delito o son las causas de justificación «elementos negativos del tipo»(19)?

---

(19) Las coordenadas básicas de esta discusión (y hasta las no tan básicas) pueden encontrarse en cualquier manual de teoría jurídica del delito. Vid., p. ej., LUZÓN PEÑA, 2016, pp. 153-154; MIR PUIG, 2016, pp. 167-170; o ROXIN y GRECO, 2020, pp. 388-392; Para un examen en mayor profundidad, vid. por todos, RENZIKOWSKI, 1994, pp. 124- 237; y SILVA SÁNCHEZ, 2012, pp. 523-540.

Por otro lado, se ha debatido mucho también el problema del fundamento de las causas de justificación; una cuestión que guarda, en realidad, una gran proximidad con la anterior: la inmensa mayoría de la doctrina admite sin reparos una fundamentación utilitarista de la atipicidad por riesgo permitido. Cuando decimos que conductas como conducir reglamentariamente crean un riesgo permitido de matar, de lesionar, etcétera, condensamos el resultado de una ponderación de todos los intereses en juego, en el sentido de que (mientras se circule de forma respetuosa con las reglas del tráfico) los beneficios sociales de la conducción superan los costes que tiene esta actividad en términos de muertes y lesiones en accidentes de circulación(20). La pregunta sobre la que se sigue discutiendo muy intensamente es: ¿son suficientes esta clase de argumentaciones utilitaristas para fundamentar también la justificación por legítima defensa, estado de necesidad, etcétera? ¿O hacen falta fundamentaciones más sofisticadas(21)?

Tengo para mí que ambas cuestiones se encuentran mediadas por una discusión algo más abstracta, que enfrenta, por así decirlo, dos grandes «paradigmas» sobre la justificación penal, a los que me voy a referir en adelante como el paradigma «interpersonal» y el paradigma «jurídico-público»(22). Los deberes de tolerancia son, según creo, la piedra de toque de esta discusión, que a su vez condiciona, como he señalado, las dos anteriores. La presentación de ambos paradigmas –y de sus respectivas implicaciones– a la que se dedican los epígrafes siguientes incurriré, como cualquier clasificación que pretenda tener alguna utilidad analítica, en generalizaciones más o menos amplias: no podré hacer justicia a los planteamientos individuales de todos los autores que se han pronunciado sobre el objeto de estudio; objetivo que (de ser alcanzable) sin duda requeriría una larga monografía. A cambio, espero haber conseguido perfilar una dicotomía que permita a todos ellos considerarse próximos a alguno de los dos polos y (sobre todo) una en la que tales extremos no sean, como tantas veces

---

(20) Así, paradigmáticamente, FRISCH, 2004, *passim* (y ya de forma incipiente EL MISMO, 1983, pp. 139-140, 156-159); y PAREDES CASTAÑÓN, 1995, *passim*. Ulteriores referencias en PANTALEÓN DÍAZ, 2022, núm. 185 del capítulo 2.

(21) En otras palabras, ¿pueden reconducirse todas las causas de justificación al principio del interés preponderante? De nuevo, las líneas fundamentales de la discusión pueden encontrarse, p. ej., en JAKOBS, 1991, pp. 349-351; LUZÓN PEÑA, 2016, p. 334; o ROXIN y GRECO, 2020, pp. 730-733.

(22) La distinción se encuentra ya claramente apuntada en ROBLES PLANAS, 2010, pp. 460-461, aunque el autor no emplea esta terminología y considera ambas posiciones «no necesariamente opuestas, sino en buena medida complementarias» (p. 461). También parece considerarlas compatibles, e incluso mutuamente enriquecedoras, CUELLO CONTRERAS, *InDret*, *passim*.

sucede, exageradas caricaturas de las posiciones más radicales sostenidas en el debate.

## 1. El paradigma interpersonal

El paradigma de la justificación penal al que se dedica este apartado es, hoy en día, ampliamente mayoritario entre los monografistas que han abordado este objeto de estudio(23). El hecho de que casi todos estos autores hayan llevado esta construcción a sus últimas consecuencias y la hayan tratado, además, casi siempre en trabajos monográficos sobre el tema hace que resulte muy fácil perfilar el paradigma y sus implicaciones en sus líneas más generales. Estos autores conciben las causas de justificación como *mecanismos de resolución justa de conflictos entre los intereses de dos o más personas*, en situaciones en las que no todos los intereses en juego pueden salir incólumes(24). Ante esta circunstancia, el Derecho *tiene que tomar partido* en el conflicto: tiene que decidir cuáles de los intereses en conflicto deben salvarse y cuáles, por el contrario, han de resultar sacrificados. De este modo, cuando el Derecho autoriza a Ana a lesionar justificadamente los intereses de Beatriz para salvar los suyos propios, no se limita a establecer que Ana no será castigada por comportarse de esta forma, sino que impone además a Beatriz el deber de *no interferir* en la

(23) A grandes trazos, y centrándome solo en la doctrina más o menos reciente, diría que su «árbol genealógico» comienza en Alemania con Jakobs, aunque (como me advirtió uno de los evaluadores de esta revista) sus orígenes se encuentran ya claramente perfilados en STRATENWERTH, *ZStW*, *passim*, esp. pp. 50-65, y su desarrollo más extenso se debe a penalistas de la siguiente generación: su discípulo Pawlik, y Greco en Alemania; y Baldó Lavilla, Silva Sánchez y Robles Planas en España. En el concreto planteamiento de Silva Sánchez, puede constatar, sin embargo, una interesante evolución. Los primeros trabajos del autor sobre este tema –y, todavía, la segunda edición de su *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*– se encuentran, a mi juicio, más próximos al paradigma jurídico-público de la justificación que al interpersonal, como lo estaba también la postura de su maestro, Mir Puig; vid. SILVA SÁNCHEZ, *ADPCP*, *passim*; EL MISMO, 2012, pp. 607-614, 634-644, 667-670. Sin embargo, sus contribuciones más recientes al respecto (únicas citadas en este apartado) se encuentran claramente en la línea del paradigma interpersonal; una posición en la que, si no me equivoco, Silva Sánchez se ha mantenido hasta la fecha. Hasta donde alcanzo, el punto de inflexión entre una y otra postura se encuentra en SILVA SÁNCHEZ, 1999. Entre los penalistas más jóvenes, han seguido esta estela algunos enormemente prometedores. Aquí resulta imprescindible la cita de autores como Coca Vila y Wilenmann.

(24) Como señala ROBLES PLANAS, una teoría de la justificación de esta clase «es sobre todo una teoría de la legitimación intersubjetiva de los deberes de soportar injerencias y pérdidas» (2010, p. 450). Se trata, en palabras de JAKOBS, de «distribuir [entre varios particulares] las cargas de la solución de un conflicto social» (1991, p. 386).



acción salvadora de Ana, aunque ello conduzca a la pérdida de sus propios bienes(25).

Esto es lo que se conoce como un «deber de sacrificio» o «de tolerancia» y es, de acuerdo con este paradigma, *lo específico de la justificación* tanto frente a la atipicidad como frente a la exculpación(26). Frente a la creación de un riesgo permitido para ciertos bienes puede haber una reacción justificada por estado de necesidad agresivo para salvar intereses de mayor valor. También cabe legítima defensa o, como mínimo, estado de necesidad defensivo frente a las conductas ilícitas llevadas a cabo sin culpabilidad(27). Pero no resulta posible reaccionar justificadamente frente a conductas también justificadas: no cabe legítima defensa contra legítima defensa, ni estado de necesidad contra legítima defensa, ni estado de necesidad contra estado de necesidad... Y así hasta agotar todas las combinaciones posibles.

Esto tiene una enorme importancia en el plano de la legitimación, pues, cuando se trata de fundamentar una causa de justificación, no se le debe únicamente *a la sociedad* una explicación de por qué la lesión

---

(25) Sobre la naturaleza de este (supuesto) deber, su contenido y las consecuencias de su incumplimiento, vid., en detalle, SILVA SÁNCHEZ, 2005, *passim*, esp. pp. 1023-1027 (y más escuetamente, EL MISMO, 2019 pp. 794-795); y MAÑALICH RAFFO, 2013, *passim*, esp. pp. 237-240.

(26) Así, SILVA SÁNCHEZ, 1999, pp. 155, 168, 169; EL MISMO, 2013, p. XV. Como señala WILENMANN, desde esta perspectiva, «[a]quellos que permite agrupar unitariamente a todas las causas de justificación son [...] características relativas a sus efectos; estas constituyen siempre una situación normativa compleja caracterizada a partir de dos normas de comportamiento: un permiso de acción (sea ya en sentido débil) por parte del agente (o una liberación de actuar en caso de delitos de omisión) y un deber de tolerancia del destinatario de la acción» (2017, p. 57).

(27) Aunque la doctrina mayoritaria considera que para la legítima defensa basta una agresión antijurídica, una minoría muy cualificada requiere también la *culpabilidad* de la agresión. Así, p. ej., JAKOBS, 1991, pp. 385-389; EL MISMO, *Derecho Penal y Criminología*, 2013, pp. 16, 26; EL MISMO, 2020, pp. 183, 186; RENZIOWSKI, 1994, pp. 279-284; MOLINA FERNÁNDEZ, *AFDUAM*, núm. 50 (p. 84); EL MISMO, «Estado de necesidad, colisión de deberes...», 2020, pp. 874-875; EL MISMO, «Legítima defensa», 2020, nms. 1638, 1658-1660, 1666, 1708; EL MISMO, «Estado de necesidad», 2020, nm. 1808; PAWLIK, 2002, p. 309; EL MISMO, *Derecho Penal y Criminología*, pp. 16-17, 18, 21; PALERMO, 2006, pp. 289-302, 377-378; WILENMANN, *InDret*, 2014, pp. 12-13; EL MISMO, 2017, pp. 253-259; y, aparentemente, COCA VILA, *ADPCP*, pp. 101, 106, 112. Esto mismo sostenía también, *de lege ferenda*, LUZÓN PEÑA, 2002, pp. 201-211, 306-315, 531-533, que sin embargo se ha apartado de esta tesis y ha acogido la postura mayoritaria. Tiene, en cualquier caso, razón PAWLIK cuando señala que «se trata en gran parte de una cuestión terminológica, si se concibe la legítima defensa frente a ataques de personas inculpables como un supuesto de un derecho de legítima defensa restringido nuevamente o si se analizan dichos eventos de la mano del estado de necesidad defensivo» (*Derecho Penal y Criminología*, pp. 16-17).

por parte de Ana de los intereses de Beatriz es lícita, debiendo por tanto la primera quedar *exenta de pena*. Para esto puede bastar una fundamentación utilitarista, a modo de las que aceptamos todos los días en relación con el riesgo permitido; una fundamentación que se base, por ejemplo, en que una ponderación de todos los intereses en juego nos conduce a concluir que conductas como la de Ana protegen bienes más valiosos que los que lesionan, y por eso no queremos prevenir esta clase de comportamientos mediante la pena. Lo fundamental –y, de nuevo, lo distintivo de la justificación– no es esto, sino fundamentar *ante Beatriz* su deber de sacrificio: explicarle por qué el Derecho le exige que renuncie a la protección de sus bienes en la medida en que ello implique impedir la acción salvadora de Ana(28).

A estos efectos, el utilitarismo es insuficiente en el marco de un ordenamiento jurídico liberal, que toma en serio los derechos individuales. Aquí entra en juego la prohibición de raíz kantiana de «instrumentalizar» a un individuo en aras de la promoción de los intereses de otro o incluso del bienestar general. Si Beatriz tiene un derecho a la vida, la integridad física, la propiedad, etcétera, la simple necesidad de Ana o la salvación de intereses superiores no puede, en principio, hacer ceder estos derechos en tanto Beatriz no esté de acuerdo con este sacrificio. No puede existir, en otras palabras, una fundamentación utilitarista de los deberes de tolerancia(29).

Un deber de sacrificio de Beatriz solo puede nacer, con carácter general, de un comportamiento al menos mínimamente autónomo por su parte, que la hace *responsable* por el conflicto. Así, no resulta en absoluto problemático explicarle a Beatriz por qué no puede reaccionar en estado de necesidad agresivo frente a la legítima defensa o el estado de necesidad defensivo de Ana: en ambas situaciones, es la propia Beatriz quien, con su agresión ilegítima o la insuficiente con-

(28) Así, p. ej., BALDÓ LAVILLA, 1994, *passim*; PAWLK, 2002, *passim*; PALERMO, 2006, *passim*; MARTÍN LORENZO, 2009, pp. 249, 255-274; ROBLES PLANAS, 2010, *passim*, esp. pp. 460-464; JAKOBS, 2012, pp. 44-52; WILENMANN, *InDret*, 2014, pp. 4-5; EL MISMO, *InDret*, 2016, *passim*, esp. pp. 22-23; EL MISMO, 2017, *passim*; COCA VILA, 2016, *passim*, esp. pp. 195-196, 391-392, 435-437, 446-497; EL MISMO, *InDret*, 2017, pp. 7, 15-16, 27; EL MISMO, *InDret*, 2021, pp. 183-184, 185-186; WILENMANN, 2017, *passim*; GRECO, *GA*, p. 676; ENGLÄNDER, 2021, pp. 120-130, 134-135; o HÖRNLE, 2021, pp. 169-170, 174.

(29) Vid. PAWLK, 2002, pp. 32-56; FRISCH, *GA*, pp. 131-132; KÜHNBACH, 2006, pp. 48-52; MARTÍN LORENZO, 2009, pp. 255-260; HÖRNLE, *New Crim. Law. Rev.*, pp. 593-594, 597-598; LA MISMA, *Crim. Law and Philos.*, pp. 122-124; LA MISMA, *InDret*, pp. 16-18, 19-20; LA MISMA, 2021, pp. 169-170, 174; PERALTA, 2012, pp. 241-243; COCA VILA, 2016, pp. 509-510; EL MISMO, *InDret*, 2017, pp. 7, 14-16, 29; EL MISMO, *CPC*, pp. 245-251; ENGLÄNDER, 2021, pp. 128, 134-135; y GRECO, *ZStW*, pp. 11-19.

tención de un riesgo que emana de su esfera de responsabilidad(30), ha generado la necesidad de Ana de defenderse, por lo que resulta justo que sea Beatriz quien soporte los costes del conflicto. Sin embargo, para que esto sea así, Beatriz tiene que ser *realmente responsable* del surgimiento del conflicto. Para la justificación por legítima defensa o estado de necesidad defensivo, no basta con que Ana crea que Beatriz la está agrediendo injustamente o que sus intereses están siendo amenazados por un riesgo que emana del ámbito de responsabilidad de Beatriz. Salvo que esta apariencia haya sido creada responsablemente *por la propia Beatriz*(31), la creencia errónea de Ana, por muy razonable que sea –por mucho que cualquiera en su posición hubiera creído lo mismo– es igual de insuficiente que la simple necesidad de Ana para justificar el sacrificio de los intereses de Beatriz. Esto tiene una implicación importante: la concurrencia de los presupuestos esenciales de la legítima defensa y el estado de necesidad defensivo se valora desde una perspectiva *ex post*; no basta con un «pronóstico posterior objetivo» como el que empleamos para valorar la existencia de un riesgo jurídicamente desaprobado(32).

---

(30) El estado de necesidad defensivo requiere, como mínimo, que el ámbito de organización de una persona invada el de otra –se «expanda» (*übergreift*) sobre él– de forma (objetivamente) imputable a la primera, pero no necesariamente antijurídica; así, JAKOBS, 2020, *passim*, esp. pp. 181-183. Un detallado análisis de los presupuestos de esta causa de justificación puede encontrarse en COCA VILA, *InDret*, 2011, *passim*, esp. 14-19, 25-35; y WILENMANN, 2017, pp. 479-534.

(31) Vid. JAKOBS, 1991, pp. 354, 356; y PALERMO, 2006, pp. 113-116, 265-268.

(32) Así, JAKOBS, 1991, pp. 354-355; BALDÓ LAVILLA, 1994, pp. 125-129, 265-271; BOLEA BARDON, 1998, pp. 628-629; PALERMO, 2006, pp. 113-116, 265-268; WILENMANN, 2017, pp. 184-187, 494-495; y, aparentemente, GÓMEZ-BENÍTEZ, 2008, p. 953. A la misma conclusión llega, sobre la base de una teoría de la pena orientada a la víctima concreta del delito, HÖRNLE, *JZ*, pp. 957-958. Desde el punto de vista de una dogmática funcionalmente orientada, la posición de Hörnle resulta enormemente coherente. Si admitimos que la víctima concreta del delito tiene un papel en la teoría de la pena, que la pena se impone (también) para transmitir un mensaje a la víctima, entonces tiene perfecto sentido tener en cuenta la perspectiva del concreto perjudicado por el conflicto al construir la teoría de la justificación penal: no afirmar que una conducta se encuentra justificada si ello implica transmitir un mensaje inadecuado a la víctima del delito («no te han hecho nada malo», «no habrías podido defenderte»...); así claramente la propia HÖRNLE, *New Crim. Law. Rev.*, pp. 585-586, 600; LA MISMA, *Crim. Law and Philos.*, p. 123; LA MISMA, *InDret*, pp. 20-21, 25. Si, por el contrario, nos inclinamos más bien por una teoría de la pena de acuerdo con la que esta sirve exclusivamente a la promoción de intereses generales –retribución, prevención, etc.– al margen de la víctima concreta del delito, la perspectiva de esta última debería irrelevante para construir las categorías de la teoría jurídica del delito, incluida la antijuridicidad. Esto no significa, sin embargo, que una teoría «jurídico-pública» de la pena sea incompatible con el paradigma interpersonal de la justificación, como demuestra el hecho de que la mayoría de los partidarios de

La legítima defensa y el estado de necesidad defensivo –que se configura, de este modo, como una legítima defensa «en miniatura»(33)– tienen, así pues, de acuerdo con estos autores, una *fundamentación liberal sólida*: es fácil explicar a la sociedad y (sobre todo) a Beatriz, como persona finalmente perjudicada por el conflicto, por qué el Derecho se pone del lado de Ana, imponiéndole a Beatriz un deber de tolerar su conducta justificada incluso aunque ello suponga el sacrificio de sus propios intereses. También lo tienen los derechos y deberes propiamente tales reconocidos por la ley, cuya nota característica es, precisamente, la de ir indisolublemente unidos a deberes de tolerancia de cualquier afectado por su ejercicio(34). Piénsese, por ejemplo, en la potestad de los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado de practicar detenciones o de usar las armas en los casos específicamente previstos en la regulación de su actividad. Aquí se encuadran, en definitiva, todos los casos en que alguien obra «en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo» (art. 20.7.º CP); cláusula general que, de acuerdo con este planteamiento, parece operar, pues, como «regla de cierre» del sistema de justificación(35).

¿Qué hay, sin embargo, del estado de necesidad agresivo? Desde el punto de vista del paradigma interpersonal, se trata de una institución completamente anómala en un ordenamiento liberal-individual

---

este último se encuentren bastante alejados de la teoría de la pena defendida por Hörnle (PAWLIK, 2012, pp. 90-91, por poner solo un ejemplo, califica la llamada «neutralización de la víctima» como un avance).

(33) Vid., en esta línea, PAWLIK, 2002, pp. 148-149, 310; EL MISMO, *JZ*, p. 1048; EL MISMO, 2012, pp. 247-248; KÜHNBACH, 2006, pp. 88-89; JAKOBS, *Derecho Penal y Criminología*, pp. 16-18; EL MISMO, 2020, pp. 179-180, 182; y WILENMANN, *InDret*, 2014, pp. 7-8, 16, 19-21, 24-25; EL MISMO, 2017, *passim*, esp. pp. 125-126.

(34) No es otra cosa lo que significa tener «derecho» a algo, y respecto de los deberes vale (*a fortiori*) exactamente lo mismo. Si estoy dentro de los límites de mi derecho o de mi deber (y determinarlos no siempre es fácil) nadie puede impedirme que haga lo que quiero hacer. Si no, no tendría derecho a hacerlo. Vid., en esta línea, RENZIKOWSKI, 1994, pp. 170-173.

(35) Ello, en la medida en que todas las causas de justificación, al ir aparejadas a un deber de tolerancia del perjudicado, conceden al autor un verdadero derecho a *lesionar* los intereses ajenos. Curiosamente, esto es lo que defiende CARBONELL MATEU, 1982, *passim*, esp. pp. 13, 17, 28, 64, 124-126, 128-130, 182, si bien desde un punto de partida radicalmente contrario al del paradigma interpersonal: la posibilidad de reconducir todas las causas penales de justificación al principio del interés preponderante. Sin embargo, como ha argumentado convincentemente MOLINA FERNÁNDEZ, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, pp. 224-226, si se parte de esta premisa, la *lex generalis* del sistema de justificación no es el ejercicio de un derecho, sino el estado de necesidad.

lista(36), como lo es cualquier deber de solidaridad general(37): ¿cómo se le explica a una persona que tiene que renunciar a la protección de sus derechos, por el simple hecho de que *los de otra persona* se encuentran en una situación de peligro que al primero le resulta completamente *ajena*? Parece que, por muy valiosos que sean los intereses amenazados, sacrificar los intereses (incluso inferiores) de un tercero para protegerlos vulnera la prohibición kantiana de instrumentalización; y de ahí que resulte perfectamente comprensible que Kant descartara completamente una justificación por estado de necesidad agresivo(38).

Estos autores no han llegado al extremo de la solución kantiana, ni siquiera como propuesta *de lege ferenda*(39). El mecanismo que sue-

(36) Así, PAWLIK, 2002, *passim*, esp. pp. 1-5, 9-17; EL MISMO, 2012, pp. 46, 248-254; KÜHNBACH, 2006, pp. 14, 30-33., 36-37; JAKOBS, 2012, pp. 47-49; COCA VILA, 2016, pp. 242-243, 509-511; EL MISMO, *CPC*, pp. 250-251; WILENMANN, 2017, pp. 77, 82, 557-581; y GRECO, *ZStW*, pp. 1-2, 5. Como señala JAKOBS, «[u]na solución individualista parte de que el afectado no puede endosar un peligro a otro; la acción en estado de necesidad, por tanto, es siempre antijurídica, aun cuando la traslación del peligro en el caso concreto pueda ser perdonable (disculpable) cuando los bienes afectados por el peligro tengan importancia existencial» (1991, p. 409). En la misma línea, apunta MARTÍN LORENZO que «un tratamiento estrictamente liberal de los conflictos entre intereses individuales [...] en ningún caso podría explicar la legitimación que reconoce una causa de justificación a la injerencia en esferas de intereses individuales ajenos. En el caso concreto del estado de necesidad agresivo, la perspectiva estrictamente individual no encuentra razones que permitan declarar lícita la desviación de un peligro que amenaza los intereses de un sujeto a otro individuo ajeno a ese peligro y cuya posición está protegida jurídicamente. Una explicación satisfactoria sólo puede venir de una limitación de la autonomía individual por razones atentas al aspecto social del Estado que, en cierto modo, reflejan consideraciones de utilidad, en cuanto que a la libertad individual se le imponen límites relacionados con la convivencia social y los intereses colectivos» (2009, p. 264)

(37) Vid., por todos, ALCÁCER GUIRAO, 2000, *passim*, esp. 362-366.

(38) Al respecto, vid. PAWLIK, 2002, pp. 18-23; y KÜHNBACH, 2006, pp. 18-30, con completas referencias a las fuentes primarias y la literatura secundaria en la materia. En nuestra lengua, puede consultarse, p. ej., HRUSCHKA, *ADPCP*, pp. 13-16.

(39) Cabe preguntarse si el rechazo de cualquier posibilidad de justificación por estado de necesidad agresivo sería siquiera una posición sostenible *de lege lata* en ordenamientos jurídicos como el español o el alemán. De entrada, el artículo 20.5.º CP –que, al menos, no se encuentra, como el § 34 del Código Penal alemán (StGB), bajo la rúbrica «estado de necesidad justificante»– parece más conciliable con este punto de vista, bien interpretando que contempla solo una causa de *exculpación*, bien que se refiere únicamente a supuestos de estado de necesidad *defensivo*. Sin embargo, el problema es, en realidad, más profundo, y afecta a ambos preceptos por igual: requisitos de proporcionalidad como el de «que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar» (art. 20.5.º, primero CP) o –peor aún– como el de «que el interés protegido prepondera esencialmente sobre el afectado» (§ 34 StGB) casan muy mal con la lógica del estado de necesidad defensivo y con la del estado necesidad

len utilizar para dar cabida al estado de necesidad agresivo en un Derecho liberal es el de recurrir a una *analogía* entre los deberes de tolerancia derivados de esta causa de justificación y los demás deberes de *solidaridad mínima* impuestos por el ordenamiento jurídico(40): igual que tenemos el deber jurídico-penalmente reforzado de socorrer a cualquier persona que se halle «desamparada y en peligro manifiesto y grave» (art. 195.1 CP), aunque no hayamos tenido *nada que ver* con su situación de necesidad, tenemos el deber de tolerar que, en estas mismas circunstancias, las personas *existencialmente necesitadas* se salven a costa de nuestros intereses. Pero uno y otro deber solo surgen si la salvación de la persona necesitada puede llevarse a cabo «*sin riesgo* propio ni de terceros» (art. 195.1 CP); cláusula que los defensores del paradigma interpersonal de la justificación penal interpretan del modo siguiente: siempre que (i) no se vean amenazados intereses *existenciales* del obligado y que (ii) los intereses salvados preponderen *sustancialmente* sobre los sacrificados. El estado de necesidad agresivo queda, de esta forma, reducido, básicamente, a la posibilidad de afectar bienes patrimoniales no existenciales siempre que ello

---

exculpante. Para el primero debería bastar, como aclara el § 228 BGB, con que el daño causado no sea desproporcionadamente superior al que se trata de evitar («*wenn der Schaden nicht außer Verhältnis zu der Gefahr steht*»); y una cosa es interpretar extensivamente el artículo 20.5.º CP y el § 34 StGB *para que quepa* en ellos el estado de necesidad defensivo y otra (mucho más discutible), sostener que no regulan nada más. En cuanto a la posibilidad de leer el artículo 20.5.º CP en clave (solo) de estado de necesidad exculpante, pueden traerse a colación aquí (*a fortiori*) las acertadas críticas que dirigiera MIR PUIG, 2016, pp. 468-469, a la versión española de la teoría de la diferenciación, en particular la de que «resulta insuficiente limitar el estado de necesidad exculpante a los casos en que se salva un bien [...] no inferior al que se sacrifica. La situación de conflicto motivacional puede concurrir también aunque el sujeto lesione un bien superior, y para la exclusión de la imputación personal lo único decisivo es la presencia efectiva de la normalidad motivacional, no la comparación objetiva de bienes, que sólo importa para la justificación» (p. 469).

(40) Así, p. ej., JAKOBS, 1991, p. 351; EL MISMO, *Derecho Penal y Criminología*, p. 20; BALDÓ LAVILLA, 1994, pp. 206-247, 348-362; SILVA SÁNCHEZ, 1999, pp. 156-157, 168, 180; EL MISMO, 2019, p. 794; FRISCH, *GA*, *passim*, esp. pp. 122-123, 130-134, 136-137; KÜHNBACH, 2006, pp. *passim*, esp. pp. 11-14, 34, 95-96, 117-118, 144-145, 216-217; PAWLIK, 2012, pp. 248-251; EL MISMO, *REJ*, pp. 227, 240; COCA VILA, *ADPCP*, pp. 112-113; o GRECO, *ZStW*, pp. 68-70. Al mismo tiempo, de acuerdo con COCA VILA, *InDret*, 2011, *passim*, esp. pp. 3-4, 19, existiría un paralelismo entre los deberes de solidaridad intensificados presupuesto de las omisiones puras de garante (p. ej., art. 195.3 CP) y los deberes de tolerancia en estado de necesidad *defensivo*. Hasta donde alcanzo –que es, en este punto, bastante poco– el primer autor en formular este paralelismo fue HRUSCHKA, *JuS*, *passim*, esp. pp. 390-391. Sobre los límites de este argumento, cfr., no obstante, SILVA SÁNCHEZ, 2005, pp. 1014-1019, 1026-1027; y GRECO, *ZStW*, p. 69.

resulte necesario para proteger intereses personales o intereses patrimoniales sustancialmente más valiosos(41).

Las implicaciones del paradigma interpersonal en este punto se corresponden perfectamente con el Derecho positivo de algunos países. Es el caso, por ejemplo, del Derecho alemán, cuyo estado de necesidad agresivo justificante (§ 34 StGB) está sujeto no solo a un requisito de «preponderancia esencial» de los intereses protegidos sobre los sacrificados, sino también a una enigmática cláusula de adecuación: «que el hecho sea un medio adecuado para contener el peligro»(42); exigencias de las que la doctrina prácticamente unánime infiere una prohibición absoluta de matar, y aun de sacrificar intereses personales existenciales (lesionar gravemente, por ejemplo), en estado de necesidad agresivo(43).

Conductas como estas solo podrían quedar justificadas en legítima defensa (§ 32 StGB), estado de necesidad defensivo (§ 228 BGB, por analogía), o en caso de colisión de deberes de garante de salvar la vida o los intereses existenciales de varias personas, resultando imposible el cumplimiento simultáneo de todos(44). Al margen de estos supuestos, el autor podría quedar, a lo sumo, *exculpado* por ellas, de cum-

(41) Vid., en este sentido, JAKOBS, 1991, pp. 419-426; EL MISMO, *Derecho Penal y Criminología*, pp. 19-22; BALDÓ LAVILLA, 1994, pp. 61-63, 68-69, 131-132, 175, 217; RENZIKOWSKI, 1994, pp. 256-257, 265-266; SILVA SÁNCHEZ, 1999, pp. 156-157, 168; PAWLIK, 2002, pp. 150-168, 244-275; EL MISMO, 2012, pp. 251-252; FRISCH, *GA*, pp. 133-134, 137; COCA VILA, *InDret*, 2011, pp. 5-6, 29; EL MISMO, *CPC*, pp. 253, 257-259; PERALTA, 2012, pp. 255-259; WILENMANN, 2017, pp. 641-651; GRECO, *ZStW*, pp. 41-43, 55-71; y, aparentemente, SILVA SÁNCHEZ, 2019, p. 796.

(42) «Dies gilt jedoch nur, soweit die Tat ein angemessenes Mittel ist, die Gefahr abzuwenden». Sobre la interpretación de este requisito –en la que no tendría sentido abundar aquí– pueden consultarse, p. ej., JAKOBS, 1991, pp. 427-431, 433; RENZIKOWSKI, 1994, pp. 247-257; ROXIN y GRECO, 2020, pp. 878-882.

(43) Así, p. ej., ROXIN, 1976, pp. 165-166, 222; KÜPER, *JuS*, pp. 792-794; JAKOBS, 1991, pp. 419-422; HIRSCH, 2008, pp. 1009, 1018; o ROXIN y GRECO, 2020, pp. 878-882; una posición que ya resultaba mayoritaria con anterioridad a la reforma legal –relativamente reciente– que dio lugar a la regulación actualmente vigente (vid., por todos, WELZEL, *ZStW*, 1951, pp. 51-52). Sobre la evolución de la legislación alemana en esta materia y los debates doctrinales que la impulsaron, vid., p. ej., FLETCHER, 1978, pp. 775-788; ROLDÁN BARBERO, 1980, pp. 19-27; o MARTÍNEZ CANTÓN, 2009, pp. 111-150.

(44) Así, por ejemplo, el padre que no tiene capacidad para salvar a sus dos hijos en peligro de muerte actúa lícitamente con tal de que salve a uno de ellos, aunque con ello esté *matando* al otro (en comisión por omisión). Nótese que, de acuerdo con el paradigma interpersonal, la existencia en estos casos de un *deber del autor* de realizar, en todo caso, una conducta típica separa radicalmente la colisión de deberes del estado de necesidad agresivo, no pudiendo reconducirse aquella a los presupuestos de este. En los casos de estado de necesidad agresivo el autor siempre tiene una salida lícita, por muy costosa que sea para sí mismo o sus seres queridos: dejar que las cosas sigan su curso.

plirse los presupuestos del § 35.1 StGB (estado de necesidad exculpante); en particular, la necesidad del sacrificio para contener un peligro para la vida, la integridad física o la libertad propias, de un familiar o de una persona próxima.

La correspondencia del paradigma interpersonal con el Derecho inglés también es notable. También en él se reconocen, junto con la legítima defensa, dos eximentes (*defences*) aproximadamente equivalentes a los estados de necesidad justificante y exculpante del Derecho alemán: la *necessity*, que la doctrina considera mayoritariamente una causa de justificación(45), y la *duress*, considerada mayoritariamente una causa de exculpación(46) (*excuse*)(47). La primera requiere, sencillamente, haber optado por el menor entre dos males, pero –al igual que el § 34 StGB– resulta, por lo general, inaplicable a delitos contra bienes jurídicos personales(48). La *duress*, por su parte, exime de responsabilidad penal a quien comete un delito para conjurar un peligro de muerte o lesiones graves (*grievous bodily harm*) para sí mismo u

(45) Vid., por todos, WILLIAMS, 1983, p. 634; SIMESTER *et al.*, 2019, p. 718; y HERRING, 2020, pp. 641, 714.

(46) Así, FLETCHER, 1978, pp. 830-831; WILLIAMS, 1983, pp. 626-627; CHIESA, 2011, p. 107 (que subraya, además, su similitud con el estado de necesidad exculpante del Derecho alemán); y HERRING, 2020, pp. 641, 716. Cf., no obstante, HORDER, 2019, pp. 145, 228, 233-236; y SIMESTER *et al.*, 2019, pp. 717, 799-800, que consideran que esta eximente se encuentra a caballo entre la justificación y la exculpación.

(47) En todo caso, la jurisprudencia no presta ninguna atención a esta distinción, que se encuentra, además mucho menos asentada doctrinalmente que en el Derecho continental. De hecho, no faltan autores que cuestionan la utilidad de la clasificación, sobre todo si se entiende como una exclusivamente bipartita. Vid., p. ej., SMITH, 1989, pp. 7-44, 126; GARDNER, 2007, *passim*, esp. pp. 112, 131-134, 142-143; DUFF, 2009, pp. 263-298; o SIMESTER *et al.*, 2019, pp. 714-718, 894. Esta misma perspectiva «escéptica» es la que, de acuerdo con sus propios comentaristas, subyace al *Model Penal Code* estadounidense; vid. AMERICAN LAW INSTITUTE, §§ 3.01 to 5.07, 1985, pp. 2-4.

(48) Vid. SIMESTER *et al.*, 2019, pp. 870, 871-875, 877-878; HERRING, 2020, pp. 662-664; y OMEROD y LAIRD, 2020, pp. 670-673. Esta regla solo ha sido excepcionada en dos ocasiones: la sentencia de la *House of Lords* en el caso *Re F (Mental patient sterilisation)* [1990] 2 AC 1, en la que se declara justificada por estado de necesidad la esterilización de personas con discapacidad intelectual y psicosocial; y la de la *Court of Appeal* en el caso *Re A (Children) (Conjoined Twins: Surgical Separation)* [2001] 2 WLR 480. A esta segunda sentencia me referiré más pormenorizadamente dentro de unos párrafos. En cuanto a la primera –el equivalente a nuestro derogado artículo 156, par. II CP– solo cabe decir aquí que, si se quiere que el precedente sobreviva a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Nueva York, 2006), probablemente resulte menos «agresivo» calificarlo como un supuesto de consentimiento con apoyos que como uno de estado de necesidad. Sobre la compatibilidad de esta clase de regulaciones con la Convención, vid. PANTALEÓN DÍAZ, *Diario La Ley*, con ulteriores referencias.



otras personas, siempre que se comporte como lo habría hecho una persona razonable («the ordinary man of reasonable fortitude») en las mismas circunstancias. A diferencia de la *necessity*, opera en relación con toda clase de delitos, con solo dos excepciones: el asesinato(49) y ciertas formas de traición(50).

En Inglaterra y Gales continúa rigiendo como precedente, en esta materia, la sentencia *R v Dudley and Stephens* (1884)(51), sobre el famoso caso del naufragio de la *Mignonette*. La nave naufragó a unas mil seiscientas millas del Cabo de Buena Esperanza y los miembros de su tripulación –los acusados Thomas Dudley y Edward Stephens, un tal Brooks y el grumete Richard Parker, un joven de entre diecisiete y dieciocho años– se vieron obligados a abandonarla a bordo de un bote, en el que no tenían reservas de agua potable ni de comida, salvo un par de latas de nabos de las que se alimentaron los primeros tres días. En el cuarto día desde el naufragio, consiguieron cazar una pequeña tortuga que les permitió subsistir unos días más, hasta el duodécimo día, cuando se quedaron definitivamente sin comida. Su única fuente de agua era la lluvia que de vez en cuando recogían con sus chubasqueros.

A los veinte días del naufragio, Dudley y Stephens decidieron (contra el criterio de Brooks) matar al grumete Parker para poder alimentarse con su carne y su sangre, y tener alguna oportunidad de sobrevivir. Así lo hicieron, sin que Parker fuera siquiera consultado. El grumete, por lo demás, se encontraba en aquel momento en un estado de debilidad extrema provocado por el hambre y por haber bebido agua de mar, lo que le impidió oponer cualquier resistencia. Los tres marineros subsistieron cuatro días más a base del cadáver de Parker, hasta que fueron rescatados por otro navío que, casualmente, pasaba por allí. En el juicio se consideró suficientemente probado que, de no haber tenido esta postrera fuente de alimento, todos los marineros habrían muerto de hambre antes de ser rescatados.

Dudley y Stephens fueron condenados por asesinato, rechazando unánimemente el tribunal que la conducta de los marineros pudiera estar amparada por causa de justificación o de exculpación alguna: aunque solo se descartó expresamente la *necessity*, en su sentencia

---

(49) Téngase en cuenta, en todo caso, que, frente a lo que ocurre en Derecho español y alemán, en el ordenamiento inglés el tipo básico de los delitos contra la vida humana independiente es el asesinato (*murder*) y no el homicidio (*manslaughter*), de manera que la primera categoría abarca casi todos los supuestos de homicidio doloso.

(50) Vid. THE LAW COMMISSION, 1977, p. 2; SIMESTER *et al.*, 2019, pp. 720, 799; HERRING, 2020, p. 672; y OMEROD y LAIRD, 2020, pp. 654-662.

(51) (1884) 14 QBD 273 DC.

*R v Howe & Bannister* (1987)(52) la House of Lords consideró el caso –como no podría ser de otra manera– autoridad también para rechazar que la *duress* pudiera eximir de responsabilidad por asesinato. La (durísima) *ratio* de ambas decisiones se ve condensada perfectamente en el siguiente pasaje del discurso de Lord Hailsham en el caso *Howe*:

«[N]o puedo aceptar que, en relación con las eximentes del asesinato, sea buena moral, buena política o buen Derecho sugerir [...] que no puede esperarse de la persona normal de fortaleza razonable que sea capaz de un comportamiento heroico si se le exige matar a un inocente en lugar de sacrificar su propia vida. Es indudable que, en la práctica, muchos sucumbirán a la tentación [...]. Pero otros muchos no lo harán, y no creo que los primeros deban quedar exentos de cualquier clase de sanciones penales como «concesión a la flaqueza (moral) humana [*human frailty*]». A lo largo de mi vida, he visto a demasiados seres humanos normales, no dotados de una fortaleza fuera de lo común, llevar a cabo conductas heroicas como para considerar «justo» o «humano» un Derecho que retira a las víctimas inocentes la protección del Derecho penal y ampara en cambio a los cobardes y los pusilánimes, en nombre de una «concesión a la flaqueza (moral) humana»(53).

A pesar de ciertas críticas doctrinales(54) y propuestas de reforma legislativa(55), lo cierto es que el Derecho inglés se ha mantenido, en

(52) [1987] 2 WLR 568.

(53) *R v Howe & Bannister* [1987] 2 WLR 568, p. 432. Es muy llamativa la comparación con la perspectiva adoptada al respecto por los comentaristas al *Model Penal Code* estadounidense (vid. enseguida núm. 56); en los casos en los que procede la apreciación de la *duress*, «el Derecho es ineficaz en el sentido más profundo –de hecho, es hipócrita– si impone al sujeto que tiene la desgracia de enfrentarse a una elección dilemática un estándar de comportamiento que sus jueces no estarían dispuestos a considerar aplicables a sí mismos (ni podrían cumplir) si llegaran a encontrarse en la misma situación. En estas circunstancias, una condena no puede sino resultar ineficaz y, lo que es más importante, carece de cualquier base moral y es injusta. Aceptar la cobardía del acusado como una eximente puede resultar «personal y socialmente debilitante», pero lo es en la misma medida hacer del heroísmo el estándar de la legalidad. El tratamiento apropiado para un héroe no es solo dejarlo al margen de toda censura social; es alabarlos y ofrecerle una recompensa justa» (AMERICAN LAW INSTITUTE, §§ 1.01 to 2.13, 1985, pp. 374-375).

(54) Vid., p. ej., WILLIAMS, 1983, pp. 604-606, 622, 626-631; SMITH, 1989, pp. 73-79, 92-95, 126; HORDER, 2019, pp. 145-146, 237-238; o SIMESTER *et al.*, 2019, pp. 813, 814 (aunque más tibiamente en p. 900).

(55) En su informe sobre esta materia de 1977, la *Law Commission* propuso ampliar el ámbito de aplicación de la *duress* para extenderla a toda clase de delitos, incluido el asesinato (THE LAW COMMISSION, 1977, pp. 9, 14-15, 53, 56). En cuanto a la *necessity*, sin embargo, adoptó una línea diametralmente contraria, rechazando su reconocimiento como eximente general (ibíd. pp. 25-32, 54 62).

este punto, inalterado desde finales del siglo XIX(56). Y aunque puede que la clave del éxito de estos principios se deba, sencillamente, a la extraordinaria fortaleza moral de las sociedades inglesa y galesa, me atrevería a sugerir que tiene mucho más que ver con dos instituciones. La primera es el principio de oportunidad procesal (*procedural discretion*), del que los ordenamientos anglosajones hacen un uso mucho más amplio que la mayoría de los europeos continentales, y que permite que en la mayoría de los casos en los que la imposición de una pena no se considera «razonable» o «equitativa» ni siquiera llegue a formularse una acusación penal(57). La segunda, la posibilidad –¡sugerida a veces por los propios jueces que imponen las condenas!(58)– de conceder un indulto en casos, como estos, en los que la ejecución de la pena más grave del ordenamiento (antes, la pena de muerte; ahora, cadena perpetua) se considera un precio demasiado alto a pagar por la afirmación a toda costa de la «santidad de la vida humana».

El único caso que, hasta donde alcanzo, llegó a poner en cierta tensión las costuras del Derecho inglés fue, precisamente, uno en el que ninguno de estos dos mecanismos permitía procesar el conflicto extramuros del Derecho penal sustantivo: el de la separación de las siamesas

---

(56) Curiosamente, sin embargo, el Derecho estadounidense –a juzgar por lo dispuesto en el *Model Penal Code* y sus comentarios– ha seguido derroteros bien diferentes y mucho más coherentes con el paradigma jurídico-público de la justificación. El *Model Penal Code* también contempla la *necessity* (en su terminología, «*choice of evils*») como una causa de justificación (§ 3.02) y la *duress* como una de exculpación (§ 2.09); vid. AMERICAN LAW INSTITUTE, §§ 3.01 to 5.07, 1985, pp. 2-3, 15-16. Sin embargo, se aparta del Derecho inglés, en la medida en que parte de la posibilidad de aplicar ambas eximentes al delito de asesinato y, *a fortiori*, a cualesquiera delitos contra bienes jurídicos personales; vid. AMERICAN LAW INSTITUTE, §§ 3.01 to 5.07, 1985, p. 15; EL MISMO, §§ 1.01 to 2.13, 1985, p. 376 (aun partiendo de la diversidad de criterios en los diferentes Estados federados a la hora de admitir la *duress* como eximente en el delito de asesinato: *ibíd.* pp. 369-369; núm. 54, p. 381). En la doctrina estadounidense, autores como FLETCHER, 1978, pp. 824-825, 831; o CHIESA, 2011, pp. 108-109, se muestran favorables a esta expansión de la *duress* a los delitos contra la vida, aunque –en línea con la doctrina alemana mayoritaria– consideran que la *necessity* nunca debería poder justificar la muerte de un inocente (FLETCHER, 1978, pp. 787, 791; CHIESA, 2011, pp. 103-105, que reconoce, sin embargo, alguna excepción muy limitada a esta regla general).

(57) Vid., en este sentido, HORDER, 2019, pp. 242-243; y, aunque en tono crítico, FLETCHER, 1978, pp. 768-769, 807-810; SMITH, 1989, pp. 4-5, 95-97. La propia LAW COMMISSION, 1977, pp. 25, 27, considera esta discrecionalidad una de las razones por las que ni desde la doctrina ni desde la práctica se ha reclamado el reconocimiento de la *necessity* como eximente general.

(58) Así lo hicieron tanto Lord Coleridge en *Dudley and Stephens* (1884, 14 QBD 273 DC, p. 288) como Lord Hailsham en *Howe* ([1987] 2 WLR 568, p. 433). De hecho, en el primero de los casos, el indulto fue concedido, conmutándose la pena de muerte que se había impuesto a los condenados por una de seis meses de prisión.

Jodie y Mary. Las niñas habían nacido vivas, cada una con sus propios órganos principales (cerebro, corazón, pulmones, etcétera) y sus propios brazos y piernas, a pesar de estar unidas por la parte baja del abdomen. Sin embargo, a diferencia de Jodie, Mary no tenía capacidad de supervivencia autónoma: su corazón y sus pulmones eran demasiado débiles para hacer circular sangre y oxígeno al resto de su cuerpo, y habría fallecido al nacer de no ser porque compartía una arteria con Jodie, cuyo sistema cardiorrespiratorio las mantenía vivas a las dos. Pero esta situación podía durar, como máximo, unos tres o seis meses, tras los que el corazón de Jodie terminaría fallando por el sobreesfuerzo y tanto ella como Mary fallecerían. La alternativa era separar quirúrgicamente a las siamesas, operación que sin duda mataría a Mary, pero garantizaría a Jodie una supervivencia razonablemente normal.

Los padres de Jodie y Mary se opusieron a la separación de las siamesas por motivos religiosos, pero los médicos responsables, garantes también de la vida de ambas niñas, insistieron en llevar a cabo la operación para salvar a la única de las dos que tenía perspectivas razonables de supervivencia. La peculiaridad de este caso –y la razón por la que el problema no podía ser canalizado a través de la oportunidad procesal (o, en su caso, del indulto)– fue que no llegó a los tribunales una vez llevada a cabo la operación, sino antes: los médicos no procedieron contra el criterio de los padres, sino que *solicitaron una autorización judicial* para llevar a cabo la operación, «blindándose» frente a posibles consecuencias penales. Solo existían dos opciones: autorizar la operación, considerando justificado el homicidio (en Derecho inglés, asesinato) de Mary; o impedir la, dejando morir a las dos.

Razonablemente, la *Court of Appeal*, en su famosa sentencia *Re A* (2001)(59), hizo lo primero, pero se cuidó mucho de distinguir el caso de *Dudley and Stephens*, planteándolo en todo momento como un supuesto «sin precedentes», cuya resolución en absoluto ponía en tela de juicio la regla general de que el estado de necesidad no puede justificar un asesinato(60). Los razonamientos de los magistrados no arrojan, sin embargo, demasiada claridad sobre el fundamento de esta solución diferenciadora: en sus discursos se mezclan argumentos que parecen apuntar a la existencia de un estado de necesidad defensivo –una «*quasi-self defence*» de Jodie frente a Mary(61)– con alusión

(59) *Re A (Children) (Conjoined Twins: Surgical Separation)* [2001] 2 WLR 480.

(60) Vid., p. ej., *Re A (Children) (Conjoined Twins: Surgical Separation)* [2001] 2 WLR 480, p. 225 (discurso de Brooke LJ).

(61) Este argumento está especialmente presente en el discurso de Ward LJ: «Es posible que Mary tenga un derecho a la vida, pero no tiene ningún derecho a estar

nes a la teoría del doble efecto –que cuestionan la existencia de una verdadera «*intención*» de matar a Mary–(62), para acabar concluyendo (según parece) que se trata sencillamente de un caso *sui generis* en el que la justicia material aconseja apartarse de las reglas generales(63).

Lo cierto es que un jurista continental educado en el paradigma interpersonal de la justificación lo habría tenido mucho más fácil: el de las siamesas no era un escenario de estado de necesidad agresivo (ni defensivo, por lo demás), sino uno de *colisión de deberes*(64);

---

viva. Esta viva única y exclusivamente porque, por decirlo de forma cruda, pero no por ello menos precisa, chupa de la savia vital de Jodie y al mismo tiempo la extrae de ella. Se mantendrá viva solo durante el tiempo en que Jodie sobreviva, y Jodie no sobrevivirá mucho tiempo porque será constitucionalmente incapaz de soportar esa carga. La vida parasítica de Mary acabará provocando la muerte de Jodie. Si Jodie pudiera hablar, seguramente protestaría: «Para, Mary, me estás matando». Y Mary no tendría ninguna respuesta para esto» (*Re A (Children) (Conjoined Twins: Surgical Separation)* [2001] 2 WLR 480, p. 197). «La realidad en este caso [...] es que Mary está matando a Jodie. [...] Mary emplea el corazón y los pulmones de Jodie para recibir y utilizar sangre oxigenada. Esto terminará provocando un fallo cardíaco a Jodie y causando su muerte, con la misma certeza que si se tratara de un lento goteo de veneno. ¿Cómo puede ser justo obligar a Jodie a tolerar este estado de cosas? No hace falta cargar a Mary [...] con la etiqueta de «agresora ilegítima», que considero completamente inapropiada para la triste y desamparada posición en la que se encuentra. Estoy completamente de acuerdo en que este singular acontecimiento no puede ser calificado como antijurídico, pero no tiene por qué serlo. El niño de seis años que dispara un arma a diestro y siniestro en el patio del colegio no está actuando ilícitamente, porque es demasiado joven para que sus actos reciban esta calificación [...]. Pero, *jurídicamente*, matar a ese niño en legítima defensa de terceros estaría plenamente justificado y no sería una conducta ilícita. No veo ninguna diferencia, en esencia, entre este recurso a la legítima defensa y que los médicos defiendan a Jodie conjurando el peligro de muerte que supone para ella el drenaje de su savia vital por parte de Mary» (ibíd., pp. 203-204). En la doctrina, respaldan esta fundamentación de la decisión autores como HÖRNLE, *Crim. Law and Philos.*, p. 121; o SIMESTER *et al.*, 2019, pp. 873-874. Crítico, sin embargo, WILENMANN, *InDret*, 2016, pp. 34-35.

(62) *Re A (Children) (Conjoined Twins: Surgical Separation)* [2001] 2 WLR 480, pp. 216-219, 238 (discurso de Brooke LJ), pp. 250-252 (discurso de Robert Walker LJ). En la doctrina, vid. OMEROD y LAIRD, 2020, pp. 673-674.

(63) Esta es precisamente la conclusión a la que llegan, en sus discursos, Ward LJ (*Re A (Children) (Conjoined Twins: Surgical Separation)* [2001] 2 WLR 480, pp. 204-205), Brooke LJ (ibíd. pp. 238-239) y Robert Walker LJ (ibíd. p. 255). En la doctrina, vid., en este sentido, HERRING, 2020, pp. 663-664. Cfr., no obstante, CHIESA, 2011, p. 103.

(64) La idea de que los padres de las niñas, los médicos y hasta los propios jueces se encontraban en este caso ante una situación de colisión de deberes (*conflicting duties*), en la que la simple alusión a la «santidad de la vida humana» no servía, sin más, para solucionar el conflicto no está totalmente ausente, sin embargo, de los razonamientos de la *Court of Appeal*, especialmente en el discurso de Ward LJ –vid. *Re A (Children) (Conjoined Twins: Surgical Separation)* [2001] 2 WLR 480, pp. 192, 200-203–ni tampoco en los de la doctrina (vid., p. ej., SIMESTER *et al.*, 2019, p. 878)

situaciones que –de acuerdo con este paradigma– se rigen por principios radicalmente diferentes(65). En este caso, en efecto, los médicos tenían dos deberes incompatibles entre sí: separar a las siamesas (para salvar a Jodie) y mantenerlas unidas (para no matar inmediatamente a Mary). Y, en la medida en que lo segundo, con el paso del tiempo, se iría volviendo cada vez más indistinguible de *matarlas a las dos* en comisión por omisión –incumpliendo, a la postre, ambos deberes–, separarlas era la *única alternativa lícita*(66). Dudley y Stephens, en cambio, no se encontraban en esa tesitura: para ellos las opciones eran *matar* al joven Parker o *dejarse morir* junto con el resto de la tripulación. Y como ninguno de sus miembros era garante de la vida de los demás, la segunda opción era perfectamente lícita.

Recapitulando, los ordenamientos alemán e inglés son una perfecta muestra de cómo funciona, en la práctica, el paradigma interpersonal de la justificación. Su implicación fundamental es que el estado de necesidad agresivo *nunca* puede justificar el sacrificio de intereses existenciales: ¿cómo explicarle a un individuo *con derechos* que tiene que tolerar que lo maten, que lo lesionen permanentemente o que lo priven de las posesiones que necesita para subsistir, para aliviar una necesidad que –por inmensa que sea– le es totalmente *ajena*? Los ordenamientos alemán e inglés respetan esa máxima a rajatabla, pero

---

No es, sin embargo, ni mucho menos, la (única) *ratio decidendi* de la sentencia, como lo habría sido probablemente en Alemania.

(65) Cfr., sin embargo, MARTÍNEZ CANTÓN, 2009, pp. 796-799; SILVA SÁNCHEZ, 2009, pp. 113-116, que (aunque por motivos en parte diferentes) no consideran en absoluto justificable la separación de las siamesas; ROXIN y GRECO, 2020, p. 1148, que sostienen, para un grupo de casos muy similar –aquel en el que, en el curso de la cirugía de separación de siameses, surgen dificultades que hacen que solo sea posible salvar la vida de uno de los gemelos a costa de la del otro–, la muerte de este último no estaría justificada, si bien los médicos quedarían exentos de responsabilidad penal por estado de necesidad *exculpante* supralegal. Este razonamiento tiene, a mi modo de ver, dos consecuencias absurdas: que en esta clase de supuestos los médicos, garantes de la vida de ambos gemelos, no solo pueden, sino que deben (!) dejar morir a los dos, aun siendo posible salvar a uno; y que los tribunales alemanes, a diferencia de los ingleses, no habrían autorizado la separación de Jodie y Mary si se les hubiera pedido permiso para llevarla a cabo.

(66) Otra alternativa –que probablemente no disgustaría a Coca Vila, teniendo en cuenta cómo propone resolver los casos de triaje sanitario *ex ante* (vid. epígrafe 2 del apartado V de este trabajo) y lo señalado en COCA VILA, 2016, pp. 482-497– sería considerar del mismo rango los deberes de los médicos frente a ambas pacientes, renunciando a jerarquizarlos en virtud de las oportunidades de supervivencia autónoma de cada una; solución que se traduciría en un derecho de los médicos a *escoger* mantener unidas a las siamesas o separarlas. Como desarrollaré en el epígrafe al que acabo de remitirme, esta solución no me parece convincente, aunque en el caso de Jodie y Mary el resultado habría sido el mismo: los médicos querían (con buen criterio) separar a las siamesas.

disponen de ciertas «válvulas de escape» para hacerla compatible con una cierta indulgencia en el tratamiento de los conflictos existenciales(67): una nítida separación entre las reglas de resolución del estado de necesidad agresivo y la colisión de deberes; la posibilidad de una exculpación por inexigibilidad (el sacrificio propio o de un ser querido como acto *debido pero inexigible*); y, en defecto de esta última – como ocurre con la *duress* y el asesinato en Derecho inglés–, oportunidad procesal e indulto.

## 2. El paradigma «jurídico-público»

Con el paradigma que he llamado jurídico-público de la justificación penal pasa exactamente lo contrario de lo que he señalado antes en relación con el interpersonal: resulta muy difícil encontrar exposiciones puras de este planteamiento, por lo que perfilarlo en sus rasgos esenciales se presenta como un verdadero reto. Las lecciones sobre causas de justificación incluidas en la mayoría de los manuales de Derecho penal se encuentran aparentemente más próximas al paradigma jurídico-público que al interpersonal, a juzgar por el extendidísimo recurso a fundamentaciones utilitaristas para explicarlas(68). Sin embargo, tampoco resulta en absoluto infrecuente que en estas mismas explicaciones se incluyan referencias a elementos característicos del paradigma interpersonal, como la imposibilidad de reaccionar justificadamente ante conductas justificadas(69), la necesidad de

(67) En opinión de MOLINA FERNÁNDEZ, «Estado de necesidad, colisión de deberes...», 2020, p. 857 –que, aunque emitida solo en relación con el sistema alemán resulta también, a mi juicio, aplicable *a fortiori* al Derecho inglés–, «remedios para intentar vestir un traje cuyo primer botón se ha abrochado mal».

(68) Vid., p. ej., JESCHECK y WEIGEND, 2002, pp. 348-350; LUZÓN PEÑA, 2016, pp. 407-408; MIR PUIG, 2016, pp. 434-435, 461-462; y ROXIN y GRECO, 2020, pp. 659, 719, 842, 844-845 (fragmentos que Greco ha conservado, a pesar de que sus adiciones –en este punto muy cautas– se orientan más bien en la línea del paradigma interpersonal, al que el autor se adhiere decididamente en otros trabajos).

(69) Vid., por todos, RODRÍGUEZ MOURULLO, 1982, p. 521; y ROXIN y GRECO, 2020, pp. 316, 757-758, si bien con algunas excepciones que terminan aproximando su postura a las de los autores citados al final de esta nota. En ocasiones, lo que se postula a este respecto es una posición diferenciada. Así, p. ej., LUZÓN PEÑA, 2016, pp. 334-335, 337-338, a quien sigue de cerca MARTÍNEZ CANTÓN, 2009, pp. 32-33, 299-300, 302-303, 584, 586-587; LA MISMA, 2010, pp. 406, 432, distingue entre causas de justificación que excluyen (solo) el desvalor de acción –como el estado de necesidad agresivo– y causas de justificación que excluyen (también) el de resultado –como la legítima defensa–, de manera que solo frente a las primeras cabría una reacción a su vez justificada; posición de la que creo que puede encontrarse un claro antecedente en WELZEL, *ZStW*, 1939, pp. 534-536, y a la que este autor ya se aproxima

llevar a cabo una valoración *ex post* de la concurrencia de una agresión ilegítima en la legítima defensa(70), o el que el estado de necesidad agresivo no pueda justificar ataques a bienes de carácter existencial(71). Los desarrollos más coherentes de este paradigma se encuentran en algunas contribuciones monográficas (libros o artículos) sobre el tema que nos ocupa(72), aunque también pueden hallarse pasajes más escuetos, pero claramente en la línea esta teoría, en monografías dedicadas a otros asuntos(73).

Si por algo se caracteriza el paradigma jurídico-público de la justificación penal es por analizar las normas penales permisivas desde el mismo punto de vista que las prohibitivas: el conflicto propiamente penal no se entabla entre dos o más particulares, sino que se plantea exclusivamente entre el autor y el Estado; entre el autor y la sociedad

---

maba, sin haber terminado de sistematizarla por completo, en LUZÓN PEÑA, 2002, pp. 101, 215-228, 532. En la misma línea, ROLDÁN BARBERO, 1980, pp. 38-39; CUERDA RIEZU, 1984, pp. 267-268, 273, 287-290, 298-318; GIMBERNAT ORDEIG, 1990, pp. 229-230; y MIR PUIG, 2016, pp. 473-474, sostienen la imposibilidad de reaccionar justificadamente ante una conducta justificada por legítima defensa o cumplimiento de un deber, pero no ante una justificada por estado de necesidad agresivo (al menos, cuando el mal causado y el que se trata de evitar son iguales).

(70) Así, JESCHECK y WEIGEND, 2002, pp. 355, 375; MIR PUIG, 2016, pp. 439-440; y ROXIN y GRECO, 2020, p. 777.

(71) Vid., por todos, ROXIN, 1976, pp. 165-166, 222; JESCHECK y WEIGEND, 2002, pp. 387, 389, 539-540; MIR PUIG, 2016, pp. 481-483; y ROXIN y GRECO, 2020, pp. 854-858.

(72) Vid., especialmente, SEELMANN, 1978; MOLINA FERNÁNDEZ, *Revista de Derecho Penal y Criminología*; EL MISMO, «Naturaleza del sistema...», 2006; EL MISMO, «Sistema de causas de justificación», 2020; EL MISMO, «Estado de necesidad, colisión de deberes...», 2020; EL MISMO, «Legítima defensa», 2020; EL MISMO, «Estado de necesidad», 2020; y SÁNCHEZ DAFAUCE, 2016. En esta lista esperaríamos quizás el lector encontrar también la clásica monografía de LENCKNER, 1965, paradigmática en cuanto a la reconducción de todas las causas de justificación al principio del interés preponderante y la resolución de esta clase de conflictos mediante una ponderación de todos los intereses en juego en el caso concreto. No obstante, la obra se encuentra salpicada de afirmaciones que impiden, a mi juicio, considerar al autor un defensor «puro» del paradigma jurídico-público. Me refiero no solo a su concepción de la vida como un interés «imponderable» (ibíd., pp. 29-32, 101, 111), sino, sobre todo, a afirmaciones como la de que «aquí en absoluto se trata solamente de si al autor *le está permitido* hacer algo, sino al mismo tiempo, por otro lado, de si el afectado por la acción llevada a cabo en estado de necesidad debe soportar la injerencia en sus bienes» (ibíd. p. 179) y la de que una justificación no vinculada a un deber de tolerancia del afectado supondría claudicar ante el derecho del más fuerte (ibíd., p. 25). Algo parecido sucede con el reciente trabajo de CANTARD, *Derecho Penal y Criminología*.

(73) Vid., p. ej., ZIELINSKI, 1973, pp. 297-301, 311; FRISCH, 1983, pp. 419-448, 462 (aunque, a juzgar por un trabajo más reciente citados en el epígrafe anterior—EL MISMO, *GA*—dudo mucho que el autor siga en la misma línea); o SANCINETTI, 1991, pp. 517-520, 560-563, 611.



de la que las normas emanan democráticamente(74). Un conflicto penal «interpersonal» es, de acuerdo con esta perspectiva, una contradicción en los términos(75). En esta relación (jurídico-pública) entre individuo y sociedad, el Derecho puede decidir dejar de castigar al autor principalmente por dos razones: bien porque su conducta es lícita –porque el autor se ha ajustado a lo que el Derecho demanda de cualquier persona en su posición– o bien porque, siendo ilícita, no le resulta personalmente imputable. Las causas de justificación contemplan una serie de requisitos que, en caso de concurrir en un supuesto de hecho, permiten considerar *lícita* la conducta del autor. Y *nada más*(76).

En otras palabras, cuando el Derecho penal considera justificada la lesión por parte de Ana de los intereses de Beatriz para salvar los suyos propios, lo único que esto implica es que la conducta de Ana es conforme a Derecho, está permitida, por lo que no se le impondrá una pena. Pero con ello no se dice *nada* respecto de Beatriz. Beatriz solo empieza a preocuparle al Derecho penal *si reacciona* contra la conducta justificada de Ana, lesionando a su vez los intereses de esta. En este caso, habrá que dilucidar –*con total independencia* de la calificación que haya merecido la conducta de Ana– si la conducta de Beatriz cumple los presupuestos de alguna causa de justificación(77). Y, de

---

(74) HÖRNLE, *InDret*, pp. 9-10, 29-20, identifica este paradigma con una teoría de la antijuridicidad «neutral respecto a quien actúa y a la víctima». Yo diría más bien que está, en la propia terminología de la autora, «centrada en quien actúa»; categoría que Hörnle prefiere reservar para perspectivas de cariz netamente subjetivo. En lo que estoy totalmente de acuerdo con la autora es en que se trata de una teoría de la justificación que no presta atención alguna a la perspectiva de la víctima. Como expliqué en la núm. 32, esta es la única posición coherente con los postulados funcionales de los que parto, que son muy distintos a los que asume Hörnle (pero, curiosamente, no tan diferentes de los de la mayoría de los partidarios del paradigma interpersonal).

(75) En palabras de SÁNCHEZ DAFAUCE, «[e]l Derecho penal es parte del Derecho público del Estado. En Derecho público no se establecen relaciones entre particulares, sino entre particulares y el Estado. En un caso de enfrentamiento entre causas de justificación no hay una relación jurídico-penal entre las personas enfrentadas, sino una relación jurídico-penal entre el Estado y, por ejemplo, el ciudadano uno, y otra relación jurídico-penal entre el Estado y, por ejemplo, el ciudadano dos» (2016, pp. 338-339). Vid., en el mismo sentido, GÜNTHER, 1983, pp. 170, 172, 235.

(76) Desde este punto de vista, el paradigma jurídico-público de la justificación guarda un fuerte paralelismo con el análisis de las «causas de exclusión del injusto penal» llevado a cabo por GÜNTHER, 1983, *passim*, esp. pp. 86-87, 121, 130, 158-159, 249, 252, 255-260, 359-360. Se trata, sin embargo, de un planteamiento más radical: mientras que GÜNTHER reconoce la existencia, junto con las causas de exclusión del injusto penal, de causas de justificación generales –la legítima defensa y el estado de necesidad– que sí llevarían aparejados deberes de tolerancia de la víctima (ibíd., pp. 303-309, 323, 359), el planteamiento aquí defendido consiste, por así decirlo, en analizar *todas* las causas de justificación como causas de exclusión del injusto penal.

(77) Así, p. ej., DUFF, 2009, pp. 267, 273, 276.

nuevo, si se concluye que los cumple, ello no prejuzgará en absoluto la licitud de la posible respuesta de Ana a la reacción de Beatriz.

El planteamiento se encuentra, a mi juicio, perfectamente resumido en dos afirmaciones que realiza Wolfgang Frisch en su obra *Vorsatz und Risiko*, de 1983. De acuerdo con este autor, la función de las causas de justificación

«en el marco de la teoría del delito no es la de determinar las clases de comportamiento que los terceros tienen el deber de soportar; este problema solo es objeto de análisis cuando se estudian los derechos de defensa (*Abwehrrechte*) que corresponden a los terceros»(78).

Y señala también que

«el análisis de las causas de justificación en el contexto de la teoría del delito no tiene por objeto establecer «derechos de intromisión» (*Eingriffsrechte*) con sus correspondientes deberes de tolerancia, sino únicamente determinar cuándo el comportamiento [del autor] no entra en consideración como fundamento para la imposición de la pena, teniendo en cuenta la relación existente entre dicho comportamiento y el mundo de los bienes [jurídicos]»(79).

Esto significa que, como también ha defendido Mañalich Raffo, la justificación penal de una conducta no va necesariamente unida a un deber de quien la padece de no interferir con ella. Esto solo ocurrirá cuando la reacción de este último sea, analizada en sí misma, típica y antijurídica. Pero su antijuridicidad no puede predicarse directamente de la justificación de la conducta inicial(80). La conexión entre justificación y deber de sacrificio es meramente *contingente*: las causas penales de justificación solo confieren permisos de actuación, no

(78) FRISCH, 1983, pp. 424-425. Otros autores lo han expresado de forma similar. Así, GÜNTHER: «La función de protección del Derecho penal quedaría transmutada en su opuesto si no se dedicase a proteger bienes jurídicos, sino a legitimar injerencias en bienes jurídicos de terceros» (1983, p. 252); o CUERDA RIEZU: «La función de las causas de justificación apoyadas en preceptos permisivos es la de limitar o excepcionar la materia de prohibición, no la de crear derechos subjetivos» (1984, p. 309).

(79) FRISCH, 1983, pp. 445. Vid., en el mismo sentido, GÜNTHER, 1983, p. 60; CUERDA RIEZU, 1984, pp. 308-312.

(80) Como señala SANCINETTI en relación con la legítima defensa, «los criterios para la definición de «agresión ilegítima», a efectos de hacer surgir un derecho a repeler la agresión, no tienen por qué coincidir con la definición de los límites del tipo permisivo que ampare a la misma agresión, a efectos de la exclusión de su carácter de ilícito penal. La fractura del «concepto unitario de antijuridicidad» que hoy tiene a imponerse debería ser un camino idóneo también para este reconocimiento. [...] [L]a «exclusión del ilícito» de una injerencia por parte de «A» sobre los intereses de «B» no prejuzga sobre el derecho de «B» a impedir la injerencia de «A»» (1991, pp. 562-563).

derechos de injerencia(81), con la importantísima consecuencia –añadiría yo– de que una teoría penal de la justificación *no tiene por qué fundamentar* ante el perjudicado por la conducta justificada un deber de soportar el sacrificio de sus bienes, en la medida en que la subsistencia de estos resulte incompatible con aquella.

El Derecho penal, cuando justifica una conducta, no le está imponiendo al afectado por ella ningún deber que no preexista ya a la propia justificación (el deber de no matar a otros, de no lesionarlos, etcétera). Por eso, la única fundamentación que requieren la legítima defensa, el estado de necesidad y las demás causas de justificación es la de por qué se considera lícita la conducta del autor, de manera que el Estado no le impone una pena. Y, como no hay que justificar al mismo tiempo un deber de tolerancia, esta fundamentación *puede perfectamente ser utilitarista*, incluso en un ordenamiento de corte liberal: consideramos lícitas las conductas que no queremos prevenir a través del Derecho penal porque, si se tienen en cuenta todos los intereses en juego, se concluye que salvan intereses más valiosos de los que destruyen(82).

De acuerdo con este planteamiento, la justificación penal responde a un juicio de ponderación de intereses idéntico al que subyace a la atipicidad por riesgo permitido: primero analizamos, desde una perspectiva *ex ante* (a través de un pronóstico posterior objetivo) el riesgo

---

(81) MAÑALICH RAFFO, 2013, pp. 228-237, 242-247; seguido en este punto, aparentemente, por GUERRA ESPINOSA, 2017, p. 295. De hecho, MAÑALICH RAFFO dirige a la teoría de acuerdo con la que las causas de justificación van necesariamente unidas a deberes de tolerancia una crítica que se alinea perfectamente con los fundamentos (funcionales) del presente trabajo. De acuerdo con el autor, dicha concepción «descansa en la hipótesis de que las normas (o «reglas») de comportamiento del derecho penal funcionarían como fundamentos de relaciones jurídicas entre personas individuales, que respectivamente contarían como sujetos de los correspondientes derechos y deberes. [...] Esto último es incompatible con el estatus de normas de derecho público que exhiben las así llamadas «normas de comportamiento del derecho penal» (ibíd. pp. 230-231). Ya antes había apuntado muy claramente en esta línea CUERDA RIEZU, al sostener que «[l]a privatización de las relaciones jurídicas que surgen entre sujeto agente y afectado no se adecua a la naturaleza pública del Derecho penal. [...] El Derecho penal como Derecho público no está forzosamente obligado a establecer relaciones jurídicas del tipo derecho subjetivo-deber, cuando considera que una conducta es conforme a Derecho. [...] En consecuencia, es posible que las normas penales reconozcan que una conducta es conforme a Derecho, sin imponer al mismo tiempo el correlativo deber de tolerancia al afectado, y sin que la conformidad a Derecho implique un derecho subjetivo del sujeto agente» (1984, pp. 310-311). Precisamente esta idea es la que, como defenderé en el apartado IV, debería conducir a afirmar que el lugar del paradigma interpersonal de la justificación no es el Derecho público, sino el privado.

(82) En palabras de RODRÍGUEZ MOURULLO, «[d]esde el punto de vista político-criminal el juicio de antijuridicidad sirve a la finalidad de la ponderación de intereses sociales en situaciones conflictivas» (1978, p. 327).

que la conducta del autor suponía para los bienes jurídicos finalmente lesionados y la probabilidad que tenía de preservar los finalmente salvados. Acto seguido, con la comparación de ambas probabilidades a la vista, nos preguntamos si el autor hizo algo distinto a lo que el Derecho esperaba de él en su situación: que no llevase a cabo una conducta idónea para causar un *mal mayor* que el que trataba de evitar(83).

Esta perspectiva de análisis tiene tres implicaciones que separan radicalmente el paradigma jurídico-público de la justificación penal del paradigma interpersonal. En primer lugar, no existe una diferencia tajante entre los casos de atipicidad por riesgo permitido y los de justificación: ninguna de las dos eximentes lleva necesariamente aparejado un deber del perjudicado por la injerencia de no interferir con la conducta atípica o justificada y, por esta misma razón, ambas instituciones admiten una fundamentación utilitarista, sin contradicción alguna con la filosofía liberal que subyace a nuestro ordenamiento jurídico. Lo que se plantea entre el riesgo permitido y la justificación es más bien un *continuum* con dos extremos: la situación «pura» (y, de hecho, difícilmente imaginable) de riesgo permitido, en la que lo único que entra en conflicto con la preservación de los bienes jurídicos ajenos es la libertad general de actuación del autor; y la situación «pura» de justificación, en la que los intereses que se encuentran a uno y otro lado de la «balanza» son perfectamente específicos (vida contra integridad física, salud frente a propiedad, etcétera)(84).

---

(83) Vid., por todos, LENCKNER, 1965, pp. 84, 134-146; MÜNZBERG, 1966, pp. 143, 259-338; CARBONELL MATEU, 1982, pp. 63-64, 70-71, 178; SANCINETTI, 1991, pp. 517-520; MOLINA FERNÁNDEZ, *AFDUAM*, pp. 71-73; EL MISMO, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, pp. 208-218; EL MISMO, «Naturaleza del sistema...», 2006, pp. 382, 388-389, 390; EL MISMO, «La ponderación...», 2006, pp. 267-268, 278; EL MISMO, «Estado de necesidad, colisión de deberes...», 2020, pp. 857, 859; EL MISMO, «Sistema de causas de justificación», 2020, nms. 1580, 1597; EL MISMO, «Estado de necesidad», 2020, nm. 1760; y TOMÁS-VALIENTE LANUZA, 2009, pp. 90-91.

(84) Vid. en detalle PANTALEÓN DÍAZ, 2022, capítulo 2, apartado IV.3.a. En la misma línea, LENCKNER, 1965, pp. 142-143, 145; WOLTER, 1981, p. 38; PAREDES CASTAÑÓN, 1995, pp. 66-73, 86, 415-481, 513-514, 517; y MOLINA FERNÁNDEZ, 2001, pp. 396-397. También GÜNTHER, 1983, pp. 127-129, aunque solo en relación con las causas de exclusión del injusto penal (no con las causas de justificación generales). Curiosamente, esta posición la comparten señalados defensores del paradigma interpersonal como RENZIKOWSKI, 1994, pp. 156-158; PAWLIK, 2012, pp. 194-215, 336; y COCA VILA, 2016, pp. 171-172, 190-196, 521. La postura me parece, sin embargo, difícilmente conciliable con la afirmación de que unas situaciones (justificación) van ligadas a deberes de tolerancia de los perjudicados y otras (riesgo permitido), no: o la distinción entre unas y otras es sistemáticamente relevante a los efectos penales, o no lo es, pero no puede ser ambas cosas a la vez.

Lo anterior implica, en segundo lugar, que la concurrencia de los presupuestos de las causas de justificación, incluidas la legítima defensa y el estado de necesidad defensivo, ha de ser objeto de una valoración *ex ante* (85). Como no se trata de decidir si la persona finalmente perjudicada tiene un deber de soportar la pérdida de sus propios intereses, sino únicamente de dilucidar si el autor hizo algo diferente de lo que se esperaba de él en ese momento, lo que importa no es si el primero realmente agredió ilegítimamente al segundo, sino si *una persona razonable* en la situación de este último habría creído que concurriría una agresión ilegítima. Así pues, muchos de los supuestos que desde el punto de vista del paradigma interpersonal son de justificación putativa, desde la perspectiva jurídico-pública son de justificación *real*: habrá justificación cuando el autor incurra en un error «objetivamente invencible» sobre la concurrencia de los presupuestos de una causa de justificación; un error «razonable», en el que cualquiera en su situación hubiera podido incurrir (86).

La tercera de las implicaciones del paradigma jurídico-público de la justificación, que lo distancia radicalmente del paradigma interpersonal, se refiere al estado de necesidad agresivo. Lejos de considerarlo una institución excepcional y residual en el marco de un ordenamiento liberal, los partidarios del paradigma jurídico-público consideran el estado de necesidad agresivo la regla general que opera como «*cláusula de cierre*» del sistema de justificación (87). El estado de necesi-

(85) Así, MÜNZZBERG, 1966, pp. 281-284 (aunque cfr., respecto de la legítima defensa, pp. 342-373); WOLTER, 1981, pp. 38-40, 132, 134-135, 136-142, 165-173, 357-358; FRISCH, 1983, pp. 419-448, 462; MOLINA FERNÁNDEZ, 2001, pp. 386-413; y más tímidamente en EL MISMO, «Legítima defensa», 2020. Una posición intermedia sostiene MIR PUIG, 2016, pp. 181, 432, 435-436, 438-440, que admite en estos casos la existencia de una «causa de exclusión de la antijuridicidad», pero no de una causa de justificación en sentido estricto (con la consecuencia de que no se derivaría de ello deber de tolerancia alguno para la otra parte implicada). En la misma línea, LUZÓN PEÑA, 2016, pp. 346-348, 394-395, considera que en estos supuestos existiría una causa de justificación por exclusión solo del desvalor de acción, pero no también del de resultado (sobre esta distinción y sus consecuencias vid. núm. 69).

(86) DUFF, 2009, pp. 271-277, no considera justificadas (*justified*) sino solo «*warranted*» (lo que podríamos traducir, en este contexto, como «razonables») esta clase de conductas, reservando la primera calificación para los supuestos en los que la creencia del autor resulta además ser verdadera *ex post*. Sin embargo, de esta clasificación del autor no parece derivarse ninguna consecuencia práctica.

(87) Así, LENCKNER, 1965, pp. 135-136, 152-153; MÜNZZBERG, 1966, pp. 327-331; SEELMANN, 1978, *passim*, esp. pp. 32-45, 72-73, 74-76; MOLINA FERNÁNDEZ, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, *passim*, esp. pp. 227-228; EL MISMO, 2001, p. 396; EL MISMO, «Naturaleza del sistema...», 2006, pp. 377, 387-391; EL MISMO, «La ponderación...», 2006, pp. 267-268, 278; EL MISMO, «Estado de necesidad, colisión de deberes...», 2020, pp. 857, 861, 889; EL MISMO, «Sistema de causas de justificación», 2020,

dad agresivo no hace más que consagrar la idea de que, en una situación de conflicto en la que no pueden salvarse todos los intereses en juego, es lícita cualquier intervención que no cause un mal mayor que el que se trata de evitar. Esta regla general solo entra en juego cuando el ordenamiento jurídico no resuelve expresamente la ponderación de los intereses en conflicto o, al menos, ofrece pautas *más concretas* para llevarla a cabo; que es precisamente lo que ocurre cuando resultan de aplicación la legítima defensa(88), el ejercicio de un derecho o el cumplimiento de un deber(89).

Pero si lo que el Derecho pretende, desde esta perspectiva, es que los conflictos se resuelvan de la manera menos lesiva posible, entonces no tienen sentido ninguna de las limitaciones a las que el paradigma interpersonal somete el estado de necesidad agresivo. Ni puede existir una prohibición radical de lesionar justificadamente bienes existenciales(90) –como demuestran a diario los juicios sobre el

---

nms. 1595-1608; EL MISMO, «Estado de necesidad», 2020, nms. 1757, 1760; MARTÍNEZ CANTÓN, 2009, pp. 746-747, 757, 807; MIR PUIG, 2016, pp. 461-462; GUERRA ESPINOSA, 2017, pp. 386-388; y ROXIN y GRECO, 2020, p. 734.

(88) Vid. LENCKNER, 1965, pp. 137-138, 146 (que afirma lo mismo del estado de necesidad defensivo: *ibíd.* 102-103, 137); MÜNZBERG, 1966, pp. 364-368; SEELMANN, 1978, pp. 29-30, 33-34, 42-43, 64-65 (que también extiende este mismo razonamiento al estado de necesidad defensivo: *ibíd.* pp. 34-35); CARBONELL MATEU, 1982, pp. 61-63, 177-178; SANCINETTI, 1991, p. 519; MOLINA FERNÁNDEZ, *AFDUAM*, p. 84; EL MISMO, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, p. 217; EL MISMO, «Naturaleza del sistema...», 2006, pp. 388, 391-392; EL MISMO, «Estado de necesidad, colisión de deberes...», 2020, pp. 861, 874, 882-883, 889; EL MISMO, «Legítima defensa», 2020, nms. 1636-1638; EL MISMO, «Estado de necesidad», 2020, nm. 1757; SÁNCHEZ DAFUACE, 2016, pp. 39-40; y POSCHER, 2021, pp. 51-52, 60.

(89) Así, entre otros, LENCKNER, 1965, pp. 152-153; WARD, 1972, *passim*; CUERDA RIEZU, *ADPCP*, pp. 520, 537, 553-555; MOLINA FERNÁNDEZ, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, *passim*, esp. p. 226; EL MISMO, «Estado de necesidad, colisión de deberes...», 2020, pp. 877-878, 889; EL MISMO, «Sistema de causas de justificación», 2020, nms. 1595-1608; EL MISMO, «Estado de necesidad», 2020, nms. 1762-1765; MARTÍNEZ CANTÓN, 2009, pp. 746-756, 807; TOMÁS-VALIENTE LANUZA, 2009, pp. 87-148; ROXIN y GRECO, 2020, pp. 861-865; y CANTARD, *Derecho Penal y Criminología*, p. 144.

(90) Subrayan correctamente la incoherencia que se produce cuando se imponen límites categóricos como este a un planteamiento del estado de necesidad, basado, por lo demás, en la ponderación de todos los intereses en juego RENZIKOWSKI, 1994, pp. 43, 205; PAWLIK, 2002, pp. 53-56, 136, 245-248; EL MISMO, *REJ*, pp. 230-231, 232; COCA VILA, 2016, pp. 238-239; WILENMANN, 2017, pp. 638-639; y GRECO, *ZStW*, p. 16. Un ejemplo inmejorablemente condensado de esta contradicción puede encontrarse en GUERRA ESPINOSA, 2017, p. 376: «Cuando se trata de conflicto de intereses se debe elegir el mal menor, sopesando todas las circunstancias que el derecho contemple y no limitada a bienes físicos. De ahí que la lógica del mal menor requiere, para no resultar perversa, considerar la prohibición deontológica de que nunca es lícito matar a un ser humano inocente. Lo contrario supone adoptar un modelo inter-

riesgo permitido, ningún bien, ni siquiera la vida, es imponderable(91), al menos no en este sentido(92)–, ni ha de exigirse, para justificar, que lo salvado prepondere *sustancialmente* sobre lo sacrificado: basta con optar por lo que, teniendo en cuenta todos los intereses en juego, sea el *mal menor*, aunque lo sea «a poca distancia» del resto de los males.

Esto no significa que el estado de necesidad agresivo otorgue una suerte de «carta blanca» para la redistribución del infortunio, pues uno de los intereses que han de tenerse en cuenta en la ponderación es el interés (conservador) del ordenamiento jurídico –consagrado en la máxima *casum sentit dominus*(93)– en preservar la distribución por defecto de las expectativas de incolumidad de los diferentes bienes

---

pretativo que, concerniente al principio del mal menor, permitiría cualquier atentado contra el núcleo esencial de la dignidad humana, según las consideraciones de un utilitarismo clásico o consecuencialismo sin límites» (¿se está usando «de ahí que» para decir «sin embargo»?).

(91) Así, MOLINA FERNÁNDEZ, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, pp. 214-217 (que extiende este argumento a la dignidad humana); EL MISMO, «Estado de necesidad, colisión de deberes...», 2020, p. 858; DOMÉNECH PASCUAL, *Revista de Administración Pública*, pp. 407-412, 424-425 (también respecto de la prohibición de instrumentalización derivada de la dignidad humana); LADIGES, *ZIS*, pp. 135-137, 138-140; ORTIZ DE URBINA GIMENO, 2011, pp. 187, 190-192; LUZÓN PEÑA, 2016, pp. 415-416; SÁNCHEZ DAFUCE, 2016, *passim*, esp. pp. 449-451; ROSTALSKI, *ELDP*, *passim*; CANTARD, *Derecho Penal y Criminología*, pp. 148-150; y, aunque de forma mucho más restrictiva, MARTÍNEZ CANTÓN, 2009, pp. 441-442, 454-456, 578-592, 806, que, sin embargo, considera inaceptable el uso de (cualesquiera) criterios cuantitativos o cualitativos para priorizar la salvación de unas vidas sobre otras (ibíd. pp. 582-583, 591-592, 806) y descarta cualquier ponderación cuando se trata de afectaciones importantes a la dignidad humana (ibíd. pp. 479, 788-800, 808); vid. también LA MISMA, 2010, *passim*, esp. pp. 406-407, 409-410, 439-441. La autora acaba concluyendo, así –a diferencia de los anteriormente citados–, que el homicidio *solo* podría justificarse en estado de necesidad agresivo en casos de comunidad de peligro con posibilidades asimétricas de salvación.

(92) Como argumentaré en el epígrafe 2 del apartado V, un supuesto «principio de imponderabilidad de la vida humana» solo podría tener sentido como prohibición de conferir valores diferentes a las vidas de distintos individuos –y jerarquizar en consecuencia los deberes de salvarlas– en función de factores discriminatorios como el sexo, la etnia, la discapacidad o la orientación sexual. Por lo demás, me parece muy convincente el análisis que, al respecto, lleva a cabo POSCHER, 2021, *passim*, esp. pp. 50-53, 60-61, 65-81, de acuerdo con el que esta consecuencia no se derivaría de un (supuesto) principio de imponderabilidad de la vida, sino de mandatos constitucionales mucho más categóricos, como los de respeto a la dignidad de la persona humana y no discriminación. Vid., en sentido similar, HÖRNLE, *Crim. Law and Philos.*, pp. 119-120, 128.

(93) Sobre las implicaciones jurídico-penales de este principio y, en particular, sobre los criterios (necesariamente normativos) de determinación del *dominus* en esta clase de situaciones, vid., por todos, COCA VILA, 2016, pp. 380-411; EL MISMO, *InDret*, 2017, pp. 22-24; y EL MISMO, *CPC*, pp. 262-263.

jurídicos(94). Pero esta tendencia conservadora no es un absoluto «imponderable», sino solo uno más de los elementos que han de colocarse en la «balanza»(95): si hay elementos suficientemente valiosos en el otro «platillo», el Derecho *permite* la alteración de dicha distribución por defecto, aunque ello implique el sacrificio de vidas humanas inocentes. Lo que ni hace, ni podría hacer en un ordenamiento liberal, es imponerles a los afectados por esta desviación del infortunio un deber de soportar su propia muerte, pero de acuerdo con el paradigma jurídico-público ninguna causa de justificación jurídico-penal trae necesariamente consigo esta consecuencia.

### III. DEFENSA DEL PARADIGMA JURÍDICO-PÚBLICO

En principio, la disputa entre los paradigmas interpersonal y jurídico-público de la justificación podría librarse en tres planos distintos: el de las implicaciones prácticas en casos normales, el de la compatibilidad con el Derecho positivo (en nuestro caso, con el español) y el de la pura superioridad teórica. Si cualquiera de los paradigmas tuviera ventajas sustanciales respecto del otro en el primero o el segundo de tales planos, esto sería un criterio decisivo para inclinarse por él. Si el paradigma interpersonal condujera a soluciones políticocriminalmente más satisfactorias que el jurídico-público en los grupos de casos más relevantes en la práctica, o si cualquiera de los dos fuera

---

(94) Así, LENCKNER, 1965, pp. 26-27, 111-114, 127-128; MIR PUIG, 2016, pp. 468-469, 480-484; y ZIMMERMANN, 2021, pp. 252-253. Vid., en la misma línea, CARBONELL MATEU, 1982, pp. 59-60; MARTÍNEZ CANTÓN, 2009, pp. 652-654, 788; ORTIZ DE URBINA GIMENO, 2011, p. 192; y LUZÓN PEÑA, 2016, pp. 416-417. A consecuencias muy similares conduce el «principio de autonomía» (*Autonomieprinzip*) postulado por ROXIN y GRECO, 2020, pp. 859-861; que, por cierto, no tiene nada que ver con el principio del mismo nombre que la mayoría de los defensores (españoles) del paradigma interpersonal proponen como fundamento de causas de justificación como la legítima defensa o el estado de necesidad defensivo (vid. núm. 122 y el texto al que acompaña). Esta misma terminología emplean –de nuevo, con las mismas consecuencias– SEELMANN, 1978, pp. 71-72; RODRÍGUEZ MOURULLO, 1982, p. 513; SÁNCHEZ DAFAUCE, 2016, pp. 305-306, 312-313, 316-320; y MOLINA FERNÁNDEZ, «Estado de necesidad, colisión de deberes...», 2020, pp. 867, 873-874, 881-885.

(95) Por ello no creo que tenga razón KÜHNBACH, 2006, pp. 51-52, cuando sostiene que tener en cuenta esta tendencia conservadora en la ponderación de intereses de la que aquí se trata sea contradictorio con el propio punto de partida (utilitarista) en que se basa la ponderación. Esto solo ocurriría si –como cuando, por ejemplo, se defiende la «imponderabilidad» de algunos intereses– el *casum sentit dominus* se funcionara como un límite absoluto a la ponderación; pero no es esta, al menos a mi juicio, la forma más adecuada de entenderlo.



*incompatible* con el Derecho positivo español, no habría más que hablar (al menos, *de lege lata*). Sin embargo, este no es el caso. Como trataré de demostrar en este apartado, la situación en estas dos últimas dimensiones se aproxima al empate, por lo que no queda más remedio que jugar el partido en el campo de la superioridad teórica.

Antes de comenzar, quisiera, sin embargo, aclarar por qué no voy a referirme a lo que bien pudiera ser, en principio, un cuarto eje de comparación entre ambos paradigmas: ¿qué hay de la posible superioridad *moral* de uno sobre otro? Resulta tentador presentar la disputa entre el paradigma interpersonal de la justificación y el jurídico-público como una manifestación más del eterno debate entre deontologismo individualista y utilitarismo colectivista; como una discusión entre penalistas que toman en serio los derechos individuales y penalistas que, a la postre, no tienen problema en hacerlos ceder por razones de utilidad pública(96). A partir de este punto, solo hay que dar un paso para proclamar la superioridad moral –y quizás la superioridad a secas– del paradigma interpersonal sobre el jurídico-público: una teoría jurídica que no toma en serio los derechos individuales es insostenible en un Estado constitucional de Derecho.

No me siento cualificada para valorar si la correspondencia con un determinado ideario moral es un criterio válido para preferir una construcción jurídica sobre otra, ni siquiera para pronunciarme seriamente sobre la pretendida superioridad moral del deontologismo sobre el utilitarismo(97). Y aunque no tengo problema en declararme desde ya –por si mi preferencia por el paradigma jurídico-público pudiera dejar alguna duda al respecto– una individualista liberal, la razón por la que no voy a entrar siquiera a discutir con este argumento es porque estoy convencida de que parte de una falsa caracterización del debate(98). Veámoslo brevemente.

Los partidarios del paradigma interpersonal no son absolutos detractores del utilitarismo; no podrían serlo en el marco de una teoría jurídica del delito en la que, con independencia de su ubicación dog-

---

(96) Se aproximan a esta visión de las cosas PAWLIK, 2002, pp. 32-56; EL MISMO, *REJ*, pp. 231-232; COCA VILA, 2016, pp. 235-248; EL MISMO, *InDret*, 2017, pp. 14-15; EL MISMO, *CPC*, pp. 248-250; EL MISMO, *InDret*, 2021, pp. 182-184; WIL-ENMANN, 2017, pp. 47-54; y GRECO, *GA*, pp. 673-675; EL MISMO, *ZStW*, pp. 11-19.

(97) Si es que el primero es algo más que un «precipitado histórico» del segundo; al respecto, vid., por todos, RODRÍGUEZ HORCAJO, 2019, *passim*.

(98) Como señala MOLINA FERNÁNDEZ, «Estado de necesidad, colisión de deberes...», 2020, p. 863, más incorrecto aún sería calificarlo como una disputa entre *consecuencialismo* y deontologismo. Hasta donde alcanzo, sin embargo, los defensores del paradigma interpersonal no suelen llegar a este extremo.

mática(99) se encuentra plenamente integrada la idea de riesgo permitido(100). Hasta donde alcanzo, ningún defensor del paradigma interpersonal de la justificación ha discutido nunca que los niveles sociales de riesgo permitido se basen en la agregación y ulterior ponderación (actual o históricamente cristalizada(101)) de todos los intereses en juego(102). En esto están de acuerdo con los partidarios del paradigma jurídico-público. Lo que unos y otros discuten es si *las causas de justificación* pueden tener el mismo fundamento.

A partir de este punto, el razonamiento del que parte el paradigma interpersonal es el siguiente: como las causas de justificación, a diferencia del riesgo permitido, llevan consigo la imposición de *deberes de tolerancia* de la conducta justificada, la fundamentación utilitarista es insuficiente. Para hacer ceder los derechos individuales de la persona finalmente perjudicada por el conflicto, más allá de sus deberes de *solidaridad mínima*, es necesario que esta no sea del todo ajena al conflicto; que (en un sentido más o menos lato de la expresión) lo haya desencadenado a través del ejercicio de su *autonomía*. En otras palabras: hace falta una fundamentación no utilitarista de las causas de justificación (autonomía, solidaridad(103)) *en tanto* conllevan deberes de sacrificio de los individuos afectados por las conductas justificadas.

El debate entre el paradigma interpersonal y el jurídico-público *sería* un debate entre deontologismo y utilitarismo *si* los partidarios del segundo estuvieran sosteniendo que pueden imponerse a los individuos afectados por las conductas justificadas deberes de soportarlas en aras de la pura utilidad general. Pero no es necesario sostener algo tan moralmente discutible para defender el paradigma jurídico-público, porque este se basa en una idea mucho más simple: la de que

(99) Aunque la inmensa mayoría de la doctrina lo considera hoy en día una causa de atipicidad, en el marco de la teoría de la imputación objetiva, esta caracterización sigue sin ser unánime. Los detractores de la teoría de la imputación objetiva – fundamentalmente, finalistas y partidarios de la llamada «teoría analítica de la imputación»– lo consideran una causa de exclusión de la imputación a título de imprudencia, ya se ubique esta al nivel del tipo objetivo (finalismo) o de la imputación subjetiva «de primer nivel» (teoría analítica de la imputación).

(100) Una buena muestra de cómo los partidarios del paradigma interpersonal no tienen reparos en admitir una fundamentación netamente utilitarista del riesgo permitido puede encontrarse en GRECO, 2019, pp. 491-492 (en torno a la discusión alemana sobre la programación de vehículos autónomos).

(101) Así, JAKOBS, 1991, pp. 200-201; EL MISMO, 1996, pp. 103-104, 119-122, 141.

(102) Vid. núm. 20 y el texto al que acompaña. De hecho, para un defensor del paradigma interpersonal como SILVA SÁNCHEZ, 1999, pp. 166, 169, 174-184, en esta misma clase de cálculos utilitaristas se basa la categoría de la exculpación.

(103) Vid., por todos, BALDÓ LAVILLA, 1994, pp. 47-69; RENZIKOWSKI, 1994, pp. 178-199; WILENMANN, *InDret*, 2014, pp. 8-9; y COCA VILA, 2016, pp. 248-275.

las causas de justificación, al igual que el riesgo permitido, *no van necesariamente ligadas a deberes de tolerancia* (requieran estos la clase de fundamentación que requieran). Es perfectamente posible, en definitiva, sostener que los deberes de tolerancia requieren una fundamentación más allá del utilitarismo, mientras que esta es más que suficiente para fundamentar la justificación penal en sí misma considerada. Yo misma tendería a identificarme con esta afirmación.

## 1. Las implicaciones prácticas en casos normales

Aunque estoy convencida de que el paradigma jurídico-público tiene implicaciones prácticas más satisfactorias que el interpersonal cuando uno y otro se aplican a un pequeño grupo de supuestos *extremos* de conflicto existencial –a los que dedicaré el apartado V de este trabajo–, lo cierto es que las soluciones penales que ambos paradigmas ofrecen a la inmensa mayoría de supuestos son idénticas (e igualmente sensatas). Las diferencias con relevancia práctica entre ellos podrían, en principio, radicar en dos puntos: la valoración *ex ante* o *ex post* de la concurrencia de los presupuestos de la legítima defensa (y del estado de necesidad defensivo) y los límites del estado de necesidad agresivo, sobre todo en lo que se refiere a la exigencia de que lo salvado prepondera sustancialmente sobre lo sacrificado y a la posibilidad de lesionar justificadamente intereses existenciales. Sin embargo, salvo en los grupos de casos a los que me referiré en el apartado V, ninguno de estos aspectos resulta normalmente relevante en la práctica.

En cuanto al primero de los puntos, el paradigma interpersonal y el jurídico público conducen a soluciones *dogmáticamente* diferentes en un grupo de casos ya de por sí bastante excepcionales: los de error «razonable» u «objetivamente invencible» sobre la concurrencia de los presupuestos objetivos de la legítima defensa (y del estado de necesidad defensivo). En estos supuestos, los defensores del paradigma interpersonal no consideran justificada la conducta del autor, porque no pueden fundamentar un deber del perjudicado por el conflicto de tolerar la acción «defensiva»(104), pero invariablemente consideran al primero exento de responsabilidad penal por error invencible(105). Los partidarios del paradigma jurídico-público, por

---

(104) La única excepción son, como vimos, los supuestos de creación responsable por parte del propio perjudicado por el conflicto de la *apariencia* de una agresión ilegítima (vid. núm. 31 y el texto al que acompaña).

(105) De tipo o de prohibición, según la teoría que a su vez se sostenga sobre la naturaleza y las consecuencias jurídicas del error sobre los presupuestos objetivos de las causas de justificación; un debate en el que, por razones obvias, no voy a entrar

su parte, justifican la conducta el autor, pero sin que ello implique deber de tolerancia alguno para la parte finalmente perjudicada por el conflicto. En definitiva, ni unos ni otros sostienen que deba castigarse al autor, ni que (con carácter general) la víctima tenga el deber de soportar la conducta de este último, sin defenderse a su vez.

Respecto de las restricciones al estado de necesidad agresivo sucede, a la postre –y, de nuevo, dejando al margen los grupos de casos que trataré en el apartado V–, algo muy similar. Existe un acuerdo unánime sobre la posibilidad de lesionar justificadamente intereses patrimoniales no existenciales para proteger intereses personales o intereses patrimoniales sustancialmente más valiosos, por mucho que ello implique alterar el reparto por defecto de las oportunidades de subsistencia de los bienes. Más allá de este límite, el paradigma interpersonal no admite el sacrificio justificado de intereses ajenos a la situación de conflicto, salvo que se cumplan los presupuestos de la colisión de deberes. El paradigma jurídico-público *parece* llevar el estado de necesidad agresivo justificante mucho más allá: todo es ponderable y basta una preponderancia mínima de intereses para admitir la justificación. Sin embargo, en cuanto se introduce en la ponderación el interés del ordenamiento jurídico en preservar el *statu quo* salvo que existan poderosas razones para alterarlo(106), lo cierto es que las soluciones no son tan distintas(107): más allá de la colisión de deberes –que para el paradigma jurídico-público no es más que un caso particular de estado de necesidad(108)– la lesión de intereses existenciales solo se permite con carácter muy excepcional, y casi siempre en supuestos en los que, para los partidarios del paradigma interpersonal, existiría en todo caso un estado de necesidad *exculpante*(109); piénsese, por ejemplo, en el caso de la *Mignonette*. De nuevo, existe acuerdo sobre la impunidad (sea por justificación o por

---

aquí. A su vez, en función de la construcción de la teoría jurídica del delito que se defienda, el tratamiento como error invencible de tipo podrá dar lugar a la atipicidad o (minoritaria, pero más correctamente a mi juicio) a la exculpación; y el tratamiento como error invencible de prohibición excluirá la culpabilidad (doctrina mayoritaria) o la antijuridicidad (p. ej., PAREDES CASTAÑÓN, 1995, p. 36; o SILVA SÁNCHEZ, 2012, pp. 565, 651-652). En todo caso, esta eximente en ningún caso traerá consigo la consecuencia que, de acuerdo con el paradigma interpersonal, acarrea cualquier causa de justificación: el surgimiento de un deber de tolerancia para el perjudicado por el conflicto.

(106) Vid. texto junto a las nn. 93-94.

(107) Lo observa correctamente GRECO, *ZStW*, pp. 17-18.

(108) Muy claramente, en este sentido, CANTARD, *Derecho Penal y Criminología*, pp. 134-136, 145.

(109) O, si estuviéramos en Inglaterra o Gales, se recomendaría la no persecución o el indulto.

exculpación) y también, en todo caso, sobre la ausencia de un deber del perjudicado por el conflicto de soportar la pérdida de sus bienes.

## 2. La compatibilidad con el Derecho positivo

¿Es alguno de los paradigmas *incompatible* con el Derecho positivo español? A primera vista, el jurídico-público no solo no lo es, sino que parece la interpretación más plausible de la regulación española del estado de necesidad, a imagen de la correspondencia que, como vimos, parece existir entre el paradigma interpersonal y los ordenamientos alemán e inglés(110). El Derecho español no contiene regulaciones separadas para el estado de necesidad justificante y exculpante, sino un único precepto que declara –en lo que aquí interesa– que «están exentos de responsabilidad criminal: [...] [e]l que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que [...] el mal causado *no sea mayor* que el que se trate de evitar» (art. 20.5.º CP).

Sin entrar a valorar todavía si se trata de la única lectura posible del precepto, parece claro que la más natural pasa por no distinguir donde el legislador no distingue –acogiendo una teoría *monista* del estado de necesidad(111)– y por entender que lo que aquí se recoge es una causa de justificación, no una de exculpación(112). Su redacción en términos de comparación de *males*, abarcando incluso la causación de un mal *igual* al que se trata de evitar, permite, por lo demás, entender comprendidos en el precepto tanto el estado de necesidad agresivo, como la colisión de deberes (sean de distinto o del mismo

(110) Vid. epígrafe 1 del apartado II, a partir de la núm. 79. Al menos en este punto –aunque creo que el régimen jurídico de la tentativa es otro buen ejemplo– puede darse la razón a MATUS ACUÑA, *Política Criminal*, pp. 6-7, en que la tradición penal hispánica se encuentra tan alejada de la alemana como de la anglosajona.

(111) Así, p. ej., ROLDÁN BARBERO, 1980, pp. 30-46; CUERDA RIEZU, 1984, *passim*, esp. pp. 244-246; GIMBERNAT ORDEIG, 1990, *passim*; MARTÍNEZ CANTÓN, 2009, *passim*, esp. pp. 105-107, 109, 803; ORTIZ DE URBINA GIMENO, 2011, pp. 186-187; LUZÓN PEÑA, 2016, pp. 538-539; MIR PUIG, 2016, pp. 469-470, 622-623 (que, sin embargo, reconoce *a su vez* en el miedo insuperable una genuina causa de exculpación, con requisitos similares a los del estado de necesidad exculpante alemán); y, con algunas particularidades, ROBLES PLANAS, 2011, pp. 118, 126-127. En este sentido, ha señalado HIRSCH, que nuestro artículo 20.5.º CP «porta la letra de la teoría unitaria» (2008, p. 1006).

(112) Como defendí en la núm. 39, lo que resultaría sumamente extraño, teniendo en cuenta sus requisitos, sería entender el estado de necesidad español *exclusivamente* como una causa de exculpación; una interpretación del artículo 20.5.º CP que, hasta donde alcanzo, nunca ha sido propuesta.

rango(113)) y el estado de necesidad defensivo, en el que la posibilidad de reconducir el origen del conflicto a la esfera de organización de la parte finalmente perjudicada determina que se considere «mal menor» cualquier lesión de sus intereses no desproporcionadamente superiores que sea necesaria para preservar los de la persona necesitada(114).

No obstante, es precisamente el carácter *extremadamente abierto* de la regulación española del estado de necesidad lo que impide, a mi juicio, sostener que el paradigma interpersonal de la justificación sea *incompatible* con nuestro Derecho positivo. Pese a las muy razonables críticas que se han vertido contra ella(115), sigue siendo mayoritaria en nuestra doctrina la interpretación *dualista* del artículo 20.5.º CP, de acuerdo con la que el precepto contiene a la vez una causa de justificación y una de exculpación(116). La cesura entre la colisión de deberes y el estado de necesidad agresivo propia del paradigma interpersonal puede lograrse sin problemas reconduciendo la primera al artículo 20.7.º CP (cumplimiento de un deber), en lugar de al artículo 20.5.º CP(117); y tampoco el estado de necesidad defensivo tiene por qué considerarse abarcado por este último precepto sino que –como «legítima defensa en miniatura» que es, de

---

(113) Donde se infringe un deber, causando, respectivamente, un mal menor o uno igual al que se trata de evitar. Vid., en este sentido, CUERDA RIEZU, 1984, *passim*, esp. 55, 244-246, 253-256, 270-273 (si bien, para el autor, las colisiones entre un deber penal y otro extrapenal habrían de reconducirse, excepcionalmente, a la exigencia de cumplimiento de un deber: *ibíd.*, pp. 254-255); CUERDA ARNAU, 1997, núm. 65 (p. 45); MARTÍNEZ CANTÓN, 2009, pp. 1, 50-51, 108, 803; LUZÓN PEÑA, 2016, pp. 410-411; MIR PUIG, 2016, pp. 464-465, 477; MOLINA FERNÁNDEZ, «Estado de necesidad, colisión de deberes...», 2020, p. 873; EL MISMO, «Estado de necesidad», 2020, nm. 1810; y CUELLO CONTRERAS, *InDret*, p. 495.

(114) Así, MIR PUIG, 2016, p. 481; y, en relación con el Derecho alemán, ROXIN y GRECO, 2020, pp. 870-872. Cfr., no obstante, respecto del artículo 20.5.º CP, HIRSCH, 2008, pp. 1008-1009. Este es, como se recordará, el mismo razonamiento que permite a los partidarios del paradigma jurídico-público considerar también la legítima defensa un supuesto particular de estado de necesidad (vid. núm. 88).

(115) Vid., por todos, ROLDÁN BARBERO, 1980, pp. 30-46; GIMBERNAT ORDEIG, 1990, *passim*; LUZÓN PEÑA, 2002, pp. 219-221, 590; EL MISMO, 2016, pp. 407, 547; y MIR PUIG, 2016, pp. 468-469.

(116) Vid., p. ej., RODRÍGUEZ MOURULLO, 1966, pp. 238-240; CUERDA ARNAU, 1997, pp. 68, 202-211; SILVA SÁNCHEZ, 1999, pp. 156-157, 184; o MARTÍN LORENZO, 2009, pp. 386-408.

(117) COCA VILA, 2016, pp. 520-525; EL MISMO, *InDret*, 2017, núm. 41 (p. 10); una posibilidad que tampoco rechaza categóricamente MIR PUIG, 2016, p. 466, si bien señala que la exigencia de cumplimiento de un deber «debe reservarse para casos más específicos».

acuerdo con esta teoría(118)– puede construirse por analogía con el artículo 20.4.º CP(119).

Por lo demás, parece claro que la interpretación de lo que constituye un «mal menor» a los efectos de la justificación por estado de necesidad agresivo puede ajustarse a placer para adaptarse a los postulados de cualquiera de los dos paradigmas, sin violentar en absoluto la letra de la ley. Se puede sostener, como haría un partidario del paradigma jurídico-público, que la cláusula permite salvar intereses *mínimamente* preponderantes, siempre que la comparación tenga en cuenta *todo* lo que está en juego: responsabilidad del perjudicado en la generación del conflicto, interés del ordenamiento en la preservación del *statu quo*, efectos a largo plazo de la permisividad de esta clase de conductas, etcétera. Pero también cabe perfectamente en el precepto la interpretación que de él haría un defensor del paradigma interpersonal: «mal menor» es solo aquel que el perjudicado por el conflicto (necesariamente ajeno a su origen) se puede ver obligado legítimamente a tolerar; uno que resulte *sustancialmente* inferior al que se trata de evitar y que en ningún caso comprometa sus intereses existenciales.

Finalmente, la regulación española tampoco ofrece ninguna pista sobre otros dos aspectos que podrían inclinar su interpretación del lado de uno u otro paradigma: la posibilidad de reaccionar justificadamente ante una conducta a su vez justificada y la valoración *ex ante* o *ex post* de la concurrencia de una «agresión ilegítima» a los efectos de la legítima defensa (art. 20.4.ºPrimer CP). De nuevo, todas las opciones caben dentro de la letra de la ley y –a diferencia de lo que, a mi juicio, sucede en relación con la regulación del estado de necesidad– aquí ni siquiera puede afirmarse que una interpretación resulte más natural o plausible que la otra. Parece, por tanto, que los argumentos decisivos a favor de uno u otro paradigma han de buscarse en otro plano.

### 3. La elegancia teórica: *entia non sunt multiplicanda*

Que las dos construcciones teóricas de la justificación penal que aquí se han presentado permitan alcanzar soluciones igualmente sensatas para todos los casos *normales* y que las dos sean, a la vez, compatibles con el Derecho positivo español es, ante todo, un motivo de

(118) Vid. núm. 33 y el texto al que acompaña.

(119) Así, WILENMANN, 2017, pp. 463-464. Una construcción del estado de necesidad defensivo por analogía tanto con la legítima defensa (art. 20.4.º CP) como con el estado de necesidad agresivo (art. 20.5.º CP) proponen LUZÓN PEÑA, 2016, pp. 418-420; y, siguiéndolo, MARTÍNEZ CANTÓN, 2009, pp. 721-722; LA MISMA, 2010, p. 412.

alegría: permite concluir que ninguno de los participantes en este debate está defendiendo nada insostenible *de lege lata* y (lo que es más importante) confiar en que la existencia de esta controversia académica no interferirá negativamente en la aplicación razonable del Derecho. Esto mismo, sin embargo, nos deja pocos criterios –y criterios necesariamente débiles– para evaluar críticamente los paradigmas y decantarnos por uno u otro. De hecho, a mi juicio, solo quedan dos: la elegancia teórica (medida en términos de simplicidad (120)) y las implicaciones prácticas en casos *excepcionalmente difíciles*.

En el presente epígrafe voy a tratar de demostrar que el paradigma interpersonal es una teoría de la justificación penal *más compleja* que el paradigma jurídico-público, y que lo es, además, *innecesariamente*, lo que convierte al segundo en una teoría más elegante. En el siguiente apartado del artículo (IV) sostendré, sin embargo, que la complejidad del paradigma interpersonal es solo *penalmente* innecesaria, pero puede resultar enormemente fructífera si se aplica al campo de la responsabilidad civil por sacrificio. Finalmente, en el apartado V, me ocuparé de las implicaciones prácticas de ambos paradigmas en los casos «de vida o muerte» cuyo tratamiento he orillado hasta ahora en el trabajo, defendiendo, de nuevo, la superioridad del paradigma jurídico-público de la justificación para resolverlos.

El paradigma jurídico-público difícilmente puede ser más simple, en la medida en que reduce todas las causas de atipicidad y las de justificación a un único fundamento (utilitarista): el principio del interés preponderante (121). Frente a ello, solo en lo tocante a la resolución penal de conflictos entre bienes jurídicos que requieren el sacrificio de

---

(120) Parto aquí de la base, ampliamente compartida, de que la mejor teoría (científica o jurídica) es la que consigue resolver los problemas a los que se trata de dar respuesta empleando para ello el menor número de categorías posible. La complejidad de una teoría ha de ser, en definitiva, la *mínima necesaria*. Vid., en este sentido, por todos, PEÑARANDA RAMOS, 1991, pp. 52-54; MOLINA FERNÁNDEZ, «Estado de necesidad, colisión de deberes...», 2020, *passim*;

(121) En algunas de sus versiones, que admiten la llamada «justificación personal» la complejidad llega a reducirse todavía más, en la medida en que se reconducen también a la justificación la práctica totalidad de los supuestos que la doctrina mayoritaria considera de estado de necesidad *exculpante*; vid. MOLINA FERNÁNDEZ, 2001, núm. 95 (pp. 663-664); EL MISMO, «Estado de necesidad, colisión de deberes...», 2020, pp. 861, 863-864, 872, 879-880; EL MISMO, «Sistema de causas de justificación», 2020, nm. 1590; EL MISMO, «Estado de necesidad», 2020, nm. 1818; y SÁNCHEZ DAFAUCE, 2016, *passim*, esp. pp. 39, 41, 267, 298-305, 332-338. Aunque entrar a valorarlas extendería esta contribución más allá de los límites razonables, las he defendido en PANTALEÓN DÍAZ, 2022, capítulo 2, apartado IV.3.c y d, argumentando, sin embargo, que solo resuelven más problemas dogmáticos de los que generan si se combinan con un principio de accesoria *mínima* de la participación, en lugar de con la habitual accesoria limitada.



alguno de ellos(122), los defensores del paradigma interpersonal distinguen –como mínimo– tres categorías dogmáticas con fundamentaciones diversas: el riesgo permitido, basado en el principio del interés preponderante; las causas de justificación basadas en el principio de *autonomía*(123) (por ejemplo, legítima defensa, estado de necesidad defensivo); y las causas de justificación basadas en el principio de *solidaridad* (por ejemplo, estado de necesidad agresivo). Y la razón por la que estos autores consideran necesaria esta diversidad de categorías (y de fundamentaciones) ya la he señalado varias veces: las causas de justificación llevan aparejados deberes de tolerancia de los perjudicados por el conflicto y tales deberes no admiten una fundamentación utilitarista.

Si creo que el paradigma jurídico-público de la justificación es teóricamente superior al interpersonal es porque tengo para mí que los deberes de tolerancia –y la consiguiente diversidad de categorías a la que da lugar su fundamentación– son una pieza *innecesaria* en la construcción *penal* de la justificación. Todo lo que el Derecho penal necesita para cumplir sus funciones es decidir si *el autor* del delito ha de ser castigado y (a lo sumo(124)) si *su* conducta fue lícita o ilícita. Y todo esto puede determinarse con total independencia de que, a su vez, se considere lícita o ilícita la *reacción* del resto de implicados en el conflicto ante la conducta potencialmente justificada (si es que esta se produce). Para ello, basta con admitir algo tan sencillo que cuesta ver por qué lo descartan tan efusivamente los partidarios del paradigma interpersonal de la justificación: la posibilidad de obstaculizar o impedir justificadamente una conducta a su vez justificada. Veámoslo con un ejemplo(125).

Supongamos que, durante un paseo nocturno por una zona solitaria de la ciudad, Ana es atacada por Beatriz, que le ordena que le

---

(122) Es decir, sin entrar siquiera en la fundamentación del consentimiento, sea como causa de atipicidad o de justificación. Los partidarios del paradigma jurídico-público tienden a reconducir también esta institución al principio del interés preponderante; vid., por todos, MÜNZBERG, 1966, pp. 310-319; CARBONELL MATEU, 1982, pp. 63, 177; y MOLINA FERNÁNDEZ, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, pp. 209-210; EL MISMO, «Estado de necesidad, colisión de deberes...», 2020, p. 889; EL MISMO, «Sistema de causas de justificación», 2020, nm. 1580. Cf., no obstante, SEELMANN, 1978, pp. 30-32, 69-70.

(123) O, en la terminología original –quizás más acertada, pero menos difundida en la doctrina española– de JAKOBS, 1991, p. 350, «principio de responsabilidad» (*Verantwortung*) o, si se quiere abarcar todos los supuestos de estado de necesidad defensivo, «de ocasionamiento» (*Veranlassung*).

(124) A los efectos, por ejemplo, de una posible responsabilidad penal de los partícipes, si se acoge el principio de accesoriedad limitada.

(125) Debo este caso al Profesor Puente Rodríguez.

entregue todo lo que lleva en los bolsillos. Ana sale corriendo del lugar, pero, un par de manzanas más adelante, justo cuando cree haber conseguido escapar, se da de bruces con Carmen, la hermana gemela de Beatriz, que se encuentra paseando tranquilamente por allí. Creyendo que se trata de Beatriz, que la ha seguido y pretende continuar con el robo, Ana le propina a Carmen un fuerte puñetazo en la cara, fracturándole la nariz, y retoma la huida acto seguido. ¿Está justificada la conducta de Ana?

Para un defensor del paradigma jurídico-público esta es una pregunta muy fácil: sí lo está, en legítima defensa. ¿O acaso no habría creído razonablemente cualquiera en la posición de Ana que estaba siendo víctima de un robo? Dando por hecho que Ana contuvo esta amenaza –que solo desde una perspectiva *ex post*, inaccesible para cualquiera en su posición en el momento de la conducta, se revela inexistente– empleando el medio menos lesivo a su alcance para defender su propiedad, ¿podía esperar el Derecho algo distinto de ella? Afirmar que lo que hizo Ana estaba *prohibido* no parece en absoluto justo y, sin embargo, los partidarios del paradigma interpersonal no pueden decir otra cosa, en la medida en que (para ellos) esto implicaría necesariamente sostener algo que resulta *todavía más injusto*: que Carmen no habría podido impedir justificadamente que Ana le diera un puñetazo; que Carmen tenía el deber (penal) de no interferir con –de tolerar– la conducta «defensiva» de Ana(126). A estos autores no les queda, pues, más remedio que declarar prohibida la conducta de Ana y eximirla de responsabilidad penal por otra vía: el error invencible(127).

¿Pero de verdad es necesaria esta maniobra? ¿Por qué tiene el Derecho penal que ponerse del lado de Ana o del de Carmen? Si la respuesta que parece más justa y razonable –la que probablemente nos daría cualquier profano– es que Ana no hizo *nada malo*, pero que *tampoco* lo habría hecho Carmen si se hubiera defendido del puñetazo,

---

(126) Aquí vuelve a apreciarse un cierto paralelismo entre la construcción de las causas penales de justificación propia del paradigma jurídico-público y la de las causas de exclusión del injusto penal llevada a cabo por GÜNTHER (vid. núm. 76). Y es que, para el autor, las causas de exclusión del injusto penal que no son a su vez causas de justificación generales –en concreto, las situaciones análogas al estado de necesidad– resultarían precisamente aplicables a situaciones en las que existe «un campo de tensión irresoluble: por un lado, si se pone el foco en la posición del *autor*, una desvaloración penal del hecho parece exagerada; sin embargo, si se pone en la de la *víctima*, resultaría igualmente injusto obligarla a soportar la injerencia» (1983, p. 331).

(127) Otra vez, de tipo o de prohibición según la teoría que se mantenga (vid. núm. 105).

lesionando a Ana(128), ¿por qué bloquearla de esta manera? Los partidarios del paradigma interpersonal tienen una respuesta, pero esta no resulta, a mi juicio, convincente.

Se trata de lo que podríamos llamar el argumento del «regreso al estado de naturaleza»: si no se acompañan las causas de justificación con deberes de tolerancia, si el Derecho no toma partido por alguna de las partes en el conflicto, entonces se produce una suerte de «guerra de todos contra todos» en la que la fuerza se termina imponiendo sobre la ley. En palabras de Coca Vila, el planteamiento aquí defendido

«conduce en un primer momento a dejar en manos del más fuerte la solución del conflicto, para, en un segundo momento, acabar sumiendo a todos los agentes implicados en la situación de conflicto en el más absoluto caos normativo y empírico como consecuencia de un carrusel de acciones defensivas entrecruzadas cuasi-justificadas»(129).

Este argumento me parece sumamente atendible(130). La pregunta es, ¿conduce realmente a un resultado distinto el paradigma interpersonal? Pensemos, de nuevo, en ejemplos como el de las gemelas. El paradigma jurídico-público considera justificadas todas las alternativas de conducta de las intervinientes. Si Ana le pega un puñetazo a Carmen por haberla confundido (razonablemente) con su atra-

(128) Así, p. ej., FLETCHER, 1978, pp. 766-796; SMITH, 1989, pp. 20-27; GOUDEKAMP, 2013, pp. 90-97; o SIMESTER *et al.*, 2019, pp. 715-716.

(129) COCA VILA, 2016, p. 459. Vid. también EL MISMO, *InDret*, 2017, p. 33; EL MISMO, *ELDP*, pp. 66-67. En el mismo sentido, señala MARTÍN LORENZO que la posición que admite reaccionar en estado de necesidad justificante frente a una conducta también justificada por estado de necesidad «se aparta del principio de que no cabe oponer un comportamiento justificado a otro y ese posible encadenamiento de estados de necesidad justificantes conduce a una lucha en la que impera la ley del más fuerte, el «derecho del puño», sancionado aquí por el ordenamiento jurídico en abierta oposición con la función protectora del Derecho penal» (2009, p. 391). También puede traerse a colación aquí la observación de SILVA SÁNCHEZ de que admitir una justificación (por estado de necesidad agresivo) no ligada necesariamente a un deber de tolerancia por parte de la víctima «tiene algo de paradójico. Pues conduce a la siguiente conclusión: el que obra en estado de necesidad, si tiene éxito, es decir, consigue la causación del mal menor necesario para evitar el mal mayor, no es sancionado. Pero, antes de conseguirlo, es decir en el momento de actuar, el Derecho no le respalda frente a quien se oponga a su conducta, de modo que, si es este último quien tiene éxito, tampoco el Estado le somete a pena alguna. Y el primero no podría reclamar el auxilio de los órganos del Estado para que le ayudaran a neutralizar la resistencia del afectado» (2005, p. 1008).

(130) No creo, por tanto, contra lo que opina GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, que lo que subyace a la teoría penal de la justificación basada en los deberes de tolerancia sea ni mucho menos «una especie de *horror vacui*, una aversión a que en caso de conflicto no haya siempre una solución «correcta»» (2006, p. 226).

cadora, actúa en legítima defensa; si Carmen se defiende a su vez del ataque de Ana, lesionándola, actúa también en legítima defensa. Esto –argumentan los partidarios del paradigma interpersonal– conduce a una solución indeseable: quien salga ganando de esta clase de situaciones será quien tenga más fuerza para imponer su derecho; los más débiles serán siempre los que terminen resultando lesionados.

¿Qué propone, frente a esto, el modelo interpersonal de la justificación penal? Sencillamente, una declaración de que la conducta de Ana es antijurídica, pero se encuentra exenta de responsabilidad penal por error invencible. Esta declaración solo puede tener lugar, por hipótesis, en un momento («legislativo») *anterior* al concreto conflicto o en un momento (judicial) *posterior* a él. En este segundo momento, las declaraciones no sirven de nada, porque el conflicto ya se ha dirimido de uno u otro modo con independencia de ellas. En cuanto al momento «legislativo», la única declaración que aquí podría formularse es una sumamente abstracta: nunca está justificado matar o lesionar gravemente a alguien que no ha originado el conflicto de manera autorresponsable. Esta declaración no podría, como es obvio, disuadir a Ana de comportarse como lo hizo, pues Ana creía –como habría creído cualquiera en su situación– que Carmen *la estaba agrediendo* ilícitamente. Ana trataría de atacar a Carmen para defenderse y lo conseguiría finalmente, o no, según las capacidades (¡fácticas!) de Carmen de defenderse a su vez.

En definitiva, ni la declaración de ilicitud anterior al conflicto ni la posterior a él consiguen impedir que se produzca la «guerra de todos contra todos» en la que siempre gana el más fuerte(131). Y lo más

---

(131) Exactamente lo mismo ocurre en relación con otro de los grupos de casos respecto de los que el paradigma interpersonal y el jurídico-público tienden a conducir a soluciones divergentes: el de los conflictos existenciales. Señala correctamente, en este sentido, SÁNCHEZ DAFAUCE que la crítica a la posibilidad de admitir una justificación no ligada a deberes de tolerancia «está basada principalmente en la afirmación de que conduce a un caos jurídico. [...] Pero esta crítica no es convincente. En primer lugar, porque pese a una hipotética afirmación de antijuridicidad de una de las conductas enfrentadas en las situaciones de conflicto existencial se produce de hecho un ámbito de *ausencia de intervención penal*, pues finalice como finalice el conflicto, en ningún caso conducta alguna va a conducir a la aplicación de una pena o una medida de seguridad» (2016, núm. 438, pp. 297-298). Y es que, como afirma ZIELINSKI, «[l]a solución «libre de contradicciones» de la teoría tradicional de la justificación no tiene efecto regulativo alguno; tampoco ella puede impedir que se produzca el conflicto señalado. Es una solución meramente aparente. Cuando ambos autores reaccionan a la situación de conflicto del mismo modo que lo habría hecho en su lugar la personificación (¡no omnisciente!) del ordenamiento jurídico, entonces han actuado «conforme a Derecho», incluso cuando ello conduce a que –lamentable, pero inevitablemente– hayan tenido que quitarse la vida el uno al otro» (1973, p. 301).

importante es reparar en que *no existe un tercer momento*. Cuando uno lee a los defensores del paradigma interpersonal, tiene la sensación de que piensan que el Derecho puede «aparecer mágicamente» en el instante crítico del conflicto y garantizar el cumplimiento de los deberes de tolerancia; que puede, por así decirlo «bajar a la tierra» e impedir que quien va a padecer una injerencia justificada en sus intereses reaccione agresivamente para protegerlos. Pero esto, evidentemente, no es así. Es, por tanto, perfectamente cierto que las situaciones de conflicto entre los intereses de dos o más individuos en las que resulta necesario el sacrificio de algunos de ellos pueden terminar derivando, en la práctica, en un regreso al estado de naturaleza en el que prima el derecho del más fuerte; un problema que, como no podría ser de otra manera, se acentúa cuando están en juego intereses existenciales. Pero *ninguna teoría de la justificación jurídico-penal* puede impedir que esto sea así. Y si los deberes de tolerancia no son sino la pieza que el paradigma interpersonal de la justificación introduce para tratar (sin éxito) de impedirlo, entonces creo que lo mejor es acoger el camino más simple para lograr los mismos objetivos: el paradigma jurídico-público.

#### IV. EL LUGAR DEL PARADIGMA INTERPERSONAL: HACIA UNA TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR SACRIFICIO

Si el paradigma interpersonal de la justificación jurídico-penal es innecesariamente más complejo que el jurídico-público, ello se debe a que –a diferencia de este último– se carga con un problema que no solo no es propiamente penal, sino que, además, como he tratado de demostrar, el Derecho penal no tiene las herramientas para resolver: trata de alcanzar un *equilibrio justo* entre los intereses de las personas beneficiadas y perjudicadas por un sacrificio necesario de intereses. Hay una rama del ordenamiento jurídico cuyo cometido específico es, precisamente, dar respuesta a esta clase de problemas, pero no es el Derecho penal, sino el Derecho de daños. La cuestión (¡interpersonal!) de quién ha de soportar definitivamente los costes de una interacción a raíz de la que los intereses de una de las partes resultan lesionados es un problema de Derecho privado; en concreto, un problema de responsabilidad civil.

En el apartado anterior de este trabajo, he tratado de defender que la sofisticada teoría de los deberes de tolerancia desarrollada por los defensores del paradigma interpersonal resulta prescindible en el

marco de una teoría penal de la justificación. Creo, sin embargo, que estos autores han dado con ella un paso definitivo –que haya sido o no intencional es lo de menos– hacia la elaboración dogmática de una institución hasta ahora injustamente marginada por la doctrina civilista(132): la responsabilidad civil por sacrificio. Con el fin de demostrar la utilidad que, según creo, puede tener la primera de estas construcciones en el desarrollo de la segunda, comenzaré describiendo los rasgos fundamentales que caracterizan a dicha forma de responsabilidad civil. Y, para ello, nada mejor que volver a las abejas.

Como se recordará, el artículo 612 CC permite al propietario de un enjambre de abejas que escapan al fundo vecino (siempre que no esté cercado)(133) penetrar en este sin necesidad de que su dueño consienta –e incluso contra su oposición(134)– para perseguir su enjambre. El propietario de las abejas puede causar en el fundo vecino todos los daños que sean necesarios para recuperarlas; imagínese, por ejemplo, que para hacerlo tiene que correr sobre los sembrados del vecino, arruinando la futura cosecha. Todas estas conductas están permitidas, son perfectamente lícitas («el propietario de un enjambre de abejas *tendrá derecho* a perseguirlas...»)(135), pero acarrearán la obligación de quien las realiza de «indemnizar al poseedor [del fundo ajeno] el daño causado».

Aunque es probablemente, como ya señalé(136), una de las más antiguas, el precepto comentado, no es, sin embargo, la única manifestación de esta forma tan particular de responsabilidad civil por hecho lícito que existe en el Derecho español y en otros de nuestro entorno. El propio Código Civil establece, en su artículo 569, que «si fuere indispensable para construir o reparar algún edificio pasar materiales por predio ajeno, o colocar en él andamios u otros objetos para la obra, el dueño de este predio está obligado a consentirlo, recibiendo la indemnización correspondiente al perjuicio que se le irroga»(137). Esta misma estructura tiene la regulación de la llamada «avería gruesa», tradicionalmente contenida en el Código de Comercio (arts. 811 ss.) y ahora –con modificaciones irrelevantes en lo que aquí

---

(132) Con las honrosas excepciones mencionadas en la núm. 18.

(133) Si lo está, tiene que pedir el consentimiento del dueño del fundo, pero este no puede denegárselo salvo que él mismo ponga las abejas a disposición del propietario del enjambre. Así, PANTALEÓN PRIETO, 1991, p. 1558.

(134) PANTALEÓN PRIETO, 1991, pp. 1557-1558.

(135) PANTALEÓN PRIETO, 1991, p. 1557.

(136) Vid. texto junto a la núm. 15.

(137) Una interpretación del precepto en esta línea puede encontrarse en GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, 2006, pp. 201-203.

interesa— en la Ley 14/2014, de 24 de julio, de navegación marítima (LNM, arts. 347 ss.)(138).

De acuerdo con el artículo 347 LNM, «existe acto de avería gruesa cuando, intencionada y razonablemente, se causa un daño o gasto extraordinario para la salvación común de los bienes comprometidos en un viaje marítimo con ocasión de estar todos ellos amenazados por un peligro». En este caso, «los daños o gastos ocasionados [...] serán soportados por los titulares de los intereses en riesgo en el momento de la avería, en proporción y con el límite del valor salvado de cada uno de ellos» (art. 349 LNM). Así, por ejemplo, cuando el buque corre el riesgo de hundirse —con todas las pérdidas materiales e incluso personales que ello implica— salvo que se arroje por la borda parte de la carga, la tripulación puede hacerlo(139), pero los daños causados a quienes hayan visto sacrificada su propiedad serán indemnizados por aquellos a quien haya beneficiado la avería.

Otra manifestación muy clara de esta forma de responsabilidad —que no en vano se designa a veces como «cuasiexpropiatoria»— es la que contempla, en relación con las Administraciones Públicas, el artículo 120 de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 (LEF):

«Cuando por consecuencias de graves razones de orden o seguridad públicos, epidemias, inundaciones u otras calamidades, hubiesen de adoptarse por las Autoridades civiles medidas que implicasen destrucción, detrimento efectivo o requisas de bienes o derechos de particulares sin las formalidades que para los diversos tipos de expropiación exige esta Ley, el particular dañado tendrá derecho a indemnización»(140).

El precepto no hace más que convertir en regla general lo que desde principios del siglo XX se establece legislativa y reglamentariamente, por ejemplo, en relación con el sacrificio obligatorio de animales para la prevención de epizootias y plagas; materia regulada hoy en

(138) Así, GÓMEZ CALERO, 1992, pp. 37-39; BUSTO LAGO, 1998, pp. 372, 373; GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, 2006, p. 139; y GONZÁLEZ PELLICER, *Diario La Ley*, pp. 1-2.

(139) El antiguo artículo 815 CCom establecía, incluso, un (sensato) orden de prelación en la echazón de los efectos transportados: primero debían arrojarse «los que se hallaren sobre cubierta, empezando por los que embarquen la maniobra o perjudiquen al buque, prefiriendo, si es posible, los más pesados y de menos utilidad y valor» y solo después «los que estuvieren bajo la cubierta superior, comenzando siempre por los de más peso y menos valor, hasta la cantidad y número que fuese absolutamente indispensable».

(140) Concreta el precepto que dicha indemnización lo será «de acuerdo con las normas que se señalan en los preceptos relativos a los daños de la ocupación temporal de inmuebles y al justiprecio de los muebles, debiendo iniciarse el expediente a instancia del perjudicado y de acuerdo con tales normas».

los artículos 20 y 21 de la Ley 8/2003, de 24 de abril, de sanidad animal (LSanA): la autoridad competente puede ordenar el sacrificio de animales en la medida que sea necesaria para contener la propagación de enfermedades infecciosas, siendo sus propietarios, en su caso, indemnizados por la Administración(141). La lógica de estas normas es idéntica a la de las regulaciones hasta ahora examinadas: se lleva a cabo (intencionalmente) una conducta *lícita* –o incluso debida– de sacrificio necesario, pero los beneficiados por ella(142) han de indemnizar a los sacrificados.

Esta es, por último(143), la misma idea que subyace a la norma que, desde el Código Penal de 1848, regula en España la responsabilidad civil *ex delicto* por daños causados en estado de necesidad(144). A pesar de que, como es sabido, la regulación de esta eximente tardó

---

(141) Al respecto, vid., por todos, DOMÉNECH PASCUAL, *InDret*. El autor argumenta, sin embargo, que esta clase de indemnizaciones no caben dentro de la lógica (indemnizatoria) de la responsabilidad patrimonial de la Administración, en la medida en que, según los principios generales por los que esta se rige, debería afirmarse en este caso un deber de los propietarios de soportar el daño causado por el sacrificio (ibíd, pp. 15-16, 19-22). Aunque el razonamiento del autor es de análisis económico del Derecho, se deja traducir perfectamente en términos normativos: al ser la posible propagación de enfermedades infecciosas un riesgo típico de la actividad empresarial de los propietarios de animales, el sacrificio operado por parte de la Administración para contenerlos quedaría amparado por una suerte de estado de necesidad *defensivo*; supuesto en que, como enseguida veremos, el perjudicado tiene sin duda un deber de soportar el daño. Esto conduce a DOMÉNECH PASCUAL, ibíd., pp. 18, 23-26, a calificar estas «indemnizaciones» más bien como *subvenciones* encaminadas a incentivar la colaboración de los propietarios de animales con la Administración en la prevención de epizootias.

(142) O la Administración, en caso de que se trate de una intervención en interés general, con beneficios colectivos y difusos.

(143) BUSTO LAGO, 1998, pp. 167-168, siguiendo a BIRGUGLIO, 1971, pp. 168-169 (respecto del artículo 81 del Código Civil italiano), considera otra instancia de responsabilidad civil por sacrificio la indemnización por «incumplimiento sin causa de la promesa cierta de matrimonio» prevista en el artículo 43 CC. A mi juicio, sin embargo, se trata más bien de un supuesto de responsabilidad civil *contractual* en el que –por razones evidentes de política jurídica– se limitan los remedios a disposición del acreedor perjudicado por el incumplimiento: ni tiene acción de cumplimiento (art. 1091 CC), ni puede exigir una indemnización de los daños padecidos (arts. 1101 ss. CC) que supere el interés contractual *negativo* (gastos hechos y obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido).

(144) Así, BUSTO LAGO, 1998, pp. 171, 383-383, 388-392, 400-414. La anti-güedad de la regulación desmiente la (por lo demás, bien documentada) afirmación de JANSSEN, *OJLS*, p. 238, de que la responsabilidad civil por daños causados en estado de necesidad justificante no se reconoció en Europa hasta, al menos, el siglo xx. El error podría deberse, en cualquier caso, a lo extraño que resulta, en perspectiva comparada, que en España esta regulación se encuentre «escondida» en el Código Penal, y no en la legislación civil.



casi un siglo en alcanzar su actual amplitud(145), la regla de responsabilidad civil vinculada a ella se ha mantenido prácticamente invariable a lo largo del tiempo(146) y se ubica ahora en el artículo 118.1.3.<sup>a</sup> CP: en caso de estado de necesidad (art. 20.5.<sup>o</sup> CP), «serán responsables civiles directos(147) las personas en cuyo favor se haya precavido el mal, en proporción al perjuicio que se les haya evitado, si fuera estimable o, en otro caso, en la que el Juez o Tribunal establezca según su prudente arbitrio»(148).

Aunque un sector minoritario de la doctrina –necesariamente dualista en la interpretación del artículo 20.5.<sup>o</sup> CP– ha sostenido que la regla se limita a los supuestos de necesidad *exculpante*, de manera que el justificante (como la legítima defensa, el ejercicio de un derecho y el cumplimiento de un deber) eximiría de responsabilidad civil al autor del delito(149), la opinión de la doctrina mayoritaria es otra: el artículo 118.1.3.<sup>a</sup> contempla una forma de responsabilidad civil por conductas *lícitas* (justificadas). Consagra, de este modo, una excepción a la regla general que, por lo demás, parece poder inferirse del artículo 118 CP: la de que las causas de justificación penales eximen

(145) Un excelente relato de la evolución histórica de esta eximente y de los debates que la impulsaron puede encontrarse en CUERDA ARNAU, 1997, pp. 25-67.

(146) Lo que sí ha hecho la norma en numerosas ocasiones es cambiar de sitio: artículo 16.3.<sup>a</sup> del Código Penal de 1848, artículo 19.3.<sup>a</sup> de los Códigos Penales de 1850 y 1870, artículo 79 del Código Penal de 1928, y artículo 20.2.<sup>a</sup> de los Códigos Penales de 1932, 1944 y 1973.

(147) Pese a lo sostenido por GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, 2006, p. 145, parece razonable entender que, en caso de pluralidad de responsables civiles, opera también aquí la regla de solidaridad que rige con carácter general para la responsabilidad extracontractual (vid. las referencias en PANTALEÓN DÍAZ, 2022, núm. 225 del capítulo 4). Y es que tampoco en el ámbito de la responsabilidad por sacrificio tiene demasiado sentido que el riesgo de impago por insolvencia que soporta el perjudicado aumente conforme lo hace el del número de potenciales beneficiarios del sacrificio.

(148) El párrafo segundo del precepto establece que «cuando las cuotas de que deba responder el interesado no sean equitativamente asignables por el Juez o Tribunal, ni siquiera por aproximación, o cuando la responsabilidad se extienda a las Administraciones Públicas o a la mayor parte de una población y, en todo caso, siempre que el daño se haya causado con asentimiento de la autoridad o de sus agentes, se acordará, en su caso, la indemnización en la forma que establezcan las leyes y reglamentos especiales». Aquí parece consagrarse la idea, ya mencionada, de que es la Administración la que ha de indemnizar a los perjudicados por el sacrificio cuando este se ha llevado a cabo en interés general, de manera que los beneficios son colectivos y difusos (vid. núm. 141). No queda claro, sin embargo, cuáles son las «leyes y reglamentos especiales» a los que, desde 1848, remite esta parte de la regla. Hoy en día, quizás podrían considerarse aplicables –siquiera por analogía, cuando quien haya realizado el sacrificio sea un particular– el artículo 120 LEF y disposiciones sectoriales como la LSanA.

(149) Así, p. ej., ROIG TORRES, 2010, pp. 430-431. También, aunque más bien *de lege ferenda*, RODRÍGUEZ MOURULLO, 1966, pp. 239-240.

de responsabilidad civil, mientras que las de exculpación –inimputabilidad, miedo insuperable, error invencible– la dejan incólume(150).

El que el estado de necesidad (agresivo) *justificante* no excluya el derecho del perjudicado a recibir una indemnización por la pérdida de sus bienes no es precisamente una rareza española, sino que ocurre también en otros relevantes ordenamientos jurídicos de nuestro entorno(151). Así, por ejemplo, en Alemania, los §§ 227 y 228 BGB contemplan, respectivamente, la legítima defensa y el estado de necesidad *defensivo* justificante(152) como causas de exclusión de responsabilidad civil, de lo que puede inferirse (*a contrario*) que el estado de necesidad agresivo no tiene el mismo efecto; así lo confirma, además, el § 904 BGB(153). Y un famoso precedente estadounidense –considerado autoridad a lo ancho del *common law*(154)– refleja exactamente la misma idea: la sentencia del Tribunal Supremo de Minnesota sobre el caso *Vincent and others v. Lake Erie Transportation Company* (1910)(155).

Los hechos del caso fueron los siguientes: el barco de vapor *Reynolds*, propiedad de la Lake Erie Transportation Company, se encontraba amarrado a un muelle propiedad de los demandantes mientras descargaba su cargamento. Durante el trascurso de la descarga, se desarrolló una violentísima tormenta que hacía imposible remolcar el barco separándolo del muelle. Teniendo en cuenta que, si se desprendían los cabos con los que el *Reynolds* estaba amarrado al muelle, el barco sin duda quedaría a la deriva en la tormenta sufriendo graves daños, el capitán reforzó los amarres y lo mantuvo unido al muelle

(150) Vid., en este sentido, por todos, ROLDÁN BARBERO, 1980, pp. 28, 43-45; SILVA SÁNCHEZ, 2001, pp. 6-7; ORTIZ DE URBINA GIMENO, 2011, núm. 4 (p. 180); PAPAYANNIS, *Isonomía*, pp. 32-54-62 (que infiere de ello, correctamente, que la «anti-juridicidad» del daño no es un requisito de la responsabilidad civil extracontractual: *ibíd.*, *passim*, esp. p. 63); y MIR PUIG, 2016, p. 441

(151) Lo que sí es parte de nuestra (triste) idiosincrasia es que, en España, la única regla general relativa a la responsabilidad *civil* en estado de necesidad se encuentre contenida en el Código *Penal*.

(152) En efecto, el § 228 BGB se refiere únicamente a los supuestos en que alguien «daña o destruye una cosa ajena para contener un peligro para sí o para un tercero *que emana de ella*», siempre que «el daño a la cosa o su destrucción sean necesarias para contener el peligro y que el daño causado no sea desproporcionado en relación con el peligro [*wenn der Schaden nicht außer Verhältnis zu der Gefahr steht*]».

(153) Vid., en este sentido, PAWLIK, 2002, núm. 5 (pp. 10-11), p. 259, que entiende, además, que el obligado a indemnizar en virtud de estos preceptos es, como en el Derecho español, el beneficiado por el sacrificio (no necesariamente el dañante).

(154) Así, p. ej., FLETCHER, 1978, pp. 761 (con núm. 7), 777; GOUDKAMP, 2013, pp. 81-82; PEEL y GOUDKAMP, 2014, nms. 26-034 (con núm. 64), 26-043 (con núm. 84); SIMESTER *et al.*, 2019, pp. 872 (con núm. 268), 878; o STEEL, 2022, ap. I(i)(a).

(155) 109 Minn. 456, 124 N. W. 221 (1910).

mientras duró la tormenta. Sin embargo, los choques del barco contra el muelle de los demandantes terminaron por dañarlo y estos reclamaron una indemnización a la compañía propietaria del barco. El Tribunal Supremo de Minnesota consideró unánimemente que el capitán del *Reynolds* había actuado de forma razonable al mantener el barco amarrado al muelle: su decisión de salvar el *Reynolds* a costa de la propiedad de los demandantes había sido perfectamente lícita, en la medida en que los daños causados al muelle habían sido mucho menores de los que habría podido sufrir el barco si se hubiera soltado. No obstante, la mayoría del tribunal (156) consideró procedente que la Lake Erie Transportation Company –la beneficiada por el sacrificio– indemnizara a los propietarios del muelle los daños causados.

¿Cuál es la naturaleza jurídica de la forma de responsabilidad reconocida en estos preceptos (y precedentes)? Buena parte de la doctrina que la ha teorizado ha rechazado que forme parte del Derecho de daños en sentido estricto –que se trate de una responsabilidad civil *indemnizatoria*–, considerándola más bien una instancia de restitución de «enriquecimiento injustificado» (157). Para fundamentar esta tesis, se basan en rasgos de esta forma de responsabilidad como la ausencia de un requisito de culpa (que también caracteriza a todas las acciones reintegradoras de derechos, incluidas las de enriquecimiento (158)) y, sobre todo, el que, al menos en España, no corra a cuenta del causante del daño sino del beneficiario del sacrificio. Esta postura, sin embargo, no me parece convincente: incluso asumiendo que el obligado a indemnizar se hubiera «enriquecido» por el simple hecho de *no padecer* un daño que habría sufrido si no se hubiera producido el sacrificio (159), aquel responde –como en cualquier acción

(156) Hubo un solo voto disidente: el del Juez Lewis, que sostuvo que resultaba contradictorio considerar la conducta correcta (justificada) y a la vez erigirla en presupuesto de una indemnización (en un *tort*).

(157) Así, p. ej., RODRÍGUEZ MOURULLO, 1982, p. 522; ALASTUEY DOBÓN, 2006, p. 624 (que, en caso de auxilio necesario, prefiere reconducirla, en cambio, a la gestión de negocios ajenos sin mandato, al igual que MARTÍNEZ CANTÓN, 2009, núm. 163, p. 719); DE ÁNGEL YÁGÜEZ, 2008, pp. 360-361; TOMÁS-VALIENTE LANUZA, 2009, p. 55; KRAUSE MUÑOZ, 2015, pp. 67 (con núm. 228), 166; ROCA TRÍAS, 2016, pp. 76-77; ALONSO GALLO y PUENTE RODRÍGUEZ, 2020, nm. 6288; o BARROS BOURIE, 2020, p. 146; una fundamentación que tampoco descarta BUSTO LAGO, 1998, pp. 410-411.

(158) Vid. COCA VILA y PANTALEÓN DÍAZ, *ADC*, pp. 113-216, con ulteriores referencias.

(159) Lo cuestiona, con razón, WILENMANN, 2017, núm. 34 (pp. 572-573). Por lo demás, como señala GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, 2006, pp. 162-168, 232-238, esta clase de casos no se ajustan en absoluto a los presupuestos de las acciones de enriquecimiento injustificado en sentido estricto que reconoce el Derecho español (señaladamente, a los de la *condictio* por intromisión).

indemnizatoria— en la medida del *daño* padecido por el demandante, no en la medida de su propio provecho(160). Y al margen de ello, ¿en qué sentido se está tachando de «injustificado» el enriquecimiento del responsable si la premisa del argumento es, precisamente, que procede de una conducta *justificada*(161)?

Esta forma de responsabilidad sigue la lógica indemnizatoria del Derecho de daños, no la restitutoria de las acciones de enriqueci-

---

(160) Así, JANSEN, *OJLS*, p. 243. Como deja meridianamente claro el artículo 118.1.3.<sup>a</sup> CP, esta medida solo se emplea, en caso de pluralidad de beneficiados por el sacrificio, para el cálculo de las cuotas *del daño* por las que debe responder cada uno; cuotas que, al tratarse de una responsabilidad solidaria, solo operan en la esfera interna entre los deudores (vid. núm. 146). Ciertamente, sin embargo, en la regulación de la avería gruesa el valor salvado es también el *límite absoluto* de la responsabilidad de cada beneficiado frente al sacrificado (art. 349 LNM). Se trata, a mi juicio, de una limitación sensata, que quizás podría extenderse por analogía a todas las instancias de esta forma de responsabilidad. La razón es la siguiente: cuando un sacrificio se orienta a salvaguardar los intereses de una pluralidad de personas, es perfectamente posible que el daño causado sea inferior al que se trata (globalmente) de evitar, pero superior al que se evita (individualmente) a cada beneficiado. Supongamos, por ejemplo, que —de forma completamente fortuita— se desencadena un fuego en una mansión valorada en diez millones de euros y se hace necesario derribarla para evitar que el fuego se extienda a veinte casas vecinas, valoradas en un millón de euros cada una. Suponiendo que, de haber dejado que las cosas siguieran su curso, la mansión habría permanecido en pie, pero el fuego se habría extendido a las casas vecinas, destruyéndolas, el derribo de la mansión está justificado, pero su propietario tiene derecho a una indemnización de diez millones de euros a cargo de los veinte propietarios de las casas salvadas. La cuota de la que ha de responder cada uno es de un veinteavo de diez millones de euros (500.000 euros), pero se trata de una responsabilidad solidaria, de manera que, en principio, el propietario de la mansión tiene derecho a exigir el resarcimiento del total del daño a cada uno de los deudores, procediendo luego las correspondientes acciones de regreso en la esfera interna. ¿Qué ocurre, sin embargo, si más de la mitad de los deudores son insolventes? ¿Es justo que los demás tengan que responder ante el sacrificado por una cuantía *superior a la que habrían perdido* si las cosas hubieran seguido su curso? Para evitar que este trabajo termine alcanzando una extensión desmesurada, debo limitarme a dejar esta idea meramente apuntada. Lo que sí me interesa destacar es que nada de esto obsta a que la responsabilidad regulada en estos preceptos sea una responsabilidad *por el daño*; que esta se vea *limitada* en la medida del valor salvado no altera en nada su naturaleza, igual que no es menos indemnizatoria, por ejemplo, la responsabilidad del transportista por carretera por pérdida de las mercancías transportadas por estar limitada a «un tercio del Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples/día por cada kilogramo de peso bruto de mercancía perdida o averiada» (art. 57.1 de la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías).

(161) Así, WILENMANN, 2017, núm. 34 (pp. 572-573). Parece, en definitiva, correcta la afirmación de JANSEN de que «[e]n este contexto, el principio contra el enriquecimiento injustificado entra en juego no en su sentido técnico (como construcción dogmática), sino más bien como el argumento moral que subyace a la regulación jurídica» (*OJLS*, p. 244).

miento: requiere que el demandante haya sufrido un daño y su función es compensar ese daño(162). Pero no comparte las características de las dos formas de responsabilidad civil extracontractual más estudiadas por la doctrina: la responsabilidad por culpa y la responsabilidad «objetiva»(163) o por riesgo. A diferencia de la primera, no requiere «culpa o negligencia», en el sentido del artículo 1902 CC; culpa que, por hipótesis, queda excluida en supuestos de justificación(164). Como la segunda, puede surgir de una conducta perfectamente lícita, pero también existen diferencias importantes entre ambas: la forma de responsabilidad aquí estudiada no se vincula a un «accidente», sino a un sacrificio *intencional*(165); y quien soporta la responsabilidad no es necesariamente el causante del daño, sino quien se beneficia del sacrificio.

Nos encontramos ante un verdadero *tertium genus* en el marco del Derecho de daños, que algunos autores han denominado «responsabilidad civil cuasiexpropiatoria» o «por sacrificio»(166). Si se quisiera condensar su esencia en una cláusula general –en una especie de «artículo 1902 CC» de la responsabilidad por sacrificio– creo que esta tendría aproximadamente el siguiente tenor: la persona perjudicada por un sacrificio intencional y justificado de sus intereses *que no tiene*

(162) Un análisis más pormenorizado de esta distinción puede encontrarse en COCA VILA y PANTALEÓN DÍAZ, *ADC*, 2021, pp. 122-123, 141-149.

(163) Sobre lo inapropiado de esta denominación, vid. núm. 17.

(164) Yo diría más: queda excluida en todos los supuestos que *el paradigma jurídico-público* considera de justificación. Vid. PANTALEÓN DÍAZ, 2022, capítulo 2, apartado II, con ulteriores referencias.

(165) Así, BIRGUGLIO, 1971, p. 178; JANSEN, 2003, pp. 17-18; GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, 2006, pp. 117, 139,140; y, respecto de la avería gruesa, GONZÁLEZ PELLICER, *Diario La Ley*, p. 1. La finalidad de este requisito es impedir que la responsabilidad por sacrificio se extienda a todos los supuestos de riesgo permitido fundados en una ponderación de todos los intereses en juego, lo que, a la postre, supondría la «derogación» del principio *casum sentit dominus*. Y es que, cuando alguien me atropella conduciendo a una velocidad adecuada y respetando el resto de normas de la circulación, no es descabellado decir que he sido «sacrificada» en aras del interés general (y de ese conductor concreto) en permitir la circulación de vehículos. Desde este punto de vista, entre el riesgo permitido y el estado de necesidad existe una mera diferencia de grado.

(166) Vid. PANTALEÓN PRIETO, *DA*, pp. 247-248, 250, 253; EL MISMO, *AFDUAM*, p. 178. También como un *tertium genus* la ven BIRGUGLIO, 1971, pp. 160-180; y GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, 2006, pp. 168-170, 171-173. YZQUIERDO TOLSADA, 2020, p. 304, aunque se refiere a ella como una «responsabilidad en equidad». A mi juicio, sin embargo, esta etiqueta ha de reservarse para una forma de responsabilidad civil reconocida en otros ordenamientos (vid., p. ej., § 829 BGB), pero no –actualmente, al menos– en el español, y que no tiene nada que ver con la responsabilidad civil por sacrificio.

*el deber de soportar* tiene derecho al resarcimiento del daño por parte de las personas en favor de las que se hubiera realizado el sacrificio, que responderán solidariamente en proporción al perjuicio que se les hubiera evitado(167). Este es el principio general que, según creo, cabe extraer de todas las regulaciones fragmentarias presentadas al comienzo de este apartado, desde las abejas del artículo 612 CC a la responsabilidad civil en supuestos de estado de necesidad.

La gran incógnita, y la clave para la construcción dogmática de la responsabilidad por sacrificio, reside, claro está, en la figura del «deber de soportar»: ¿en qué casos existe y en cuáles no? Es en este punto donde considero que la teoría de los deberes de tolerancia desarrollada por los partidarios del paradigma interpersonal de la justificación puede tener una utilidad nada desdeñable. Y es que aquí –a diferencia de lo que, a mi juicio, sucede en el ámbito penal– *sí se trata* (de hecho, se trata *solo*) de decidir si la persona inicialmente perjudicada por un conflicto ha de soportar definitivamente la pérdida de sus bienes o, por el contrario, puede desplazarla a la esfera de otra persona (el beneficiado por el sacrificio) mediante una indemnización.

Creo que los partidarios del paradigma interpersonal están en lo cierto cuando sostienen que la simple utilidad general –el hecho de que la conducta del dañante haya causado un mal menor del que trataba de evitar– no es suficiente para fundamentar tales deberes de tolerancia. Como también han señalado con acierto estos autores, la fundamentación liberal más sólida de estos deberes es, *prima facie*, el principio de autonomía: la persona que, en el libre desarrollo de su esfera de organización, genera una situación de peligro que solo puede resolverse a costa de sus propios intereses o los de un tercero tiene, con carácter general, el deber de soportar que sean los suyos propios los que resulten lesionados. La responsabilidad civil por sacrificio no tiene, por tanto, cabida en los siguientes grupos de casos: legítima defensa, siempre que el perjudicado realmente estuviera agrediendo ilegítimamente al autor (valoración *ex post*) o hubiera creado él mismo la apariencia razonable (valoración *ex ante*) de tal agresión ilegítima(168); y estado de necesidad defensivo, en las mismas circunstancias (*mutatis mutandis*).

Tampoco existe problema alguno para afirmar –de nuevo, en la línea de los defensores del paradigma interpersonal– la existencia de un deber de tolerancia del perjudicado por un daño cuando quien se lo ha causado ha obrado en ejercicio de un derecho o (*a fortiori*) en cum-

---

(167) Y (quizás) con el límite de dicha cuantía, que será oponible al perjudicado (vid. núm. 159).

(168) Así, McBRIDE y BAGSHAW, 2018, p. 67.

plimiento de un deber, salvo que sea la propia ley la que establezca en estos supuestos la procedencia de una indemnización: el propio artículo 612 CC es un buen ejemplo de esto último. Y a estos efectos(169) sí tiene perfecto sentido diferenciar radicalmente, como hacen estos autores, la colisión de deberes del estado de necesidad agresivo y reconducir la primera al cumplimiento de un deber(170): la persona perjudicada por la resolución en su contra de una colisión de deberes no tiene derecho a ser indemnizada por aquella que sí ve satisfecho su derecho; tiene, en otras palabras, un deber de soportar el daño(171). Veamos por qué.

En los supuestos de estado de necesidad agresivo el autor siempre tiene dos opciones: dejar que las cosas sigan su curso, en cuyo caso él mismo o un tercero sufrirán un mal que podría haberse evitado causando a otra persona (ajena al peligro) un mal menor; o alterar el *statu quo*, haciendo precisamente esto último. En el primero de los escenarios, el perjudicado no tiene derecho a ser indemnizado (*casum sentit dominus*); en el segundo –como enseguida veremos– sí concurren, en principio, los presupuestos de la responsabilidad por sacrificio. Los casos de colisión de deberes son diferentes(172). Partiendo de la base de que lo que caracteriza a estos supuestos es la imposibilidad de cumplimiento simultáneo por parte del obligado de todos los deberes que (*prima facie*) lo vinculan, si uno de los deberes en liza tiene prioridad sobre el resto(173), entonces el autor no tiene opción alguna: debe cumplir el deber de mayor rango, de manera que ni él está vinculado por el resto de los deberes ni (correlativamente) las personas frente a las que los tenía tienen ningún derecho a las prestaciones correspondientes(174). Para estas, el daño padecido no es ni más ni menos que la consecuencia del cumplimiento por parte del autor de un deber jurídico; supuesto en el que, como hemos visto, existe –salvo que la ley lo exceptúe expresamente– un deber del perjudicado de soportar el daño. Finalmente, cuando los deberes en liza son del mismo rango, lo único que cambia es que es el propio obligado el que

(169) No a los penales, donde, de acuerdo con los postulados del paradigma jurídico-público de la justificación aquí defendido, la distinción es irrelevante (vid. texto junto a las nn. 108 y 112).

(170) Vid. núm. 116 y el texto al que acompaña.

(171) Así, GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, 2006, pp. 173-176.

(172) Vid., en este sentido, CUERDA RIEZU, 1984, pp. 191-192, 262-266.

(173) Sobre los criterios de priorización entre deberes en esta clase de situaciones, fundamental, COCA VILA, 2016, pp. 323-429; EL MISMO, *InDret*, 2017, pp. 18-28

(174) Vid., en este sentido, MIR PUIG, 2016, p. 466; COCA VILA, 2016, pp. 173-196, 433-437; EL MISMO, *InDret*, 2017, pp. 9-10, 29; EL MISMO, *ELDP*, pp. 60-61, 65-66. ROXIN y GRECO, 2020, pp. 891; y HÖRNLE, 2021, p. 168.

tiene la facultad de escoger cuál de todos le vincula, pero una vez ejercido este *ius variandi* la situación es la misma: solo se encuentra obligado por *un* deber(175), de manera que los perjudicados por su cumplimiento han de soportar el daño(176).

Más allá de estos supuestos, ¿pueden existir deberes de tolerancia? ¿Hay, como sostienen los partidarios del paradigma interpersonal al admitir la posibilidad de un estado de necesidad agresivo justificante, deberes de sacrificio de *solidaridad mínima*? Lo cierto es que, trasladada al ámbito de la responsabilidad civil por sacrificio, la posición kantiana(177) –que, como vimos, rechaza hoy unánimemente la doctrina penalista– resulta bastante atractiva: cuando la necesidad conduce a desviar el infortunio de la esfera de quien era originalmente *dominus* a la de un tercero ajeno al peligro, este último *nunca* tiene el deber de soportar el daño, por nimio que resulte en comparación con el que hubiera podido padecer la persona finalmente beneficiada. Esta tendrá que indemnizar al perjudicado, pues *ninguna necesidad* (ninguna cota de utilidad social agregada) es suficiente para justificar *ante este* la pérdida de sus bienes.

Como vimos, sin embargo, la postura –más moderada y, al parecer, tendencialmente hegeliana(178)– defendida por la mayoría de los partidarios del paradigma interpersonal pasa por construir los deberes de tolerancia de los que aquí se trata a imagen de los deberes positivos (de actuación) radicados, supuestamente, en el mismo fundamento(179): si el artículo 195 CP nos obliga a socorrer a cualquier persona que se halle «desamparada y en peligro manifiesto y grave», aunque seamos totalmente *ajenos* a aquello que haya generado su situación de necesidad, siempre que podamos hacerlo «sin riesgo pro-

(175) Así, COCA VILA, 2016, pp. 173-196, 438-446; EL MISMO, *InDret*, 2017, pp. 30-31; EL MISMO, *ELDP*, pp. 61, 66.

(176) Si no se admitiera este deber de tolerancia, la situación a la que se daría lugar sería bastante absurda. Supongamos que un socorrista tiene el deber (de garante) de salvar a dos niñas pequeñas que corren el riesgo de ahogarse en una piscina: Ana y Beatriz. Las probabilidades de salvar a una o a otra son idénticas, pero no puede salvar a las dos, de manera que (tratándose de deberes del mismo rango) tiene que elegir a cuál de las dos salva. De no compartirse que los familiares de la niña no salvada tienen el deber de soportar el daño derivado del sacrificio, resultaría que en este caso –y en todos los de la misma clase– habría responsabilidad civil *hiciera lo que hiciera el socorrista*: si eligiera salvar a Ana, esta y sus familiares deberían indemnizar a Beatriz (o, en su caso, los perjudicados por su muerte); si la elegida fuera Beatriz, ocurriría exactamente lo mismo, pero a la inversa. Parece, sin embargo, defender precisamente esta solución RODRÍGUEZ MOURULLO, 1966, pp. 239-240.

(177) Vid. núm. 38 y el texto al que acompaña.

(178) Vid. PAWLIK, 2002, pp. 80-124.

(179) Vid. epígrafe 1 del apartado II, a partir de la núm. 40.



pio ni de terceros», entonces no debería resultar extraño que tengamos el deber de soportar el daño que cualquiera que se encuentre en una situación de necesidad *existencial* a la que somos totalmente ajenos nos provoque «auto-socorriéndose» a costa de nuestros intereses (180). Pero la analogía solo se sostiene si se respeta, en todo caso, la limitación que entraña que estos deberes de solidaridad solo surjan cuando pueden cumplirse «sin riesgo propio ni de terceros», así que todo depende de cómo se interprete esta cláusula.

Como también se vio en su momento, los defensores del paradigma interpersonal que emplean este argumento la leen de forma especialmente restrictiva: existe deber de socorrer (y, correlativamente, deber de soportar sacrificios) siempre que no peligren los intereses personales o patrimoniales existenciales del obligado y que los intereses del necesitado preponderen sustancialmente sobre los que sí quedan comprometidos por el salvamento. Trasladado al ámbito que

---

(180) No debería resultar extraño, siempre que entendamos que el artículo 195 CP nos obliga a socorrer *sin derecho* a que el socorrido nos resarza los daños padecidos a causa del salvamento, pero hay una posibilidad de que esto no sea así: el salvamento podría considerarse una gestión de negocios ajenos sin mandato (arts. 1888 ss. CC), con el consiguiente deber del socorrido de indemnizar al «gestor» «los gastos necesarios y útiles que hubiese hecho y los perjuicios que hubiese sufrido en el desempeño de su cargo» (art. 1893, par. I CC). Sobre esta interpretación cabría albergar algunas dudas, en la medida en que el presupuesto de la gestión de negocios ajenos es que alguien se encargue *voluntariamente* «de la agencia o administración de los negocios de otro» (art. 1888 CC), y aquí –aun admitiendo que socorrer a alguien en situación de necesidad existencial pudiera considerarse una forma de «administrar sus negocios»– no se trata de un socorro voluntario, sino del cumplimiento de un *deber legal* de socorrer. Ciertamente, esto último podría convertirse en la base de una argumentación *a fortiori*: si el Código Civil reconoce el derecho a ser indemnizado por los daños padecidos como consecuencia de actos de solidaridad voluntarios, ¿cómo no va a reconocerlo (con mayor motivo) cuando se trata de actos de solidaridad obligatorios? Pero también cabría argumentar que la indemnización se limita a los comportamientos solidarios voluntarios precisamente porque pretende ser un premio que los incentive («la zanahoria»); incentivo que no hace ninguna falta para los obligatorios, cuyo incumplimiento tiene como consecuencia la imposición de una pena («el palo»). No obstante, como señala RODRÍGUEZ MOURULLO, 1966, pp. 326-327, ello supondría olvidar que el propio Código Civil premia, en ocasiones, conductas debidas, e incluso penalmente debidas: quien encuentra una cosa perdida no puede apropiarse de ella, sino que ha de dejarla consignada en el Ayuntamiento correspondiente (art. 615 CC). Si no lo hace, comete un delito de apropiación indebida, castigado con penas cuyos marcos se solapan con el del artículo 195.1 CP (art. 254 CP); pero si lo hace, y el dueño no aparece en dos años, el Código Civil lo premia con la propiedad de la cosa (art. 615, par. IV). Sea como fuere, las anteriores reflexiones solo valen para situaciones *fortuitas* que dan lugar a deberes de socorro: como apuntan RODRÍGUEZ MOURULLO, 1966, p. 326; y SILVA SÁNCHEZ, *InDret*, p. 6, cualquiera que hubiera provocado *con culpa* la situación de necesidad en la que se hallaba el socorrido respondería civilmente frente al salvador, conforme a las reglas generales.

aquí interesa, esto supondría, por ejemplo, que si Ana rompiera la vitrina del comercio cerrado de Beatriz y tomase el extintor de la tienda para apagar el incendio fortuito que se ha desencadenado en su coche, donde se ha quedado encerrada su hija pequeña, la conducta de Ana no solo sería completamente lícita –esto, en realidad, no lo discute nadie–, sino que además Beatriz tendría que asumir por sí misma el coste de reparación de su vitrina, sin poder reclamar una indemnización a Ana (o a su hija)(181). Si esta solución se nos antoja insoportablemente irrespetuosa para con la propiedad privada(182) queda la interpretación más o menos literal de la cláusula «sin riesgo propio ni de terceros»(183), que deja el paso expedito a la solución kantiana: *nunca* existe el deber de soportar daños causados en estado de necesi-

(181) Esto sostiene precisamente, en nuestra doctrina, GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, 2006, pp. 209-211, 237. Curiosamente, sin embargo, son los propios penalistas partidarios de esta interpretación tan «pro-social» de los deberes de tolerancia los que de forma más vehemente rechazan sus implicaciones jurídico-civiles, llegando a sostener que los perjudicados por un sacrificio en estado de necesidad agresivo no solo tienen derecho a ser indemnizados por la persona en cuyo favor se ha llevado a cabo el sacrificio (o, en su caso, por el dañante), ¡sino que debe indemnizarlos el Estado!; así, PAWLIK, 2002, pp. 9-11, 123, 258-259; EL MISMO, 2012, núm. 578 (p. 251), que también defiende en esta obra el derecho a una *indemnización estatal* para los daños sufridos en cumplimiento del deber general de socorro (p. 192); EL MISMO, *REJ*, p. 241; a quien han seguido tanto KÜHNBACH, 2006, núm. 269 (p. 81), como JAKOBS, 2012, pp. 47, 48, y más recientemente GRECO, *ZStW*, p. 51. Debo confesar que esta postura me genera auténtica perplejidad: si el carísimo Maserati de Ana sufre daños como consecuencia de una violenta granizada, nadie más que Ana tendrá que hacerse cargo de los daños (*casum sentit dominus*); si los daños en el coche los causa ilícitamente Beatriz (una adolescente insolvente) por el simple placer de causarlos, lo único que cambiará es que Ana tendrá una (infructuosa) acción de responsabilidad civil *por culpa* contra Beatriz; pero si los daños en el coche los causa Carmen, a quien no le queda más remedio que estampar su todoterreno contra el Maserati de Ana para evitar atropellar mortalmente a una niña pequeña (también insolvente) que cruza la calzada, aparte de tener Ana una (de nuevo, infructuosa) acción de responsabilidad civil *por sacrificio* contra la pequeña, ¿el Maserati lo pagamos todos? Por su parte, GRECO, *GA*, pp. 680-681, extiende esta misma lógica a las restricciones al derecho de legítima defensa en casos de extrema desproporción: el agredido a quien, por razones de solidaridad, se le «expropia» su derecho a emplear cualquier defensa necesaria en estos escenarios tendría derecho a una indemnización estatal, al margen, por supuesto, de la debida por el agresor (en la misma línea, respecto del estado de necesidad defensivo, el propio PAWLIK, *Derecho Penal y Criminología*, p. 19).

(182) Yo tiendo a pensar que lo es, máxime si se tiene en cuenta que, como he argumentado en la núm. 179, parece razonable entender que quienes sufren daños como consecuencia del cumplimiento del deber de socorro del artículo 195 CP tienen derecho a ser indemnizados por el socorrido. Señala correctamente la analogía que, a los efectos de la responsabilidad civil, existe entre uno y otro escenario, RODRÍGUEZ MOURULLO, 1966, p. 327.

(183) Vid., p. ej., MARTÍN LORENZO, 2009, pp. 228-229.

dad agresivo, porque en estos casos (por hipótesis) el necesitado ha sido «socorrido» *con riesgo* (¡con daño!) para el perjudicado.

Sujeto a estas (posibles) limitaciones, el estado de necesidad agresivo se presenta como el presupuesto prototípico de la responsabilidad civil por sacrificio, y de ahí, probablemente, que la regulación más parecida a una cláusula general de esta forma de responsabilidad que existe en nuestro ordenamiento –el artículo 118.1.3.<sup>a</sup> CP–, *se ciña* a estos supuestos. Este precepto adolece, sin embargo, a mi juicio, de un importante defecto: como el artículo 118 en su conjunto (y otros del mismo Título del Código, como el 116.2) está diseñado con el absurdo propósito de regular la responsabilidad *civil* por referencia a categorías jurídico-*penales*; remitiendo a lo que *penalmente* se entiende por «legítima defensa», «estado de necesidad», «ejercicio de un derecho» («autor», «cómplice»), etcétera(184). Y si, como he defendido en el apartado anterior de este trabajo, la forma *penalmente* más correcta de construir estas categorías pasa por asumir el paradigma jurídico-público de la justificación –y, por consiguiente, (i) que hay justificación (y no solo error invencible) en los casos de apariencia razonable *ex ante* de la concurrencia de los presupuestos de una causa de justificación y (ii) que en el artículo 20.5.º CP caben tanto el estado de necesidad agresivo, como el estado de necesidad defensivo y la colisión de deberes–, entonces el artículo 118.1.3.<sup>a</sup> CP se vuelve, al mismo tiempo, *infrainclusivo* y *sobreinclusivo*.

Es *infrainclusivo* porque existen supuestos de justificación por legítima defensa en los que no tiene ningún sentido decir que el perjudicado por la acción defensiva tiene deber de soportar el daño padecido. Piénsese, de nuevo, en el ejemplo de las gemelas: Ana golpea a Carmen porque cree, razonablemente, que Carmen se dispone inmediatamente a atacarla a ella y este es el medio menos lesivo que tiene a su alcance para impedir la agresión. De acuerdo con el paradigma jurídico-público de la justificación, en este caso existe legítima defensa *real*, no meramente putativa: Ana no ha hecho nada distinto de lo que el Derecho podía esperar de ella en esa situación; ha actuado correctamente. Sin embargo, Carmen no tiene ninguna responsabilidad por lo sucedido, pues ni iba realmente a agredir a Ana (ella solo

---

(184) Como señala COCA VILA, para explicar su renuncia a emplear argumentos relacionados con la responsabilidad civil *ex delicto* al fundamentar su preferencia por reconducir la colisión de deberes al artículo 20.7.º CP, en lugar del al 20.5.º, incluso en casos de colisión entre deberes del mismo rango, «los eventuales derechos y deberes de indemnización en el marco de situación de conflicto de deberes precisan de reglas propias, a desarrollar conforme a los principios generales de la responsabilidad civil extracontractual» (2016, núm. 450, p. 523). Cfr., no obstante, RODRÍGUEZ MOURULLO, 1996, pp. 239-240.

pasaba por allí) ni ha provocado responsablemente la apariencia razonable de agresión ilegítima, que se debe al simple hecho de que Carmen es la hermana gemela de Beatriz, y Beatriz acaba de atracar a Ana. ¿Por qué iba a tener que soportar sin indemnización alguna el daño padecido? Por supuesto, Carmen no tendrá una acción de responsabilidad civil *por culpa* contra Ana, porque Ana se ha comportado de forma perfectamente correcta. Pero sí debería tener una acción de responsabilidad civil *por sacrificio* contra ella(185) y, en el estado actual de la ley, para concedérsela solo puede aplicarse por analogía el artículo 118.1.3.<sup>a</sup> CP(186).

Por otra parte, el precepto resulta sobreinclusivo, en la medida en que remite en bloque al artículo 20.5.º CP, precepto que, de acuerdo con lo defendido en este trabajo, abarca tanto el estado de necesidad agresivo, como el estado de necesidad defensivo y la colisión de deberes. Que *nunca* exista un deber de tolerar daños causados en estado de necesidad agresivo –aunque se salven intereses personales existenciales a costa de intereses patrimoniales no existenciales– es algo que, como se ha visto, puede resultar discutible, y que podría, en esta medida, tener que redundar en una interpretación restrictiva del artículo 118.1.3.<sup>a</sup> CP. Pero para lo que, por las razones explicadas en este apartado, esta interpretación restrictiva se vuelve indispensable es para extraer de su ámbito de aplicación dos supuestos en los que existe un deber de soportar el daño: el estado de necesidad defensivo (siempre que sus presupuestos concurren en una valoración *ex post* o la

---

(185) En su sentencia sobre el caso *Ashley v Chief Constable of Sussex Police* [2008] UKHL 25, la *House of Lords* dejó abierta la cuestión sobre si esto debería ser así también en Derecho inglés, limitándose a aclarar que los errores *irrazonables* sobre la concurrencia de los presupuestos de la legítima defensa no eximen de responsabilidad civil *por culpa*, por mucho que sí excluyan (en dicho ordenamiento) toda posible responsabilidad penal. Sobre ello, vid., por todos, GOUDKAMP, 2013, pp. 204-206; PEEL y GOUDKAMP, 2014, nm. 26-031; LUNNEY, NOLAN y OLIPHANT, 2017, pp. 104-105; MCBRIDE y BAGSHAW, 2018, p. 67; y BUCKLEY, 2020, nm. 29-05.

(186) Así, BUSTO LAGO, 1998, p. 355. Como tanto el Prof. Castellví como uno de los evaluadores anónimos de esta revista inteligentemente me hicieron notar, este problema de infrainclusión solo existe *si* efectivamente se construye la legítima defensa desde el punto de vista del paradigma jurídico-público. De acuerdo con el paradigma interpersonal, estos no son casos de legítima defensa, sino de error invencible, en los que el autor responde civilmente *con base en el artículo 118.2 CP*. De hecho, ¡el artículo 118 CP es mucho más coherente con el paradigma interpersonal de la justificación que con el jurídico-público! Si no he mencionado este precepto entre los argumentos *de lege lata* a favor del primero de los modelos es porque, teniendo en cuenta las funciones radicalmente distintas que desempeñan uno y otro sector del ordenamiento, no me parece que pueda extraerse consecuencia alguna de un precepto *civil* para la construcción de las categorías de la teoría jurídica del delito. La *lex lata* que, según creo, nos vincula a estos efectos, es exclusivamente la penal.

aparición de su concurrencia sea imputable al propio perjudicado)(187) y la colisión de deberes(188).

No es este el lugar para discutir en profundidad cómo deberían resolverse estos problemas *de lege ferenda*, más allá de dejar constancia de que legislar *civilmente* con categorías *penales* resulta tan descabellado como tener una regulación penal de la responsabilidad civil separada (¡y diferente!) de la general. Se considere o no conveniente introducir en el Código Civil una cláusula general de responsabilidad civil por sacrificio como la sugerida unos párrafos atrás en este mismo apartado, lo máximo que debería decir al respecto el artículo 118 CP es que la responsabilidad civil *subsiste* en los casos de justificación penal, *salvo* que el perjudicado tenga un deber de soportar el daño causado(189).

Sea como fuere, la idea fundamental que espero haber transmitido en este apartado es que la teoría de los deberes de tolerancia desarrollada en el marco del paradigma interpersonal de la justificación jurídico-penal –aunque superflua para la rama del Derecho que tradicionalmente la ha albergado– resulta, sin embargo, de máxima utilidad para perfilar los contornos de la responsabilidad civil por sacrificio. Esto, en el fondo, no debería ser sorprendente, pues es el Derecho civil (y no el Derecho penal) el que se encarga de la resolu-

---

(187) Así, SILVA SÁNCHEZ, *InDret*, pp. 6-7. Cfr., no obstante, MARTÍNEZ CANTÓN, 2009, p. 719, que, sin embargo, defiende de forma algo confusa que en esta clase de casos el beneficiado por el sacrificio debería poder repercutir (parte de) la indemnización abonada al propio perjudicado, teniendo en cuenta su responsabilidad por el conflicto.

(188) Por último, en la medida en que se sostenga a la vez (i) que esta forma de responsabilidad requiere un sacrificio intencional (vid. núm. 164) y (ii) que también respecto de conductas no intencionales puede plantearse una justificación por estado de necesidad (no solo la atipicidad por riesgo permitido), habrá que extraer también del ámbito de aplicación del artículo 118.1.3.<sup>a</sup> CP este último grupo de supuestos. Piénsese, por ejemplo, en el caso del conductor de una ambulancia, que transporta a un paciente necesitado de atención médica urgente y trasgrede los límites reglamentarios de velocidad con el objetivo de llegar cuanto antes al hospital, provocando, como consecuencia, cuantiosos daños materiales en otro vehículo; supuesto que la doctrina penalista mayoritaria considera un «ejemplo de manual» de estado de necesidad justificante. Vid., por todos, JAKOBS, 1991, pp. 203, 365; JESCHECK y WEIGEND, 2002, p. 635; LUZÓN PEÑA, 2016, p. 412; y MIR PUIG, 2016, pp. 479-480.

(189) Y sería aún mejor, a mi juicio, que dijera algo como lo que establece el § 3.01(2) del *Model Penal Code* estadounidense: que «la justificación [penal] de una conducta de acuerdo con este artículo no obsta a los posibles remedios disponibles frente a dicha conducta cuando se ejercen acciones civiles». El estatus penal de la conducta en cuestión sencillamente no debería afectar a sus consecuencias civiles, que se rigen por una lógica completamente distinta; vid. AMERICAN LAW INSTITUTE, §§ 3.01 to 5.07, 1985, p. 7.

ción de los conflictos *interpersonales* entre individuos *particulares*. Al Derecho penal, como rama del Derecho público que es, solo le interesan las relaciones de los individuos con el Estado y sus normas; y la teoría jurídico penal de la justificación no ha de ser contemplada, en este sentido, como una excepción.

## V. IMPLICACIONES EN DOS CASOS «DE VIDA O MUERTE»

Unas páginas más atrás he declarado el «empate» entre ambos paradigmas de la justificación jurídico-penal en lo relativo a sus implicaciones prácticas (apartado III.2). El análisis se ceñía a los casos normales, porque creo que son estos –y no los dilemas «de vida o muerte»– los que resultan útiles para evaluar la viabilidad de las construcciones teóricas: *hard cases make bad law* (190). Los tribunales ingleses lo vieron perfectamente al enfrentarse al caso de las siamesas (191). Con un andamiaje teórico más sofisticado, que contemplase la colisión de deberes como una figura diferente del estado de necesidad agresivo y sujeta a distintos límites (en particular, en lo que se refiere a la lesión de intereses existenciales), la *Court of Appeal* habría podido salvar muy fácilmente la contradicción con el pesado precedente de la *Mignonette* (192). Pero, a falta de esta herramienta, el tribunal no vio problema alguno en afirmar una *excepción* a la regla general –prohibición de matar en estado de necesidad–, estrictamente ajustada a las peculiaridades del caso de Jodie y Mary. Y no vio problema porque, en efecto, no lo había: que existan casos especialísimos que no encajen en una teoría general y necesitan ser resueltos (motivadamente) conforme a reglas excepcionales dice muy poco de la *elegancia* de la teoría en cuestión, pero ni desbarata un sistema judicial ni es una tragedia para la seguridad jurídica.

Por eso he dejado este apartado para el final. Creo que hay algunos grupos de casos para los que el paradigma interpersonal de la justificación no puede dar *coherentemente* una respuesta satisfactoria. Se trata de casos que plantean dilemas existenciales extremos y que, por eso mismo, resultan (afortunadamente) raros. Como voy a tratar de demostrar, solo pueden resolverse adecuadamente contemplando verdaderas excepciones al paradigma interpersonal de la justificación o asu-

(190) HUSTER, 2021, *passim*, esp. pp. 84, 90, 92-95, 106-107, considera, de hecho, uno de los grupos de casos que se tratarán en el presente apartado (el triaje) un ejemplo paradigmático de la operatividad de esta máxima.

(191) *Re A (Children) (Conjoined Twins: Surgical Separation)* [2001] 2 WLR 480.

(192) *R v Dudley and Stephens* (1884) 14 QBD 273 DC.

miendo –como aquí se propone– el paradigma jurídico-público. Los escenarios bélicos con conscripción obligatoria proporcionan, quizás, el ejemplo más fácil(193): aquí es sencillo comprender cómo quiebra inmediatamente una prohibición absoluta de sacrificar vidas humanas en aras del interés general(194). Un General del Ejército sabe que, cuando manda cargar contra un objetivo a sus tropas, caerá buena parte de la infantería de vanguardia antes de tomarlo; por no hablar de los casos, aún más problemáticos (y actuales) en los que resulta necesario asumir la muerte de uno o varios civiles para impedir que muchos más perezcan a manos del enemigo(195). Y esto no es en absoluto una suerte de «tabú social»: es lo que se enseña en estrategia militar.

Para considerar justificadas estas muertes, los defensores del paradigma interpersonal no tienen más remedio que concebir la guerra como una suerte de «limbo jurídico» de ultrasolidaridad, en el que las autoridades militares se convierten en garantes de la vida de todos los ciudadanos (militares y civiles) –quedando así abierta la posibilidad de recurrir más ampliamente a la colisión de deberes justificante–, y en el que, en todo caso, los derechos individuales que se erigen como límites infranqueables a los deberes de tolerancia en escenarios normales se encuentran temporalmente *suspendidos*. El problema es que el ejemplo bélico es tan fácil que corre el riesgo de probar demasiado: ¿estamos dispuestos a asumir los partidarios del paradigma jurídico-público que *todo* lo que se considera justificado en tiempos de guerra cabe en nuestras reglas generales para tiempos de paz? ¿Podemos renunciar nosotros a concebir, a estos efectos, la guerra como un estado de excepción? ¿Qué hay, por ejemplo, del «macro-deber de

(193) Vid., en esta línea, MOLINA FERNÁNDEZ, «Estado de necesidad, colisión de deberes...», 2020, p. 882.

(194) El propio Jakobs se hace cargo de ello y admite este fenómeno como excepción a la inadmisibilidad del sacrificio de intereses existenciales en estado de necesidad agresivo. Vid. JAKOBS, 1991, pp. 419-420, donde añade, acertadamente a mi juicio, que «[e]l topos, al que a menudo se recurre, de que la vida es siempre un valor supremo no es acertado, como ponen de manifiesto estas excepciones, ya que además imposibilitaría toda ponderación de riesgos, e incluso el riesgo permitido». En la misma línea, PAWLIK, *JZ*, pp.1053-1054, considera esta clase de escenarios el ejemplo más claro de que, junto a la «dogmática de las situaciones normales» (*Dogmatik der Normallage*), ha de reconocerse una «dogmática de las situaciones-límite» (*Dogmatik der Grenzsituation*) en la que los deberes de solidaridad –y de autosacrificio– de los ciudadanos se intensifican ante las amenazas existenciales a la comunidad política en su conjunto.

(195) Piénsese, por ejemplo, en el caso (real) de los «cabreros afganos» relatado por SANDEL, 2011, pp. 35-38, y llevado a las pantallas en *Lone Survivor* (en español, *El único superviviente*); o en el dilema –seguramente frecuente– que plantea la película *Eye in the Sky* (en la traducción española, *Espías desde el cielo*).

sacrificio» que, a efectos de responsabilidad civil, parece existir en este mismo grupo de supuestos(196)?

Me faltan conocimientos de todo tipo para responder a estas preguntas, que pueden, sin embargo, quedar abiertas: lamentablemente, la Historia reciente nos ha proporcionado, en tiempos de paz, algunos ejemplos de los casos extremos a los que voy a prestar atención en este apartado; casos «de vida o muerte» que, como trataré de demostrar, solo pueden resolverse sensatamente acogiendo el paradigma jurídico-público de la justificación penal o admitiendo excepciones al interpersonal. El primero de ellos se planteó hace ya más de veinte años, cuando los terribles atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001 nos hicieron preguntarnos si estaría justificado derribar un avión secuestrado (matando a todo el pasaje y la tripulación) para evitar que impactara contra su objetivo, perdiendo entonces la vida no solo las personas a bordo del avión, sino también –como en efecto ocurrió aquel 11 de septiembre– muchas de las que se encontrasen en los edificios objeto del atentado. El segundo de los ejemplos es todavía dolorosamente reciente: hace apenas un par de años la pandemia por COVID-19 nos enfrentó de la manera más cruda posible a la necesidad de distribuir recursos sanitarios insuficientes. ¿Son lícitas, en este contexto, las prácticas de triaje? ¿Y con qué límites?

## 1. Derribo de aviones secuestrados

Un grupo de terroristas suicidas secuestra un avión a bordo del que viajan, entre la parte inocente del pasaje y la tripulación, unas cien personas. Su objetivo es estrellarlo en horario de trabajo contra un altísimo edificio de oficinas situado en el centro de una ciudad, donde trabajan más de mil personas. ¿Se puede derribar el avión antes del impacto para salvar la vida de las personas que se encuentran en el edificio?

Como ha observado con acierto Sánchez Dafauce, la práctica totalidad de la doctrina que ha discutido este problema lo ha tratado en sede de justificación, sin reparar –siquiera para descartarla– en la posibilidad de que se trate, más bien, de un caso de riesgo permitido(197). Y es que, para poder afirmar que la conducta consistente en

---

(196) Aunque cfr. PAWLIK, *JZ*, p. 1055.

(197) SÁNCHEZ DAFAUCE, *InDret*, pp. 3-4; EL MISMO, 2016, pp. 380-383; una solución que, sin embargo, el autor también termina, a mi juicio, por descartar demasiado apresuradamente. Cfr., sin embargo, recientemente, CANTARD, *Derecho Penal y Criminología*, pp. 117, 118-121, 152-153, 161.



derribar el avión secuestrado «mata» a sus ocupantes, en el sentido penalmente relevante, ha de poder sostenerse que supone, con la información disponible *ex ante*, una alteración en sentido desfavorable de sus expectativas de supervivencia(198). Ciertamente, cualquier perspectiva de supervivencia, por breve o precaria que sea, merece en principio la protección del Derecho penal: es homicidio matar a una persona condenada a muerte, es homicidio matar a una persona terminalmente enferma y fue un homicidio (justificado) separar a las siamesas matando a Mary. Pero este no es un principio que pueda afirmarse sin límite alguno. Así, por ejemplo, la doctrina niega de forma prácticamente unánime la existencia de una conducta típica en el clásico ejemplo de Samson del guardagujas que desvía un tren de una vía a otra, estando ambas visiblemente bloqueadas por el desprendimiento de una montaña, de manera que la locomotora corre en todo caso el riesgo de estrellarse en el mismo momento contra las rocas(199). ¿Y estaría alguien dispuesto a afirmar que es un homicidio disparar a la cabeza de una persona, a la que un tercero ha empujado desde la octava planta de un edificio, un segundo antes de que se estrelle contra el suelo?

Olvidemos por un momento que el avión secuestrado va a estrellarse contra un edificio lleno de gente. Supongamos que –como en el también tristemente famoso caso del vuelo 9525 de Germanwings– es uno de los pilotos de la aeronave el que la ha «secuestrado» y pretende estrellarla contra una montaña para suicidarse. Si *justo antes del impacto* un tercero derriba el avión con un misil, creo que podríamos estar de acuerdo en que el caso se parece demasiado al ejemplo de Samson como para afirmar que aquel estaría cometiendo un homicidio (o un asesinato)(200). ¿Es tan distinto el caso del avión que va a estrellarse contra el edificio de oficinas? Lo cierto es que es distinto en un aspecto muy relevante: el caso del avión que se va a estrellar contra la montaña solo se parece al de Samson si el derribo se produce *justo antes* del impacto, cuando el piloto ya no tiene margen de maniobra alguno para evitar el choque. Solo en ese momento puede afirmarse de los pasajeros lo mismo que en el caso de Samson: que van a morir con una probabilidad rayana en la certeza, en el mismo momento

---

(198) Sobre este grupo de casos, vid., en detalle, PANTALEÓN DÍAZ, 2022, capítulo 2, apartado IV.3.a (desde la núm. 214), con ulteriores referencias.

(199) SAMSON, 2003, p. 97.

(200) Por eso considero demasiado restrictiva la tesis de CANTARD, *Derecho Penal y Criminología*, pp. 120-121, 152-153, 161, de acuerdo con la que solo podría afirmarse la atipicidad en casos en los que quien derriba el avión produce la muerte de los pasajeros en el mismo momento en que habrían fallecido de haberse estrellado contra el objetivo o en uno posterior (nunca, siquiera mínimamente, *anterior*).

(o con una diferencia temporal irrelevante), sea o no derribado el avión. En cambio, en el caso que nos ocupa *no se puede esperar tanto*: diferir el derribo al momento en que el avión está tan cerca del objetivo que el piloto no tiene ningún margen para alterar la trayectoria puede conducir a un número de muertes muy similar a las que se producirían si se dejase al avión estrellarse. Derribar el avión en estas condiciones sería probablemente atípico, pero estas no son las condiciones que nos interesan.

Lo que hay que dilucidar aquí –y por eso la doctrina mayoritaria hace bien, según creo, en discutir el caso en sede de justificación– es si está permitido matar a los ocupantes del avión para salvar la vida de los del edificio, en un escenario en el que todavía existe una posibilidad (mínima) de que los terroristas cambien de idea y decidan desviarse, dejando aterrizar el avión en un lugar seguro. Las opciones son dejar que las cosas sigan su curso, en cuyo caso, con una altísima probabilidad (pero no completa seguridad), morirán ambos grupos de personas; o derribar el avión, matando a sus ocupantes, dejando a los de la torre fuera de peligro. ¿Está la segunda justificada?

Lo primero que ha de quedar claro para responder a esta pregunta es que el escenario que aquí se ha dibujado, en lo que respecta a las *vidas* de la tripulación y de la parte inocente del pasaje, es uno de estado de necesidad *agresivo*. Es evidente que no puede reaccionarse en legítima defensa contra estas personas, pues no están llevando a cabo agresión ilegítima alguna; más bien son tan víctimas de la agresión ilegítima que están perpetrando *los terroristas* como los ocupantes de la torre. Igual de evidente resulta que sí podría reaccionarse en legítima defensa contra los autores del atentado, llegando incluso a matarlos, si esto fuera necesario para repeler el ataque; pero esto sencillamente no puede hacerse sin matar también al resto del pasaje, de modo que estas últimas muertes necesitan (en su caso) una cobertura diferente(201). Contra lo que han propuesto algunos autores(202), tampoco hay aquí un estado de necesidad defensivo(203). Finalmente,

---

(201) Así, PAWLIK, *JZ*, p. 1045; HIRSCH, 2008, pp. 1012; y ROXIN y GRECO, 2020, p. 1155.

(202) Vid., p. ej., HIRSCH, 2008, pp. 1012, 1017-1023.

(203) Vid. PAWLIK, *JZ*, p. 1049; HÖRNLE, *New Crim. Law. Rev.*, pp. 588-589; LA MISMA, *Crim. Law and Philos.*, p. 121; LA MISMA, *InDret*, pp. núm. 57 (p. 16); LADIGES, *ZIS*, p. 132; JAKOBS, 2010, núm. 1 (pp. 207-208); EL MISMO, *Derecho Penal y Criminología*, p. 26; ROBLES PLANAS, 2010, pp. 449, 459-460; SÁNCHEZ DAFUAUCE, *InDret*, p. 11; WILENMANN, *InDret*, 2016, pp. 35-36; EL MISMO, 2017, pp. 659-660; MOLINA FERNÁNDEZ, «Estado de necesidad, colisión de deberes...», 2020, p. 875; y CANTARD, *Derecho Penal y Criminología*, pp. 132-134. Esta causa de justificación podría cubrir, a lo sumo, la destrucción de aeronave en perjuicio de su propietario

no existe una colisión de deberes: para quien derriba la aeronave (una persona ajena a las involucradas en el conflicto) dejar que las cosas sigan su curso es una conducta perfectamente lícita(204).

Queda, pues, el estado de necesidad agresivo. ¿Puede admitirse como causa de justificación en este caso? La respuesta del paradigma jurídico-público es sencilla: si se han agotado todas las vías alternati-

---

(así, aparentemente, HÖRNLE, *New Crim. Law. Rev.*, pp. 586-589). Pero incluso esto es dudoso, pues en este caso el artefacto solo es indirectamente la fuente de la que emana el peligro: solo es peligroso porque lo han secuestrado los terroristas, alterando su trayectoria. Parece que aquí puede traerse a colación la observación de JAKOBS de que «[1]a conexión meramente externa con una esfera de dominio, sin responsabilidad, no fundamenta estado de necesidad defensivo alguno. Ejemplo: Si unos adultos penetran en una finca urbana ajena totalmente en calma, y desde allí lanzan cohetes peligrosos, no hay situación de estado de necesidad defensivo contra el propietario, aun cuando éste fuera capaz de impedir la actuación de esas personas» (1991, p. 432). Vid., en el mismo sentido, EL MISMO, 2020, pp. 183-184; PAWLK, *Derecho Penal y Criminología*, pp. 25-26; y, aparentemente, WILENMANN, 2017, pp. 523-524.

(204) El deber general de socorro de los ocupantes del edificio solo existe cuando se los puede auxiliar «sin riesgo propio *ni de terceros*», cosa que aquí evidentemente no sucede. Afirmar la existencia de una colisión de deberes en esta clase de casos pasaría por considerar al Estado obligado –a diferencia de cualquier tercero– a salvar la vida de los ocupantes del edificio. Y para que este deber no tuviera que ceder en todo caso ante la prohibición –a la que el Estado está sometido, como cualquier tercero– de matar a los pasajeros del avión, tendría que tratarse de un auténtico deber *de garante*; lo que nos remite a la clásica (y problemática) discusión sobre si los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado son, en virtud de su simple nombramiento como tales, garantes de protección de los bienes jurídicos de todos los ciudadanos (sobre ello, vid., por todos, PEÑARANDA RAMOS, 2020, nm. 1516). De afirmarse, como hacen DOMÉNECH PASCUAL, *Revista de Administración Pública*, pp. 413-414; y HÖRNLE, *New Crim. Law. Rev.*, pp. 600-611; LA MISMA, *Crim. Law and Philos.*, pp. 124-128; LA MISMA, *Indret*, pp. 12-13, 19, 21, este deber de garante nos encontraríamos, efectivamente, ante una colisión de deberes, ante la que habría que dirimir si los deberes en liza son equivalentes, de manera que la autoridad en cuestión puede elegir libremente entre derribar el avión o no; o si, por el contrario, prima el deber de salvar a los ocupantes del edificio, en la medida en que no derribar el avión derivará, a la postre, en el incumplimiento de ambos deberes (pues perecerán todos los implicados); una cuestión que Doménech Pascual resuelve inequívocamente en el segundo de los sentidos, pero a la que Hörnle dista de dar una respuesta clara. Visto desde esta perspectiva –problemática, repito, en cuanto implica considerar al Estado garante de la vida de los ciudadanos–, el caso es idéntico al de la separación de las siamesas Jodie y Mary (vid. epígrafe I del apartado II, texto que sigue a la núm. 58) y al del triaje *ex ante* respecto de pacientes con oportunidades de supervivencia diferentes, que analizaré en el siguiente apartado del trabajo (texto a partir de la núm. 220); supuestos ambos en los que, como se ha visto y se verá en su momento en los lugares oportunos, considero inadmisibles las soluciones de la obligación alternativa: tendría que existir un verdadero *deber* del Estado *de derribar* el avión, no un simple derecho a hacerlo. Rechazan la existencia de una verdadera colisión de deberes en este grupo de casos LADIGES, *ZIS*, p. 132, y, aunque por razones distintas a la que acaba de desarrollarse, WILENMANN, 2017, pp. 661-663; y ROXIN y GRECO, 2020, p. 1156.

vas para resolver el conflicto (por ejemplo, negociando con los terroristas para que desistan) y se ha esperado lo suficiente para poder afirmar que, con un alto grado de probabilidad, el avión se estrellará contra el edificio si no se hace nada(205), sí. Es lícito matar a la tripulación y la parte inocente del pasaje en estado de necesidad agresivo si con ello se evita la muerte *adicional* de los ocupantes del edificio: si es probable que cien personas vayan a morir en todo caso, entre matar a esas cien y dejarlas morir a ellas *junto con mil más*, lo primero es claramente el mal menor(206). Y, de nuevo, esto no implica que los pasajeros del avión tengan un «deber de soportar su propia muerte»: aquí se dan todos los elementos necesarios para que los perjudicados por su fallecimiento puedan exigir una *indemnización* a los ocupantes de la torre, en tanto beneficiados por el sacrificio(207). No tendrán, en cambio, derecho a ser indemnizados los perjudicados por la muerte de los terroristas (legítima defensa)(208).

Si se aplica coherentemente a este caso el paradigma interpersonal de la justificación, la única solución posible pasa, a mi juicio, por hacer responder penalmente a quien derriba el avión por tantos homicidios (o asesinatos) como personas no implicadas en el atentado hubiera a bordo. La justificación es una salida inviable desde el

---

(205) Lo matizan correctamente HÖRNLE, *New Crim. Law. Rev.*, pp. 609-610; LA MISMA, *Crim. Law and Philos.*, p. 126; LA MISMA, *InDret*, p. 5 (con núm. 4); y SÁNCHEZ DAFUACE, 2016, pp. 408-409.

(206) Así, LADIGES, *ZIS*, pp. 137-138, 140; MARTÍNEZ CANTÓN, 2009, p. 600; LA MISMA, 2010, *passim*, esp. pp. 443-444; SÁNCHEZ DAFUACE, *InDret*, pp. 7-8, 11-13; EL MISMO, 2016, pp. 393-403, 414-423, 449-451, 459-461 (que salva la supuesta imponderabilidad cuantitativa de vidas humanas recurriendo a un «principio de evitación por parte del Estado de masacres y catástrofes masivas»); y CANTARD, *Derecho Penal y Criminología*, pp. 148-150.

(207) Si esta responsabilidad no se afirma, no será por la existencia de un deber de tolerancia sino, en su caso, por otras razones. Los ocupantes del edificio podrían eludirla, por ejemplo, rechazando la imputación del daño al sacrificio, argumentando que, con una probabilidad rayana en la certeza, los pasajeros del avión y su tripulación habrían fallecido igualmente, aunque no se hubiera derribado el artefacto. De esta forma, cualquier indemnización que se les concediera a los perjudicados por su muerte los estaría «enriqueciendo injustificadamente». Este argumento funciona *–mutatis mutandis*, y con algunas restricciones– en el ámbito de la responsabilidad civil por culpa (vid. PANTALEÓN DÍAZ, 2022, capítulo 4, apartado IV.3), pero aplicarlo a la responsabilidad civil por sacrificio parece mucho más cuestionable: ¿o vamos a dejar al demandado que se ampare en un escenario hipotético –aquel en el que el sacrificio no se hubiera producido– en el que el daño (¡mayor!) lo habría padecido él mismo y no habría podido reclamar su indemnización a nadie más que a quien, en su caso, se lo hubiera producido por culpa? ¿Tiene derecho a lo mejor de los dos mundos?

(208) En cuanto al propietario de la aeronave (posible estado de necesidad defensivo), vid. núm. 202.

momento en que, para estos autores, implica un deber de estas personas de tolerar su propia muerte: cada una de ellas tiene *derecho* al tiempo de vida que les queda hasta la colisión y –sobre todo– a la expectativa, por mínima que sea, de que los terroristas se arrepientan y cambien de rumbo. Como derechos existenciales que son, *ninguna necesidad ajena*, por inmensa que sea, puede hacerlos ceder; no importa que en el edificio amenazado haya mil, cien mil o cien millones de personas(209). Y como no hay manera (liberal-individualista) de fundamentar *ante los pasajeros* un deber de tolerar su propia muerte, esta no puede considerarse justificada(210). Por otro lado, en la medida en que a quien derriba el avión no le una ningún vínculo personal con los ocupantes del edificio(211), tampoco procederá apreciar un estado de necesidad exculpante como el reconocido en el § 35 StGB.

La mejor prueba de que esta es una solución insatisfactoria es que no hay prácticamente ningún partidario del paradigma interpersonal de la justificación que se resigne a asumirla. Casi nadie está dispuesto a castigar a quien derriba el avión secuestrado(212), pero, para evi-

---

(209) Como señala JAKOBS en relación con todos los casos de esta especie «[p]ara la víctima, esta situación significa que de todos modos para sus bienes está próximo el fin; el que ello le ocurra solo o con otros [...] es irrelevante en tanto que no se le pueda imputar la situación de conflicto: en todo caso falta la obligación de soportar» (1991, p. 420). Vid., en sentido similar, PAWLIK, JZ, pp. 1048, 1049-1050, 1055; y ROXIN y GRECO, 2020, p. 1157.

(210) Esta es, precisamente la razón (sustantiva) por la que el Tribunal Constitucional alemán declaró inconstitucional el § 14.3 de la *Luftverkehrsgesetz*, que permitía el derribo de aviones por orden del Ministro de Defensa en estas circunstancias, siempre que la medida implicara el sacrificio de vidas humanas inocentes (no, en cambio, en caso de artefactos no pilotados u ocupados únicamente por los agresores); vid. sentencia de 15 de febrero de 2006 (1 BvR 357/05), pars. 118-154. Aunque el Tribunal se cuidó de dejar expresamente abierta la solución *penal* que debería corresponder a este grupo de casos –dejando así expedita la vía a la exculpación suprallegal (vid. núm. 214 y el texto al que acompaña)–, declaró el precepto en cuestión contrario a los derechos a la vida y la dignidad de los pasajeros no involucrados en el ataque, en la medida en que el derribo «ignora el estatus de las personas afectadas en tanto sujetos dotados de dignidad y derechos inalienables. Cuando se los mata para salvar a otros, se los trata como objetos y, al mismo tiempo, se les priva de sus derechos; cuando el Estado dispone unilateralmente de sus vidas, se niega a las personas a bordo del avión –que, como víctimas que son, están ellas mismas necesitadas de protección– el valor que corresponde a un ser humano por el simple hecho de serlo» (ibíd. par. 124).

(211) Y, teniendo en cuenta los medios materiales necesarios para llevar a cabo una operación así, cabe esperar que así sea en la mayoría de los casos.

(212) CANO PAÑOS, 2011, *passim*, esp. pp. 933-934, podría ser una excepción, aunque no deja del todo claro si, a su juicio, cabría una exculpación suprallegal de quienes llevan a cabo el derribo. Esta última solución parece, en todo caso, difícilmente

tarlo, estos autores se ven obligados a realizar propuestas como mínimo originales –como que nadie pueda subirse a un avión sin firmar antes un «consentimiento informado» a que este sea derribado en caso de secuestro(213)– o a reconocer excepciones más o menos explícitas a los principios fundamentales en los que se basa su teoría: desde una justificación que *únicamente en este grupo de casos* no va unida a deberes de tolerancia(214), a la afirmación (mayoritaria en Alemania) de que lo que aquí concurre es un estado de necesidad *exculpante supralegal*(215), pasando por la necesidad de recurrir a una suerte de «Derecho de excepción» para resolver esta clase de casos(216). La solución anglosajona sería, probablemente, menos sistemática pero más honesta: nadie iniciaría un proceso penal contra quien derribara el avión y, en el raro caso de que se iniciara, ningún juez se atrevería a condenarlo sin recomendar a la vez un indulto. En la práctica, los resultados son, de nuevo, los mismos que se alcanzan de la mano del paradigma jurídico-público de la justificación. La dife-

---

compatible con su calificación del § 14.3 de la *Luftsicherheitsgesetz* como una forma de «pretender hacer frente al terrorismo con métodos terroristas o con medidas que pongan en entredicho el propio Estado social y democrático de Derecho» (ibíd. p. 934).

(213) GÓMEZ-BENÍTEZ, 2008, pp. 971-972. Por lo demás, ¿tendría esta cláusula el efecto de una renuncia *erga omnes*? Y, sobre todo, ¿sería válida (art. 1255 CC)? Lo niegan, p. ej., PAWLIK, *JZ*, p. 1050; DOMÉNECH PASCUAL, *Revista de Administración Pública*, p. 403; y ROXIN y GRECO, 2020, p. 1155.

(214) Vid. ROBLES PLANAS, 2010, pp. 464-470. En el mismo, 2011, pp. 118 (con núm. 20) 126-127, el autor parece, sin embargo, dar un carácter más general a esta doctrina, reconociendo una exclusión del injusto penal no vinculada a deberes de tolerancia en todos los supuestos de «inexigibilidad».

(215) Así, p. ej., PAWLIK, *JZ*, pp. 1051, 1055; HÖRNLE, *New Crim. Law. Rev.*, pp. 599-600, 611-612; LA MISMA, *Crim. Law and Philos.*, núm. 7, p. 114; y ROXIN y GRECO, 2020, pp. 1158-1159; una solución que HÖRNLE, *InDret*, pp. 22-24, a diferencia de los anteriores, se muestra partidaria incluso de extender más allá de supuestos de comunidad de peligro como este. Critican esta solución, con buenos argumentos, JAKOBS, 2010, *passim*, esp. pp. 215-216; EL MISMO, *Derecho Penal y Criminología*, p. 27; SÁNCHEZ DAFAUCE, *InDret*, pp. 28-31; EL MISMO, 2016, pp. 502-505, 528-548; MOLINA FERNÁNDEZ, «Estado de necesidad, colisión de deberes...», 2020, pp. 876-877; y CANTARD, *Derecho Penal y Criminología*, pp. 138-141.

(216) Vid., en este sentido, JAKOBS, 2010, pp. 216-218, 220; EL MISMO, *Derecho Penal y Criminología*, pp. 23-24; PAWLIK, 2012, pp. 252-254, con núm. 584 (aunque cfr. EL MISMO, *JZ*, pp. 1051-1055, donde el autor se muestra más escéptico respecto de la posibilidad de admitir una justificación en este grupo de casos, incluso recurriendo a los principios de la «dogmática de las situaciones-límite»); y WILENMANN, *InDret*, 2016, pp. 38-46; EL MISMO, 2017, pp. 663-671. Se muestran, no obstante, críticos al respecto, CANTARD, *Derecho Penal y Criminología*, pp. 125-127; y, en relación con un grupo de casos diferente pero relacionado, GRECO, *InDret*, pp. 10-13, 21-22.

rencia es que, por esta última vía, se alcanzan de forma mucho más sencilla.

## 2. Triage sanitario

A mi juicio, la distribución de recursos sanitarios insuficientes entre pacientes en peligro de muerte da lugar, hasta cierto punto, a una situación similar. Conviene, sin embargo, distinguir, siguiendo a Coca Vila –el autor que más y mejor se ha ocupado de este tema en nuestra doctrina(217)– tres escenarios fácticos posibles: triaje *ex ante*, triaje *ex post* y triaje *ex ante* preventivo. El triaje *ex ante* plantea un problema de distribución de recursos escasos no asignados *prima facie*. Así, por ejemplo,

«un médico obligado por dos deberes (de garante) frente a dos pacientes que peligran de morir en caso de no ser tratados de inmediato, dispone de un único respirador. El tratamiento con el respirador aparece como médicamente indicado en ambos casos y cualquiera de los dos pacientes sobreviviría –con una probabilidad rayana en la certeza– en caso de ser tratado con el respirador. El paciente no tratado de forma inmediata con el respirador morirá con total seguridad»(218).

La pregunta es: ¿puede el médico elegir libremente a quién trata con el respirador o tiene el deber de asignárselo al paciente con mayores oportunidades de supervivencia, so pena de incurrir en un delito de homicidio?

Por el contrario, en el triaje *ex post*, los recursos sanitarios escasos en cuestión se encuentran ya *prima facie* asignados: hay un paciente que ya está siendo tratado con ellos y otro, con un pronóstico más favorable, que los necesita. Supongamos, por ejemplo, que

«un médico [...], para salvar a un paciente que acaba de ser ingresado con una alta perspectiva de éxito, debe interrumpir necesariamente el tratamiento ya iniciado en favor de un paciente que presenta una menor perspectiva de éxito, asumiendo que con ello lo condena a una muerte segura»(219).

¿Puede hacerlo lícitamente?

Finalmente, el triaje *ex ante* preventivo se encuentra a caballo entre ambas situaciones: el recurso sanitario escaso a distribuir no está

(217) Vid. COCA VILA, *InDret*, 2021; EL MISMO, *Revista Penal*, 2022.

(218) COCA VILA, *InDret*, 2021, p. 173.

(219) COCA VILA, *InDret*, 2021, p. 177.

definitivamente asignado a ningún paciente, pero hay uno que, por razones temporales, parece tener, por así decirlo, un «mejor derecho» a recibir el tratamiento. Se trata, por ejemplo, del caso en que

«un médico, consciente de que únicamente queda una cama libre en la UCI, niega el ingreso a un paciente con escasas perspectivas de éxito, aun cuando ello resulta médicamente indicado. Con ello pretende dejar libre la cama a fin de poder ingresar en las próximas horas a un –altamente previsible– paciente con un pronóstico más favorable»(220).

¿Está justificada esta conducta?

A mi juicio, solo los casos de este último grupo merecen, en rigor, un lugar en este apartado del trabajo; y no porque no sean los tres –que lo son– casos extremos «de vida o muerte» cuya resolución resulta problemática para cualquier teoría de la justificación penal, sino porque, a diferencia de lo que sucede en los escenarios de triaje *ex ante* preventivo, en los de triaje *ex ante* y triaje *ex post* tanto el paradigma interpersonal como el jurídico público pueden conducir, sin inconsistencia alguna, a las mismas (sensatas) soluciones.

Por un lado, el triaje *ex ante* es un caso clarísimo de colisión de deberes(221): el médico se encuentra en posición de garante respecto de la vida de ambos pacientes, pero no cuenta con los recursos suficientes para poder salvarlos a los dos. Ambos paradigmas de la justificación le ofrecen, como no podría ser de otra manera, una salida lícita: solo está obligado a salvar a uno de los pacientes. Y, como vimos, tampoco debería haber discusión en cuanto a que, una vez determinado el deber que vincula al autor, los perjudicados por la muerte del paciente sacrificado tendrán un deber de soportar este daño (no podrán reclamar una indemnización al paciente finalmente salvado)(222).

La pregunta que a continuación se plantea es: ¿son estos deberes del mismo rango, de manera que el médico puede escoger libremente a cuál de los pacientes salva, o es de mayor rango el deber de salvar (en su caso) al paciente con mejor pronóstico de recuperación? Coca Vila y yo misma hemos manifestado opiniones contrarias al respecto(223), pero, hasta donde alcanzo, ninguna de las dos es una consecuencia necesaria de los paradigmas de la justificación penal que respectiva-

(220) COCA VILA, *InDret*, 2021, p. 181.

(221) Así, COCA VILA, *InDret*, 2021, p. 173; ENGLÄNDER, 2021, p. 118; y HÖRNLE, 2021, p. 156. Que esta pueda reconducirse al estado de necesidad agresivo (paradigma jurídico-público) o no (paradigma interpersonal) es, a los efectos que ahora interesan, lo de menos.

(222) Vid. texto que acompaña a las nn. 168-175.

(223) Vid. PANTALEÓN DÍAZ, *AdD*; LA MISMA, 2021, p. 709.



mente defendemos. Nuestra discrepancia reside en las implicaciones que, para este grupo de casos, tiene –en caso de que exista– el llamado «principio de imponderabilidad de la vida humana». Para Coca Vila, tiene una muy llamativa: la prohibición de jerarquizar los deberes de salvamento en función de las diferentes expectativas de supervivencia de los pacientes(224). De acuerdo con el autor, como «[n]i existen vidas mejor o menor logradas, ni la vida de quien tiene una menor esperanza de vida tiene una importancia menor que cualquier otra a ojos del ordenamiento jurídico»(225), el médico se encuentra ante una colisión de deberes de idéntico rango, por lo que actúa lícitamente si –por las razones que sean– decide intubar al paciente con el pronóstico más desfavorable, dejando morir al que tenía mayor probabilidad de supervivencia(226). Cualquier otra solución sería, siempre según Coca Vila, «contraria a principios constitucionales como el de igualdad (art. 14 CE) o el de la dignidad humana (art. 10 CE)»(227).

---

(224) COCA VILA, *InDret*, 2021, pp. 184-188. En el mismo sentido, FATEH-MOGHADAM y GUTTMANN, 2021, pp. 304-305, 311-312, 315-319. AUSGBERG, 2021, *passim*, esp. pp. 10-25 extrae de este principio una todavía más sorprendente, amén de recientemente refutada por la sentencia del Tribunal Constitucional alemán sobre este asunto (1 BvR 1541/20, vid. núm. 233): la inconstitucionalidad de cualquier potencial regulación legal de los criterios («positivos») conforme a los que tomar estas decisiones, sin perjuicio de la posibilidad del legislador de establecer criterios «negativos»: prohibiciones de adoptarlas con base en criterios discriminatorios (AUSGBERG, 2021, pp. 22-23). En su opinión, lo serían factores como la edad o la esperanza de vida a largo plazo, pero no necesariamente las oportunidades de supervivencia actuales y a corto plazo (ibíd. p. 25).

(225) COCA VILA, *InDret*, 2021, p. 184.

(226) Así, también FATEH-MOGHADAM y GUTTMANN, 2021, pp. 325-328; y ENGLÄNDER, 2021, pp. 122-139, 147-148, que sin embargo considera recomendable *de lege ferenda* la introducción de una obligación legal de los médicos de tomar al azar esta clase de decisiones (ibíd. pp. 139-147, 148); HÖRNLE, 2021, pp. 166-167, 175-180, 183-184, 185; y HOVEN, 2021, pp. 366-370. Todos ellos proponen recurrir a mecanismos sancionadores distintos del castigo por homicidio como respuesta a posibles decisiones discriminatorias de los médicos en este ámbito una solución similar parece sostener HILGENDORF, *ELDP*, pp. 24-25, que, sin embargo, afirma que deberían calificarse como antijurídicas aquellas decisiones de triaje *ex ante* «que de forma evidente ya no resulten defendibles» (p. 25). Aparentemente, de acuerdo con el autor, el médico podría elegir lícitamente a cuál de los pacientes necesitados salvar, conforme a *cualesquiera* criterios de decisión, *salvo* que estos fueran inaceptables por discriminatorios (racistas, sexistas, etc.), en cuyo caso –a diferencia de lo que sostienen Coca Vila y los autores citados al principio de esta nota– sí podría ser castigado por homicidio.

(227) COCA VILA, *InDret*, 2021, p. 187. Si se tiene en cuenta lo señalado por CUERDA RIEZU, 1984, pp. 242-244, respecto de otros grupos de casos, puede aventurarse que esta solución tampoco le resultaría antipática.

Personalmente, soy incapaz de aceptar esta conclusión. Puede, ciertamente, que de los principios constitucionales de igualdad y de dignidad humana se derive, en algún sentido, un mandato de imponderabilidad de la vida. Seguramente sea contrario a la dignidad de las personas considerar que unas vidas «pesan» más que otras en función de factores como el sexo, la etnia o las capacidades físicas y psíquicas(228). Pero de lo que no me cabe ninguna duda es que no vulnera principio constitucional alguno distribuir los recursos sanitarios escasos en función de las expectativas de supervivencia (actuales y a corto plazo) de cada cual(229), obligando al médico –en el caso que aquí nos ocupa– a salvar al paciente con un pronóstico más favorable, so pena de cometer, por omisión, un homicidio antijurídico.

Creo, es más, que en esto podría estar de acuerdo sin problema alguno cualquier partidario del paradigma interpersonal de la justificación. Y es que resulta perfectamente posible (aunque innecesario *a los efectos penales*) fundamentar ante el paciente con un pronóstico más desfavorable su deber de tolerar su propia muerte sin salirse del ápice del marco del individualismo liberal. Basta con hacerle ver que *también él*, como individuo racional que es, habría optado por este modo de resolución del conflicto si se le hubiera consultado al respecto bajo el «velo de la ignorancia»(230). Y lo habría hecho en defensa de *sus* propios intereses individuales, porque se trata del criterio de decisión que maximiza las oportunidades de supervivencia de cada uno(231): salvar siempre al paciente con mejor pronóstico garan-

---

(228) Así, HILGENDORF, *ELDP*, p. 24; POSCHER, 2021, p. 74; BIRNBACHER, 2021, pp. 205-210; y, aparentemente, HUSTER, 2021, pp. 102-103. El caso de un criterio tan «ubicuo» como la edad me parece, sin embargo, mucho más discutible: ante pacientes con idénticas expectativas de supervivencia, no creo que sea más justo el azar que elegir sistemáticamente al más joven. Cuando se dice que esto supondría una (inadmisibles) discriminación de las personas de edad avanzada parece olvidarse que –a diferencia de lo que sucede con otros factores como el sexo biológico o la etnia– todas las personas de edad avanzada fueron jóvenes alguna vez y pudieron beneficiarse de este criterio frente a sus mayores. Vid., en este sentido, HOVEN, 2021, pp. 346-347.

(229) Vid., en este sentido, BIRNBACHER, 2021, pp. 201-210; y POSCHER, 2021, pp. 62-63, 73-74. También, aunque en relación con el derribo de aviones, CANTARD, *Derecho Penal y Criminología*, p. 151. Cfr., no obstante, la crítica de LÜBBE, 2021, *passim*.

(230) RAWLS, 1999, pp. 118-123.

(231) Cfr., no obstante, ZIMMERMANN, 2021, pp. 238-240, que argumenta que una sociedad de individuos racionales situados en la «posición original» rawlsiana no se decidiría por este criterio (el maximizador de sus expectativas de supervivencia), sino –de acuerdo con el también rawlsiano principio del «maxi-min»– por el que permitiera optimizar la posición más precaria posible en el conflicto sin resultar inasumible desde el punto de vista de la posición más beneficiosa: el azar (ibíd. pp. 249-254). Como el propio autor admite, esta postura parte de una construcción –posible, pero no

tiza, en términos agregados, la minimización de los supuestos en los que, pese a los esfuerzos empleados en el tratamiento(232), terminan falleciendo todos los necesitados(233).

---

exenta de polémica (vid., p. ej., HOVEN, 2021, pp. 353-354)– de los individuos racionales situados bajo el velo de la ignorancia como sujetos *aversos al riesgo* (ZIMMERMANN, 2021, pp. 226-227). Se comparta esta o no, lo cierto es que lo que esta línea de argumentación no permite en ningún caso es llegar a la conclusión de que el médico debería poder elegir libremente a quién salva o a quién deja morir, incluso con base en criterios discriminatorios; así, el propio ZIMMERMANN, 2021, p. 237.

(232) A juicio de LÜBBE, 2021, pp. 260-266, esta es una precisión muy importante, que impide sostener que el criterio de las perspectivas de éxito conduzca siempre a la salvación del mayor número de vidas (entre personas sometidas a tratamiento y no tratadas) y, por tanto, fundamentar dicho criterio desde una perspectiva agregacionista; perspectiva que, por lo demás, la autora considera de por sí criticable. Ciertamente, si solo existe un respirador disponible para tratar a cuatro pacientes, de los que uno tiene unas expectativas de supervivencia del 70% en caso de ser tratado, los otros tres solo un 50% y todos morirán con certeza si no reciben tratamiento, la opción que maximiza el número de vidas salvadas depende *del tiempo* que cada paciente necesite el respirador (sea porque sale de peligro o porque fallece en el intento). Si en el mismo tiempo en el que se salva al paciente con el 70% de perspectivas de éxito puede tratarse, con el mismo respirador, a los otros tres pacientes, de manera que solo uno de ellos sobrevive, las dos opciones son equivalentes en términos agregados: solo se ha conseguido salvar a uno de los cuatro pacientes necesitados. Lo que el criterio de las perspectivas de éxito maximiza es, en rigor, la tasa de supervivencia de los pacientes *que reciben tratamiento*: en el ejemplo, con la primera alternativa se salva al 100% de los pacientes tratados; con la segunda, solo a un tercio. Esto es, hasta donde alcanzo, rigurosamente cierto, pero no invalida la argumentación defendida en el texto, solo obliga a matizarla: el criterio de las perspectivas de éxito únicamente ha de dirimir el conflicto *en condiciones de igualdad de los recursos necesarios* para el salvamento de cada paciente. Un paciente que necesita más tiempo el respirador necesita más recursos para ser salvado, por lo que *–precisamente* porque el argumento se fundamenta en una perspectiva agregacionista que, *ex ante*, maximiza las posibilidades de salvación de todos– puede ser justo preferir el salvamento de otro paciente que lo necesita menos tiempo, pero cuyas expectativas de supervivencia son algo menores.

(233) Vid., en esta línea, DOMÉNECH PASCUAL, *Revista de Administración Pública*, pp. 417-418; MOLINA FERNÁNDEZ, «Estado de necesidad, colisión de deberes...», 2020, pp. 883-885; y CANTARD, *Derecho Penal y Criminología*, pp. 158-160, que aplican esta misma idea al caso del derribo de aviones; y, para el contexto del triaje, HOVEN, 2021, pp. 353-356. Pese a lo críticos que, con carácter general, se muestran los partidarios del paradigma interpersonal con esta clase de argumentaciones para la fundamentación de deberes individuales de sacrificio –vid., p. ej., PAWLIK, 2002, pp. 69-75; EL MISMO, *REJ*, pp. 233-239; HÖRNLE, *New Crim. Law. Rev.*, p. 594; LA MISMA, *Crim. Law and Philos.*, p. 123; LA MISMA; *InDret*, pp. 14-16; ROBLES PLANAS, 2010, pp. 456-457; WILENMANN, 2017, pp. 80-81; GRECO, 2019, p. 490; EL MISMO, *ZStW*, pp. 31-35; COCA VILA, *InDret*, 2021, pp. 183-184; ENGLÄNDER, 2021, pp. 131-132; o FATEH-MOGHADAM y GUTTMANN, 2021, pp. 316-317– lo cierto es que el propio Coca Vila termina recurriendo a ellas cuando se trata de fundamentar ante el perjudicado por la resolución de una colisión de deberes equivalentes su deber de no interferir en la ejecución de la decisión del obligado. En palabras del autor, «si

Lo que, a mi juicio, resultaría especialmente difícil sería explicarle al paciente con mayores oportunidades de supervivencia que debe tolerar su propia muerte solo porque el médico –que sus razones tendrá– así lo ha preferido. ¿También si la decisión responde a un inflexible prejuicio racista o sexista? ¿También si obedece a un soborno? Contra lo que sostiene Coca Vila, creo que si los principios constitucionales de dignidad humana y de igualdad prohíben algo en este campo es, precisamente, que las complejas decisiones de las que aquí se trata se tomen de este modo. Y con esto parece estar de acuerdo un órgano tan poco sospechoso de no tomar en serio estos principios como el Tribunal Constitucional alemán(234) (el mismo que declaró

---

resulta que el mejor escenario posible es aquel en el que al menos un sujeto ve salvaguardados sus intereses, y se asume que el «precio» a pagar por ello es la renuncia del otro sujeto y de eventuales terceros auxiliares a interrumpir el curso causal salvador iniciado por el obligado, el sujeto que aparece finalmente como víctima no puede entorpecer el curso de cumplimiento que inicia el obligado. Quien dispone *en un momento previo* de la posibilidad de ser salvado gracias a la renuncia *en abstracto* de uno de los dos implicados a la salvación de sus propios intereses, no puede posteriormente y *una vez ya se han concretado los roles* desmarcarse de los costes previsibles del disfrute de aquella posibilidad» (COCA VILA, *InDret*, 2017, pp. 32-33, énfasis añadido; vid., igualmente, EL MISMO, 2016, pp. 69-471, 512, 535; EL MISMO, *ELDLP*, pp. 66-67, 79). Y si el criterio de legitimación de los deberes de tolerancia en esta clase de situaciones pasa por remontarse a ese «momento previo a la concreción de los roles», ¿no decidiría «en abstracto» cualquier conjunto de interesados que primase en todo caso el deber de tratar a quien tuviera mayores oportunidades de supervivencia?

(234) En su reciente sentencia de 16 de diciembre de 2021 (1 BvR 1541/20), el Tribunal declara inconstitucional la inexistencia de una regulación legal del triaje que garantice la protección en condiciones de igualdad de los derechos de las personas con discapacidad, obligando al legislador alemán a establecerla. De la fundamentación jurídica de la sentencia se extrae con claridad, a mi juicio, que el riesgo de discriminación de las personas con discapacidad en el reparto de recursos médicos escasos procede precisamente de la posibilidad de los sanitarios de asignarlos de acuerdo con criterios distintos a las *expectativas de supervivencia* en relación con la enfermedad *concreta* (puntual) objeto de tratamiento –por ejemplo, la mayor o menor «debilidad» del paciente o su esperanza de vida a largo plazo–, lo que podría dar entrada a que las personas con discapacidad se vieran sistemáticamente postergadas en estas decisiones (así, MERKEL, *FAZ*). Y aunque el Tribunal deja al legislador un amplio margen de decisión sobre cómo ha de configurarse esta futura regulación –uno excesivo, en opinión de MERKEL, *FAZ*–, parece evidente que una que permitiera a los médicos tomar esta clase de decisiones con *absoluta libertad*, bajo *cualesquiera* criterios, se encuentra vedada de antemano, pues solo empeoraría la situación. En palabras del Tribunal, «[l]os médicos encargados del tratamiento que deben llevar a cabo un triaje condicionado por una pandemia se encuentran ante una situación de decisión extrema. Deben decidir a quién se asignan los insuficientes recursos de medicina intensiva disponibles y a quién no. En esta situación, puede resultar especialmente exigente prestar también a las personas con discapacidad la atención médica que necesitan. Esto *solo puede lograrse* cuando se garantiza que las decisiones se toman *exclusivamente* en función

inconstitucional, por contrario a la dignidad humana, el derribo de aviones secuestrados(235)). Pero, como también creo que esto debería compartirlo cualquier partidario del paradigma interpersonal de la justificación, no me parece que el escenario del triaje *ex ante* pueda aportar ningún argumento de peso a favor del jurídico-público.

Como ya anticipé, lo mismo sucede en relación con el escenario del triaje *ex post*. También aquí ambos paradigmas de la justificación conducen, a mi juicio, a la misma solución; una que, en este caso, también comparte Coca Vila(236): no está justificado extubar a un paciente para utilizar el respirador, con mayores perspectivas de éxito, en el tratamiento de otro paciente que ha ingresado posteriormente(237). El médico que lo haga cometerá un homicidio antijurídico y, en principio, culpable. La premisa de la que ha de partirse para llegar a esta conclusión la expresa muy claramente Coca Vila desde el punto de vista del paradigma interpersonal, pero resulta, a mi juicio, perfectamente compartible desde la perspectiva del paradigma jurídico-público:

«[L]a intubación del primer paciente, en tanto que tratamiento médico indicado con vocación de permanencia en el tiempo, supone –desde una perspectiva jurídico-penal– la consolidación de la expectativa de salvamento de dicho paciente. En ese momento el respirador se integra normativamente en su esfera jurídica de forma plena,

---

de la probabilidad actual y a corto plazo de supervivencia [de los pacientes]» (1 BvR 1541/20, par. 123, énfasis añadido).

(235) Vid. núm. 209. Lo cierto es que el Tribunal no dedica demasiado esfuerzo a conciliar ambas decisiones, sino que se limita a afirmar en esta segunda que «el hecho de que la inviolabilidad de la dignidad humana impida llevar a cabo una ponderación de vida contra vida [...] no se opone, en principio, a la existencia de una regulación de los criterios de distribución de recursos escasos para la salvación de vidas» (1 BvR 1541/20, par. 128). No obstante, creo que una y otra son perfectamente coherentes si se toma como punto de partida el paradigma interpersonal de la justificación y se asume, a su vez, como aquí se ha defendido, que en el caso del derribo de aviones no existe colisión de deberes (vid. 203). En cambio, desde el punto de vista del paradigma jurídico-público –y también del interpersonal, si se afirma la colisión de deberes en el caso de los aviones– una y otra sentencia son inconciliables y la del derribo de aviones es incorrecta: igual que debería haberse ponderado *cuantitativamente* vidas humanas (es mejor que mueran solo  $n$  personas que que mueran  $n + x$ ), cabe ponderarlas *cualitativamente* siempre que se haga en función de criterios no discriminatorios como las expectativas de supervivencia.

(236) COCA VILA, *InDret*, 2021, pp. 188-192; EL MISMO, *Revista Penal*, *passim*, esp. p. 21.

(237) Así, también JAKOBS, 1991, pp. 420-421; CUERDA ARNAU, 1997, pp. 185-186; ROXIN y GRECO, 2020, pp. 854-855; HILGENDORF, *ELDP*, p. 24; ENGLÄNDER, 2021, pp. 118-122; FATEH-MOGHADAM y GUTTMANN, 2021, pp. 329-333; y ZIMMERMANN, 2021, pp. 252-253.

gozando sobre aquel de un mejor derecho que cualquier otro potencial necesitado»(238).

Se construya este escenario como uno de colisión de deberes o uno de estado de necesidad agresivo(239), aquí se plantea, por tanto, la siguiente situación: para salvar la vida del *único necesitado* –el paciente que ingresa en segundo lugar– habría que matar a otra persona *ajena* a esta situación de necesidad, cuyas expectativas vitales se encuentran, en principio, salvaguardadas (el paciente intubado). Para los defensores del paradigma interpersonal, esto es todo lo que importa: no se puede justificar el homicidio porque esto, al ser el paciente intubado totalmente ajeno a la situación de necesidad que se plantea, sería tanto como imponerle un deber de soportar su propia muerte basado en la *pura solidaridad*. La solución sería exactamente la misma si, extubando al primer paciente, se pudiera salvar la vida de otros cien mil que ingresaran posteriormente con problemas respiratorios graves y altas expectativas de supervivencia en caso de ser atendi-

---

(238) COCA VILA, *InDret*, 2021, p. 189; una idea que el autor desarrolla con mayor detalle en EL MISMO, *Revista Penal*, pp. 13-19.

(239) En este caso la calificación como una u otro no tiene relevancia práctica alguna, ni siquiera para los partidarios del paradigma interpersonal (como hemos visto, *nunca* la tiene, a los efectos *penales*, para los defensores del paradigma jurídico-público). Esta dependería de que pudiera afirmarse que el médico es garante de la vida del segundo paciente ingresado, y ello, a su vez, de que se encontrase ya establecida o no la relación médico-paciente. (así, COCA VILA, *InDret*, 2021, pp. 188-189, con núm. 120). Pero, aun afirmándose la existencia de dos deberes –el de no matar al paciente intubado y el deber (de garante) de salvar la vida del nuevo paciente– el primero sería de mayor rango, al ser el nuevo paciente el único propiamente «necesitado» (*dominus*); vid. COCA VILA, 2016, pp. 386-387, 407, 408-409; EL MISMO, *InDret*, 2017, p. 24; EL MISMO, *InDret*, 2021, pp. 189, 191-192; EL MISMO, *Revista Penal*, pp. 20-21. Una opinión diferente sostiene, sin embargo, HÖRNLE. Para la autora, la calificación del triaje *ex post* como un supuesto de colisión de deberes tiene consecuencias muy diferentes a las que derivarían de la apreciación de un escenario de estado de necesidad agresivo. Mientras que en este último caso la única posibilidad sería considerar la interrupción del tratamiento del primer paciente un homicidio injustificado (2021, pp. 159-163), el análisis bajo el prisma de la colisión de deberes permite equiparar el tratamiento del triaje *ex post* al del triaje *ex ante*; supuesto en el que –siempre de acuerdo con HÖRNLE– el médico puede decidir libremente a cuál de los pacientes salva (2021, pp. 154, 166-173, 175-180, 184, 185). La postura de HÖRNLE se basa, sin embargo, en dos premisas que me parecen cuestionables: la de que el médico es también garante de la vida del segundo paciente ingresado, haya asumido o no el tratamiento (2021, pp. 152-171) –de ahí la colisión de deberes– y la de que, en la medida en que la supervivencia del paciente intubado no depende solo del respirador sino también de la continuación de otras prestaciones médicas (la propia cama, la medicación, etc.) cuya pertenencia a su esfera no se encuentra «consolidada», ambos pacientes son *domini* a los efectos de la resolución del conflicto (2021, pp. 171-173).

dos (empleando el respirador sucesivamente en el tratamiento de todos ellos).

A mi juicio, el paradigma jurídico-público conduce a la misma conclusión, pero por una vía mucho menos categórica: la *ponderación* de todos los intereses en juego(240). En un lado de la balanza se encuentra la vida del paciente ingresado en segundo lugar, cuyas expectativas de supervivencia en caso de acceder al respirador superan a las del paciente ya intubado. En el otro, el deber del médico de mantener con vida a este último. Y si la comparación de las expectativas de supervivencia de uno y otro paciente parecen, en principio, otorgar un «mejor derecho» al paciente que ingresa en segundo lugar, un factor juega decisivamente en su contra: el *statu quo*. En cuanto el respirador «se integra normativamente en la esfera jurídica» del paciente intubado, el reparto por defecto de las oportunidades de salvación lo favorece; el segundo paciente ingresado es, en principio, el sujeto condenado por el curso natural de los acontecimientos (el que perecerá si nadie lo impide).

Como ya he mencionado, el Derecho es, hasta cierto punto, «conservador»: otorga relevancia normativa a la distribución por defecto de las oportunidades de supervivencia de los bienes jurídicos, de forma que, en ausencia de una preponderancia sustancial de unos intereses en juego sobre otros, la balanza se inclina del lado de la preservación de aquellos que el destino no ha condenado(241). Y creo que el grado de preponderancia que ha de exigirse, a estos efectos, entre unos intereses y otros es directamente proporcional al de *consolidación de la expectativa de salvación* de los favorecidos por el *statu quo*. Nadie cuestiona, por ejemplo, que sea ilícito matar a un paciente que ingresa en un hospital para una inocua operación de cataratas con el fin de extraer sus órganos y trasplantárselos a otros cinco pacientes cuya vida depende de ello(242). El caso del triaje *ex post* se parece a este último: como el respirador ya se ha integrado en la esfera jurídica del paciente intubado, la salvación de una sola vida –la del paciente ingresado en segundo lugar– no puede justificar su extubación por parte del médico, tampoco desde el punto de vista del paradigma jurídico-público de la justificación.

---

(240) Vid. BIRNBACHER, 2021, pp. 214-216; y POSCHER, 2021, pp. 63-64; una perspectiva que yo misma he defendido en PANTALEÓN DÍAZ, AdD; LA MISMA, 2021, pp. 710-711.

(241) Vid. el texto al que acompañan las notas 93-94.

(242) Vid., p. ej., SEELMANN, 1978, p. 71; RODRÍGUEZ MOURULLO, 1982, p. 513; HÖRNLE, *Crim. Law and Philos.*, p. 127; LA MISMA, *InDret, passim*, esp. p. 21; MIR PUIG, 2016, pp. 481-482; HERRING, 2020, pp. 714, 750; ROXIN y GRECO, 2020, p. 855; BIRNBACHER, 2021, p. 217; o POSCHER, 2021, pp. 64, 72.

Pero este último paradigma permite realizar una matización que resulta, a mi juicio, muy necesaria: contra lo que se ven obligados a sostener los partidarios del paradigma interpersonal(243), los dos casos no son idénticos. Por muy incorporado a su esfera que se encuentre el respirador, la situación del paciente ya intubado que *depende de él* para el desarrollo de sus funciones vitales no es la misma que la de uno con capacidad de supervivencia autónoma. Si, como en el caso de la extracción de órganos, el respirador pudiera salvar (mediante su uso sucesivo) a otros *cinco* pacientes con mejor pronóstico de recuperación que el ya intubado, el paradigma jurídico-público de la justificación permitiría quizás una solución diferente(244), donde los defensores del interpersonal solo ven categórica ilicitud.

Salvando este pequeño matiz, las conclusiones a las que conducen ambos paradigmas de la justificación vuelven a ser idénticas (y perfectamente sensatas): sí al triaje *ex ante*, siempre que se realice en función de las respectivas probabilidades de supervivencia; no al triaje *ex post*. Veamos, finalmente, el único escenario para el que difieren: el de triaje *ex ante* preventivo. ¿Puede un médico negar el ingreso en la UCI a un paciente con escasas perspectivas de supervivencia (o rechazar su intubación), en aras de dejar la cama (o el respirador) libre para el previsible ingreso de otro paciente con un pronóstico más favorable? La respuesta del paradigma interpersonal es, de nuevo, un categórico «no». Si lo hace, cometerá –en comisión por omisión– un homicidio injustificado y, en principio, culpable(245). Dado que el médico tiene un deber (de garante) de ingresar al primer paciente en la UCI si este es el tratamiento indicado, y todavía ningún deber respecto del paciente que probablemente pretenda ingresar después, nos encontramos ante un escenario de estado de necesidad agresivo. Y la necesidad (potencial) del segundo paciente no basta para imponer al primero el deber de soportar su propia muerte, por muy diferentes que sean las expectativas de supervivencia de uno y de otro.

---

(243) Así, p. ej., COCA VILA, *Revista Penal*, pp. 14, 21.

(244) Vid., en esta línea, POSCHER, 2021, pp. 63-64; y, aparentemente, BIRNBACHER, 2021, p. 126, que llegan a defender que existiría, incluso, un cierto grado de desfase entre las expectativas de supervivencia (mínimas) del paciente intubado y las (mucho mayores) del paciente que ingresa en segundo lugar que sería suficiente para inclinar la balanza a favor de este segundo; una conclusión que no comparto, pero a la que, desde luego, podría llegarse desde la perspectiva del paradigma jurídico-público. Más radical aún, en la línea de estos autores, HOVEN, 2021, pp. 367-369.

(245) COCA VILA, *InDret*, 2021, p. 188; FATEH-MOGHADAM y GUTTMANN, 2021, pp. 324-325, 328-329. También, aparentemente, desde el punto de vista moral, DE LORA, *Τέλος, passim*, esp. p. 15.



Solo el paradigma jurídico-público permite una solución distinta. Coincidiendo en que el escenario planteado se corresponde con un estado de necesidad agresivo, lo que corresponde, desde este punto de vista, es *ponderar*; y aquí una ponderación de todos los intereses en juego puede conducir, según creo, a la justificación(246). Salvo que se haya comprometido ya también al tratamiento del segundo paciente –entonces la situación sería de triaje *ex ante* (no preventivo)– el médico tiene, en efecto, el deber (de garante) de ingresar en la UCI al paciente con escasas probabilidades de supervivencia; paciente al que, además, favorece en cierta medida el *statu quo*: al fin y al cabo, ha llegado primero (*prior tempore, potior iure*). Sus expectativas de salvación no están, sin embargo, ni mucho menos tan *consolidadas* como las del paciente que ya está intubado: el respirador todavía *no* se ha integrado en su esfera jurídica.

Puede, por tanto, que, si existe una probabilidad considerable de que ingrese posteriormente un paciente con un pronóstico de supervivencia mucho más favorable en caso de ser tratado, el médico no esté causando un «mal mayor» (art. 20.5.º CP) al incumplir su deber de ingresar en la UCI al primer paciente. El médico no tiene, pues, ningún deber de denegar su ingreso, pero, si lo hace, el homicidio que cometa podrá estar justificado por estado de necesidad agresivo(247).

(246) Vid. PANTALEÓN DÍAZ, *AdD*; LA MISMA, 2021, p. 711.

(247) Creo que el siguiente ejemplo de DOMÉNECH PASCUAL proporciona una buena analogía con los tres escenarios de triaje que se han presentado y permite comprobar hasta qué punto las intuiciones mayoritarias al respecto coinciden con lo hasta aquí defendido: «Imagínese que se encuentra en la cubierta de un barco que navega por unas aguas infestadas de tiburones cuando, como consecuencia de un golpe de mar, cinco personas desconocidas caen al agua por estribor y, simultáneamente, una por babor. Si usted dispone únicamente de una escalerilla de cuerda y sabe que no hay tiempo para rescatarlas a todas –o se salvan cinco o se salva una–, ¿por qué lado del barco arrojaría la escalerilla? Imagínese que primero cae al mar una persona por babor y luego, justo después de lanzarle la escalerilla, las cinco por estribor. ¿Retiraría en este caso la escalerilla para poder salvar a estas cinco personas? Imagínese que el sujeto que cayó por babor ya ha comenzado a subir por la escalera cuando caen los otros cinco. ¿La agitaría con fuerza para que aquél volviera a caerse al agua y éstos pudieran salvarse? ¿Estaría dispuesto a golpearle con un palo?» (*Revista de Administración Pública*, pp. 396-397). El primero de los supuestos se parece al escenario de triaje *ex ante*, cuando hay que escoger entre pacientes con oportunidades de supervivencia diferentes; en un caso se trata de una ponderación cuantitativa entre vidas y en otro de una ponderación cualitativa. Y me parece que en ambos supuestos resulta igualmente intuitiva la existencia de una *deber* prevalente –no una mera alternativa– de tomar el curso de acción que maximice (en términos agregados) la supervivencia de los implicados. El triaje *ex post* se parece, por el contrario, al supuesto en el que la persona que ha caído por babor ya ha comenzado a trepar por la escala –consolidándose *parcialmente* sus expectativas de supervivencia– cuando las otras cinco caen al agua: nadie le retiraría la escalera a este sujeto si al otro lado de la balanza hubiera

En todo caso, el paciente beneficiado por la denegación de ingreso tendrá que indemnizar a los perjudicados por la muerte del sacrificado, pues la justificación de su homicidio –de acuerdo con el paradigma jurídico-público– no conlleva un deber de este de soportarlo.

Con esto podemos dar por cerrado el capítulo de las implicaciones prácticas en casos «de vida o muerte». En muchos de ellos, ambos paradigmas vuelven a llegar, como en los casos normales, a las mismas (sensatas) conclusiones. Pero hay al menos dos escenarios en los que no: solo el paradigma jurídico-público permite considerar justificado el derribo de aviones secuestrados y el triaje *ex ante* preventivo, sin que ello implique un deber de los perjudicados de soportar el daño; es decir, sin perjuicio de la responsabilidad civil por sacrificio de los beneficiados. Los defensores del paradigma interpersonal no tienen otra alternativa (coherente) que considerar antijurídicas ambas conductas. Que la solución del paradigma jurídico-público de la justificación para el derribo de aviones resulta más satisfactoria lo ponen de manifiesto los intentos –a veces desesperados– de muchos defensores del paradigma interpersonal de impedir el castigo del autor en esta clase de casos.

Sobre el triaje *ex ante* preventivo y la conveniencia de su justificación no existe (todavía) una prueba tan contundente, pero me atrevería a apostar a que ninguno de los profesionales sanitarios que han llevado a cabo este tipo de prácticas durante la etapa más dura de la pandemia(248) va a ser castigado por homicidio en los próximos años. Los defensores del paradigma jurídico-público de la justificación no tendremos nada que explicar. Los del paradigma interpersonal encontrarán la forma –el error (de prohibición) *invencible* sobre el alcance del estado de necesidad en esta clase de supuestos parece el mejor candidato(249)–,

---

solo *otra* vida humana en juego, pero (algunos) empezamos a dudar cuando se trata de *cinco*; y se nos vuelven a disipar las dudas si el sujeto ya ha alcanzado la cubierta del barco (expectativa de supervivencia *totalmente* consolidada, como en el caso del trasplante de órganos). Entre ambos supuestos, queda aquel en el que ya hemos lanzado la escalera, pero la primera de las personas que se ha caído al agua *todavía no se ha asido* a ella cuando caen las otras cinco. Aquí la analogía se plantea con el escenario de triaje *ex ante* preventivo. Si usted cree que, en este caso, debería resultar permisible (pero no obligatorio) retirar la escalera y salvar a las otras cinco personas, entonces sus intuiciones se corresponden con el paradigma jurídico-público de la justificación. El paradigma interpersonal es incompatible con ellas.

(248) Pues, en palabras de COCA VILA, «nadie duda de que en los hospitales europeos [...] se practica esta forma de triaje» (*InDret*, 2021, p. 181).

(249) Repárese, sin embargo, en que, a diferencia del error sobre los supuestos de la justificación o el estado de necesidad exculpante, esta es un arma de un solo uso: podemos absolver por error de prohibición invencible a todos los médicos que practicaron triaje *ex ante* preventivo *la primera vez* que hizo falta, antes de que los tribunales declararan prohibida la conducta. Pero, a partir de entonces, tenemos

pero habrán perdido elegancia teórica por el camino. Esto es todo lo (poco, en realidad) que he tratado de demostrar en este apartado.

## VI. CONCLUSIONES

Resumo hasta la esencia el (largo, y lo lamento) camino que nos ha llevado desde el artículo de las abejas hasta el triaje sanitario. En el debate actual sobre la justificación jurídico-penal pueden identificarse, a grandes rasgos, dos paradigmas en liza: el interpersonal y el jurídico-público. El primero concibe las causas de justificación penales como criterios de resolución justa de conflictos entre individuos concretos, de manera que la justificación de la conducta de una de las partes tiene como contrapartida el deber de la otra parte de tolerarla. El segundo, en cambio, construye la tipicidad y la antijuridicidad de acuerdo con una misma lógica: ambas categorías son el resultado de una ponderación entre todos los intereses en juego, y ni la atipicidad ni la justificación de una conducta conllevan un deber de tolerancia de la persona perjudicada por ella.

Los dos paradigmas de la justificación penal conducen a las mismas soluciones en casos normales, por lo que se puede concluir que sus implicaciones prácticas son igualmente satisfactorias. Ambos son, por otra parte, compatibles con el Derecho positivo español. La ventaja fundamental del paradigma jurídico-público sobre el interpersonal reside en su mayor elegancia teórica, medida en términos de simplicidad: no hace ninguna falta aparejar las causas penales de justificación con deberes de tolerancia, de modo que el paradigma interpersonal –en tanto teoría *penal* de la justificación– contiene una pieza innecesaria.

Los deberes de tolerancia sí son, en cambio, esenciales como elementos de *otra* construcción teórica, que aún está en buena medida por desarrollar: la de la responsabilidad *civil* por sacrificio; la forma de responsabilidad reconocida en artículos como el 612 CC (el de las abejas) o el 118.1.3.<sup>a</sup> CP. El paradigma interpersonal de la justificación jurídico-penal puede, de este modo, constituir un punto de partida inmejorable para dilucidar en qué casos la parte perjudicada por un sacrificio intencional y justificado de sus intereses tiene derecho a exigir una indemnización, y en cuáles debe soportar definitivamente el daño.

---

que estar dispuestos a castigar. Así, respecto del derribo de aviones, SÁNCHEZ DAFAUCE, *InDret*, p. 25.

Una razón adicional para preferir el paradigma jurídico-público al interpersonal reside, finalmente, en las soluciones a las que uno y otro paradigma conducen en algunos supuestos de hecho que plantean dilemas existenciales extremos: el derribo de aviones secuestrados y el triaje *ex ante* preventivo en situaciones de escasez de recursos sanitarios son los mejores ejemplos. El paradigma interpersonal solo deja dos opciones ante estos grupos de casos: considerar punibles estas conductas o reconocer pequeñas «válvulas de escape» que –a modo de excepciones más o menos explícitas al sistema– permitan su impunidad. Los defensores del paradigma jurídico-público no tienen ninguna dificultad para llegar a la conclusión de que ambas conductas están justificadas; solución que, sin duda, es la más sencilla (de nuevo, la más elegante) si lo que se pretende es impedir el castigo de sus autores.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALCÁZER GUIRAO, R., «Autonomía, solidaridad y deber de socorro. (Un apunte histórico), *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2000, pp. 361-411.
- AMERICAN LAW INSTITUTE, *Model Penal Code and Commentaries (Official Draft and Revised Comments). Part I: General Provisions §§ 1.01 to 2.13*, Filadelfia, 1985.
- AMERICAN LAW INSTITUTE, *Model Penal Code and Commentaries (Official Draft and Revised Comments). Part I: General Provisions §§ 3.01 to 5.07*, Filadelfia, 1985.
- ALASTUEY DOBÓN, M. C., «La responsabilidad civil y las costas procesales», en Gracia Martín, L., *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Valencia, 2006, pp. 589-651.
- ALONSO GALLO, J. y PUENTE RODRÍGUEZ, L., «Responsabilidad civil derivada del delito», en Molina Fernández, F. (coord.), *Memento Penal 2021*, Madrid, 2020.
- AUSGBERG, S., «Regelbildung für existentielle Auswahlentscheidungen», en Hörnle, T. *et al.* (coords.), *Triage in der Pandemie*, Tubinga, 2021, pp. 3-39.
- BALDÓ LAVILLA, F., *Estado de necesidad y legítima defensa: un estudio sobre las «situaciones de necesidad» de las que derivan facultades y deberes de salvaguarda*, Barcelona, 1994.
- BARROS BOURIE, E., *Tratado de responsabilidad civil extracontractual*, t. I, 2.ª ed., Santiago de Chile, 2020.
- BIRGUGLIO, M., *El estado de necesidad en el Derecho civil*, Madrid, 1971 (trad. Manuel García Amigo).

- BIRNBACHER, D., «Triage-Entscheidungen im Kontext der Corona-Pandemie-die Sicht eines Ethikers», en Hörnle, T. *et al.* (coords.), *Triage in der Pandemie*, Tubinga, 2021, pp. 189-219.
- BOLEA BARDON, C., «El exceso intensivo en la legítima defensa putativa», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1998, pp. 613-641.
- BUCKLEY, R. A., «Self-Help», en Jones, M. A. *et al.* (coords.), *Clerk & Lindsell on Torts*, 23.<sup>a</sup> ed., Londres, 2020, pp. 2193-2211.
- BUSTO LAGO, J. M., *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*, Madrid, 1998.
- CANO PAÑOS, M. A., «Caso de la *Luftsicherheitsgesetz*», en Sánchez-Ostiz Gutiérrez, P. (coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, 2.<sup>a</sup> ed., Las Rozas, 2011, pp. 911-934.
- CANTARD, N., «Situaciones de necesidad y comunidades de peligro», *Derecho Penal y Criminología*, 2021, pp. 115-168.
- CARBONELL MATEU, J. C., *La justificación penal. Fundamento, naturaleza y fuentes*, Madrid, 1982.
- CHIESA, L. E., «Caso *La Mignonette*», en Sánchez-Ostiz Gutiérrez, P. (coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, 2.<sup>a</sup> ed., Las Rozas, 2011, pp. 95-109.
- COCA VILA, I., «Entre la responsabilidad y la solidaridad. El estado de necesidad defensivo», *InDret*, 2011 (1).
- *La colisión de deberes en Derecho penal. Concepto y fundamentos de solución*, Barcelona, 2016.
- «La legítima defensa frente a omisiones», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2016, pp. 75-122.
- «La colisión entre razones de obligación en Derecho penal. Bases para una revisión del concepto y de los fundamentos de disolución de la colisión de deberes jurídico-penal», *InDret*, 2017 (2).
- «Coches autopilotados en situaciones de necesidad. Una aproximación desde la teoría de la justificación penal», *Cuadernos de Política Criminal*, 2017, pp. 235-275.
- «La colisión «deficitaria» de deberes», *En Letra: Derecho Penal*, 2018, pp. 52-88.
- «Triage y colisión de deberes jurídico-penal. Una crítica al giro utilitarista», *InDret*, 2021 (1), pp. 166-202.
- «La justificación penal de la desconexión letal de aparatos médicos. A propósito de la reasignación de respiradores en contextos dilemáticos (traje *ex post*)», *Revista Penal*, 2022, pp. 7-25.
- COCA VILA, I. y PANTALEÓN DÍAZ, M., «Lo intransferible y lo asegurable en el sistema de responsabilidad de los administradores societarios. Un estudio sobre los límites de orden público a los seguros *D&O*», *Anuario de Derecho Civil*, 2021, pp. 113-216.
- CUELLO CONTRERAS, J., «Los límites de la normativización del Derecho penal en situaciones de necesidad. Reflexiones sobre el libro de Ivó Coca Vila, *La colisión de deberes en Derecho penal. Concepto y fundamentos de solución*, Atelier, 2016», *InDret*, 2022 (1), pp. 468-497.

- CUERDA ARNAU, M. L., *El miedo insuperable. Su delimitación frente al estado de necesidad*, Valencia, 1997.
- CUERDA RIEZU, A., *La colisión de deberes en el Derecho penal*, Madrid, 1984.
- «Sobre el concurso entre causas de justificación», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1990, pp. 519-556.
- DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R., «Elementos o presupuestos de la responsabilidad civil (II). La antijuridicidad. Causas de justificación. El daño», en Sierra Gil de la Cuesta, I. (coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, t. I, 2.<sup>a</sup> ed., Barcelona, 2008, pp. 329-412.
- DE LORA, P., «¿A qué inocentes debemos sacrificar? La selección de pacientes para la distribución de recursos sanitarios», *Τέλος: Revista Iberoamericana de Estudios Utilitaristas*, 2005, pp. 9-32.
- DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, t. V, Cizur Menor, 2011.
- DOMÉNECH PASCUAL, G., «¿Puede el Estado abatir un avión con inocentes a bordo para prevenir un atentado kamikaze? Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre la Ley de Seguridad Aérea», *Revista de Administración Pública*, 2008, pp. 389-425.
- «Justificación de las indemnizaciones por sacrificios impuestos en la lucha contra epizootias y plagas», *InDret*, 2011 (4).
- DUFF, R. A., *Answering for Crime*, Oxford, 2009.
- ENGLÄNDER, A., «Die Pflichtenkollision bei der Ex-ante Triage», en Hörnle, T. et al. (coords.), *Triage in der Pandemie*, Tubinga, 2021, pp. 111-148.
- FATEH-MOGHADAM, B. y GUTTMANN, T., «Gleichheit vor der Triage. Rechtliche Rahmenbedingungen der Priorisierung von Covid-19-Patienten in der Intensivmedizin», en Hörnle, T. et al. (coords.), *Triage in der Pandemie*, Tubinga, 2021, pp. 291-334.
- FLETCHER, G. P., *Rethinking Criminal Law*, Boston y Toronto, 1978.
- FRISCH, W., *Vorsatz und Risiko. Grundfragen des tatbestandsmäßigen Verhaltens und des Vorsatzes. Zugleich ein Beitrag zur Behandlung außer-tatbestandlicher Möglichkeitsvorstellungen*, Colonia, Berlín, Bonn y Múnich, 1983.
- *Comportamiento típico e imputación del resultado*, Madrid y Barcelona, 2004 (trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo).
- «Strafrecht und Solidarität. Zugleich zu Notstand und unterlassener Hilfeleistung», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 2016, pp. 121-137.
- GARCÍA-RIPOLL MONTUJANO, M., *Ilicitud, culpa y estado de necesidad. (Un estudio de responsabilidad extracontractual en los Códigos Penal y Civil)*, Madrid, 2006.
- GARDNER, J., *Offences and Defences: Selected Essays in the Philosophy of Criminal Law*, Oxford, 2007.
- GIMBERNAT ORDEIG, E., «El estado de necesidad: un problema de antijuridicidad», en GIMBERNAT ORDEIG, E., *Estudios de Derecho Penal*, 3.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1990, pp. 218-230.

- GÓMEZ-BENÍTEZ, J. M., «Sobre la justificación de la tortura y el homicidio de inocentes y sobre el nuevo Derecho penal y procesal de la injusticia tolerable», en García Valdés, C. *et al.* (coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, t. I, Madrid, 2008, pp. 949-973.
- GÓMEZ CALERO, J., *Derecho de las averías y de los accidentes marítimos*, Madrid, 1992.
- GONZÁLEZ PELLICER, J. M., «Sobre los estados de necesidad en la mar», *Diario La Ley*, 7 de mayo de 2014.
- GONZÁLEZ POVEDA, P., «La responsabilidad por riesgo», en Sierra Gil de la Cuesta, I. (coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, t. II, 2.<sup>a</sup> ed., Barcelona, 2008, pp. 699-713.
- GOUDKAMP, J., *Tort Law Defences*, Oxford, 2013.
- GRECO, L., «Las reglas detrás de la excepción. Reflexiones respecto de la tortura en los grupos de las *ticking time bombs*», *InDret*, 2007 (4) (trad. Eduardo Javier Riggi).
- «Notwehr und Proportionalität», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 2018, pp. 665-683.
- «Vehículos de motor autónomos y situaciones de colisión», en Cancio Meliá, M. *et al.* (coords.), *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, t. I, Madrid, 2019, pp. 485-494 (trad. Manuel Cancio Meliá).
- «Der Anteil der Gesellschaft. Eine Theorie des rechtfertigenden Notstands», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2022 (1), pp. 1-96.
- GRUNDMANN, S., «§ 276 Verantwortlichkeit des Schuldners», en Krüger, W. (coord.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, t. II, 8.<sup>a</sup> ed., München, 2019.
- GUERRA ESPINOSA, R., *Estado de necesidad como conflicto de intereses: una propuesta de interpretación desde la inevitabilidad*, Santiago de Chile, 2017.
- GÜNTHER, H. L., *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss. Studien zur Rechtswidrigkeit als Straftatmerkmal und zur Funktion der Rechtfertigungsgründe im Strafrecht*, Colonia, Berlín, Bonn y München, 1983.
- HERRING, J., *Criminal Law: Text, Cases and Materials*, 9.<sup>a</sup> ed., Oxford, 2020.
- HILGENDORF, E., «Recomendaciones de triaje en la crisis del coronavirus: no importunar a los médicos con cuestiones jurídicas», *En Letra: Derecho Penal*, 2020, pp. 23-26.
- HIRSCH, H. J., «El estado de necesidad defensivo en la discusión alemana», en García Valdés, C. *et al.* (coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, t. I, Madrid, 2008, pp. 1005-1031 (trad. Eduardo Demetrio Crespo).
- HORDER, J., *Ashworth's Principles of Criminal Law*, 9.<sup>a</sup> ed., Oxford, 2019.
- HÖRNLE, T., «Die Rolle des Opfers in der Straftheorie und im materiellen Strafrecht», *JuristenZeitung*, 2006, pp. 950-958.
- «Hijacked Airplanes: May They Be Shot Down?», *New Criminal Law Review*, 2007, pp. 582-612.
- «Shooting Down a Hijacked Plane – The German Discussion and Beyond?», *Criminal Law and Philosophy*, 2009, pp. 111-131.

- «Matar para salvar muchas vidas. Casos difíciles de estado de necesidad desde la perspectiva filosófico-moral y jurídico-penal», *InDret*, 2010 (2) (trad. Nuria Pastor Muñoz).
- «Ex-post-Triage: Strafbar als Tötungsdelikt?», en Hörnle, T. *et al.* (coords.), *Triage in der Pandemie*, Tubinga, 2021, pp. 149-186.
- HOVEN, E., «Berücksichtigung von Lebensalter und Lebenserwartung», en Hörnle, T. *et al.* (coords.), *Triage in der Pandemie*, Tubinga, 2021, pp. 335-370.
- HRUSCHKA, J., «Rettungspflichten in Notstandssituationen», *Juristische Schulung*, 1979, pp. 385-393.
- «Causas de justificación y causas de exculpación: la tabla de Carnéades en Gent y en Kant», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2004, pp. 5-17 (trad. Ricardo Robles Planas).
- HUSTER, S., «Wer hat Angst vor der Triage? Ähnlichkeiten und Unterschiede zu anderen Priorisierungsentscheidungen und ihre normative Bedeutung», en Hörnle, T. *et al.* (coords.), *Triage in der Pandemie*, Tubinga, 2021, pp. 83-107.
- JAKOBS, G., *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.<sup>a</sup> ed, Berlín, 1991.
- *La imputación objetiva en Derecho penal*, Madrid, 1996 (trad. Manuel Cancio Meliá).
- «Kaschierte Ausnahme: übergesetzlicher entschuldigender Notstand», en Amelung, K. *et al.* (coords.), *Festschrift für Volker Krey zum 70. Geburtstag am 9. Juli 2010*, Stuttgart, 2010, pp. 207-220.
- *System der strafrechtlichen Zurechnung*, Frankfurt, 2012.
- «Principios y límites de la justificación», *Derecho Penal y Criminología*, 2013, pp. 13-28.
- «Defensiver Notstand», en Kindhäuser, U. y Pawlik, M. (coords.), *Notwehr in Deutschland und China. Weltanschaulicher Hintergrund und dogmatische Grundfragen*, Baden-Baden, 2020, pp. 177-192.
- JANSEN, N., *Die Struktur des Haftungsrechts: Geschichte, Theorie und Dogmatik außervertraglicher Ansprüche auf Schadensersatz*, Tubinga, 2003.
- «The Idea of Legal Responsibility», *Oxford Journal of Legal Studies*, 2014, pp. 221-252.
- JESCHECK, H. H. y WEIGEND, T., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 5.<sup>a</sup> ed., Granada, 2002 (trad. Miguel Olmedo Carnedete).
- KOZIOL, H., *Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective*, Viena, 2012 (trad. Fiona Salter Townshend).
- KRAUSE MUÑOZ, M. S., *Responsabilidad: lo unitario en los sistemas civil y penal*, Santiago de Chile, 2015.
- KÜHNBACH, L., *Solidaritätspflichten Unbeteiligter. Dargelegt am Beispiel von Aggressivnotstand, Defensivnotstand, unterlassener Hilfeleistung und polizeilichem Notstand*, Baden-Baden, 2006.
- KÜPER, W., «Tötungsverbot und Lebensnotstand. Zur Problematik der „Kollision Leben gegen Leben »», *Juristische Schulung*, 1981, pp. 785-794.



- THE LAW COMMISSION, *Criminal Law Report on Defences of General Application*, Londres, 1977.
- LADIGES, M., «Die notstandsbedingte Tötung von Ubeteiligten im Fall des § 14 Abs. 3 LuftSiG —ein Plädoyer für die Rechtfertigungslösung», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2008, pp. 129-140.
- LENCKNER, T., *Der rechtfertigende Notstand. Zur Problematik der Notstandsregelung im Entwurf eines Strafgesetzbuches (E 1962)*, Tubinga, 1965.
- LÜBBE, W., «Effizienter Ressourceneinsatz in einer Pandemie und das Kriterium der klinischen Erfolgsaussicht. Prämissen und Fehlschlüsse», en Hörnle, T. *et al.* (coords.), *Triage in der Pandemie*, Tubinga, 2021, pp. 257-289.
- LUNNEY, M., NOLAN, D. y OLIPHANT, K., *Tort Law. Text and Materials*, 6.<sup>a</sup> ed., Oxford, 2017.
- LUZÓN PEÑA, D. M., *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, 2.<sup>a</sup> ed., Montevideo y Buenos Aires, 2002.
- *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, 3.<sup>a</sup> ed., Valencia, 2016.
- MAÑALICH RAFFO, J. P., «Normas permisivas y deberes de tolerancia», en MAÑALICH RAFFO, J. P. (coord.), *La antijuridicidad en el Derecho penal. Estudios sobre las normas permisivas y la legítima defensa*, Montevideo y Buenos Aires, 2013, pp. 177-283.
- MARTÍN LORENZO, M., *La exculpación penal. Bases para una atribución legítima de responsabilidad penal*, Valencia, 2009.
- MARTÍNEZ CANTÓN, S., *La ponderación en el estado de necesidad*, León, 2009.
- «Nuevas consideraciones sobre el derribo de aviones con pasajeros desde la perspectiva del estado de necesidad», en Luzón Peña, D. M. (coord.), *Derecho penal del Estado social y democrático de Derecho. Libro homenaje a Santiago Mir Puig por su doctorado honoris causa en la Universidad de Alcalá*, Las Rozas, 2010, pp. 405-444.
- MATUS ACUÑA, J. P., «Por qué citamos a los alemanes y otros apuntes metodológicos», *Política Criminal*, 2008, pp. 1-35.
- MCBRIDE, N. J. y BAGSHAW, R., *Tort Law*, 6.<sup>a</sup> ed., Harlow, 2018.
- MEDINA ALCOZ, L., *La responsabilidad proporcional como solución a la incertidumbre causal*, Cizur Menor, 2018.
- MEDINA CRESPO, M., *La compensación del beneficio obtenido a partir del daño padecido. Aplicación del principio «compensatio lucri cum damno» en el Derecho de daños*, Barcelona, 2015.
- MERKEL, R., «Die Triage-Entscheidung hilft Behinderten nicht», *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 12 de enero de 2022.
- MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, 10.<sup>a</sup> ed., Barcelona, 2016.
- MOLINA FERNÁNDEZ, F., «Presupuestos de la responsabilidad jurídica. (Análisis de la relación entre libertad y responsabilidad)», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2000, pp. 57-137.

- «El estado de necesidad como ley general (aproximación a un sistema de causas de justificación)», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2000, pp. 199-260.
  - *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, Barcelona, 2001.
  - «Naturaleza del sistema de causas de justificación», en *Derecho y justicia penal en el siglo XXI. Liber Amicorum en homenaje al Profesor Antonio González-Cuéllar García*, Madrid, 2006, pp. 373-392.
  - «La ponderación de intereses en situaciones de necesidad extrema: ¿es justificable la tortura?», en ALCÁCER GUIRAO, R. y CUERDA RIEZU, A., *La respuesta del Derecho penal ante los nuevos retos*, Madrid, 2006.
  - «Estado de necesidad, colisión de deberes y la navaja de Ockham», en de Vicente Remesal *et al.* (coords.), *Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario*, t. I, Madrid, 2020, pp. 805-839.
  - «Sistema de causas de justificación», en Molina Fernández, F. (coord.), *Memento Penal 2021*, Madrid, 2020.
  - «Legítima defensa», en Molina Fernández, F. (coord.), *Memento Penal 2021*, Madrid, 2020.
  - «Estado de necesidad», en Molina Fernández, F. (coord.), *Memento Penal 2021*, Madrid, 2020.
- MÜNZBERG, W., *Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung*, Frankfurt, 1966.
- MUÑOZ MACHADO, S., «Los animales y el Derecho», en MUÑOZ MACHADO, S. *et al.*, *Los animales y el Derecho*, Madrid, 1999, pp. 15-115.
- OMEROD, D. y LAIRD, K., *Smith, Hogan & Omerod's Text, Cases & Materials on Criminal Law*, 13.ª ed., Oxford, 2020.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í., «Caso de los dos psiquiatras en el III Reich», en Sánchez-Ostiz Gutiérrez, P. (coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, 2.ª ed., Las Rozas, 2011, pp. 177-192.
- PALERMO, O., *La legítima defensa: una revisión normativista*, Barcelona, 2006.
- PANTALEÓN DÍAZ, M., «Adiós a la esterilización de personas con discapacidad. ¿La echaremos de menos?», *Diario La Ley*, 19 de enero de 2021.
- «De kantianos y triajes. Notas para un debate con Ivó Coca», *Almacén de Derecho*, 10 de marzo de 2021.
  - «Estado de necesidad, colisión de deberes y triaje: hacia una justificación utilitarista no colectivista», en Romero Casilla, A. J. *et al.* (coords.), *Libro en homenaje jurídico al año del bicentenario del Perú: 200 años de independencia*, Lima, 2021, pp. 703-711.
  - *Delito y responsabilidad civil extracontractual: una dogmática comparada*, Madrid y Barcelona, 2022 (en prensa).
- PANTALEÓN PRIETO, F., «Artículo 612», en Paz-Ares Rodríguez, C. *et al.* (coords.), *Comentario del Código Civil*, t. I, Madrid, 1991, pp. 1556-1558.
- «Los anteojos del civilista: Hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de la Administraciones Públicas», *Documentación Administrativa*, 1994, pp. 239-253.

- «Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (también de las Administraciones Públicas)», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2000, pp. 167-191.
- PAPAYANNIS, D., «La práctica del *alterum non laedere*», *Isonomía*, 2014, pp. 19-68.
- PAREDES CASTAÑÓN, J. M., *El riesgo permitido en Derecho Penal (Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas)*, Madrid, 1995.
- PAWLIK, M., *Der rechtfertigende Notstand*, Berlín y Nueva York, 2002.
- «§ 14 Abs. 3 des Luftsicherheitsgesetzes – ein Tabubruch?», *JuristenZeitung*, 2004 (21), pp. 1047-1055.
- *Das Unrecht des Bürgers*, Tubinga, 2012.
- «El estado de necesidad defensivo justificante dentro del sistema de los derechos de necesidad», *Derecho Penal y Criminología*, 2013, pp. 13-29 (trad. Hernán Darío Orozco López).
- «Solidaridad como categoría de legitimación jurídico-penal: El ejemplo del estado de necesidad agresivo justificante», *Revista de Estudios de la Justicia*, 2017, pp. 222-247 (trad. Ivó Coca Vila).
- PEEL, E. y GOUDKAMP, J., *Winfield & Jolowicz on Tort*, 19.ª ed., Londres, 2014.
- PEÑARANDA RAMOS, E., *Concurso de leyes, error y participación en el delito*, Madrid, 1991.
- «Tipicidad en los delitos omisivos», en Molina Fernández, F. (coord.), *Memento Penal 2021*, Madrid, 2020.
- PERALTA, J. M., *Motivos reprochables. Una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal*, Madrid, 2012.
- POLO TORIBIO, G., «Abejas, enjambre, colmena: evolución histórico-jurídica a la luz del Fuero de Cuenca», en Torrent Ruiz, A. J. (coord.), *Los derechos reales: actas del II Congreso Internacional y V Iberoamericano de Derecho Romano*, Madrid, 2001, pp. 211-231.
- POSCHER, R., «Die Abwägung von Leben gegen Leben. Triage und Menschenwürdegarantie», en Hörnle, T. et al. (coords.), *Triage in der Pandemie*, Tubinga, 2021, pp. 41-81.
- QUINTERO OLIVARES, G., «Las personas civilmente responsables (apartados 1-4)», en QUINTERO OLIVARES, G. et al., *La responsabilidad civil «ex delicto»*, Cizur Menor, 2002, pp. 145-158.
- RAWLS, J., *A Theory of Justice*, edn. revisada, Cambridge (MA), 1999.
- REZNIKOWSKI, J., *Notstand und Notwehr*, Berlín, 1994.
- ROBLES PLANAS, R., «En los límites de la justificación. La colisión de intereses vitales en el ejemplo del derribo de aviones y de otros casos trágicos», en Luzón Peña, D. M. (coord.), *Derecho penal del Estado social y democrático de Derecho. Libro homenaje a Santiago Mir Puig por su doctorado honoris causa en la Universidad de Alcalá*, Las Rozas, 2010, pp. 445-473.
- «Caso del Leinenfänger», en Sánchez-Ostiz Gutiérrez, P. (coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, 2.ª ed., Las Rozas, 2011, pp. 111-127.

- RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Derecho penal. Parte general*, Madrid, 1978.
- ROCA TRÍAS, E., «La responsabilidad civil derivada de delito», en Roca Trías, E. y Navarro Michel, M. (coords.), *Derecho de daños. Textos y materiales*, 6.ª ed., Valencia, 2016, pp. 67-103.
- RODRÍGUEZ HORCAJO, D., «¿Límites consecuencialistas a una pena consecuencialista? Una introducción», en Cancio Meliá, M. et al. (coords.), *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, t. I, Madrid, 2019, pp. 291-306.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *La omisión de socorro en el Código Penal*, Madrid, 1966.
- «Consideraciones generales sobre la exclusión de la antijuridicidad», en Barbero Santos, M. et al. (coords.), *Estudios penales. Libro Homenaje al Prof. J. Antón Oneca*, Salamanca, 1982, pp. 509-522.
- ROGEL VIDE, C., *Los animales en el Código Civil*, Madrid, 2017.
- ROIG TORRES, M., *La responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas*, Valencia, 2010.
- ROLDÁN BARBERO, H., *La naturaleza jurídica del estado de necesidad en el Código Penal Español: crítica a la teoría de la exigibilidad de la conducta adecuada a la norma*, Madrid, 1980.
- ROSTALSKI, F., «La vida no es imponderable», *En Letra: Derecho Penal*, 2020, pp. 26-30.
- ROXIN, C., *Problemas básicos del Derecho penal*, Madrid, 1976 (trad. Diego-Manuel Luzón Peña).
- ROXIN, C. y GRECO, L., *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 5.ª ed., Múnich, 2020.
- SALVADOR CODERCH, P., «Las funciones del Derecho de daños», en SALVADOR CODERCH, P. y CASTIÑEIRA PALOU, M. T., *Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, Madrid, 1997, pp. 101-111.
- SAMSON, E., *Cursos causales hipotéticos en el Derecho penal. Una contribución sobre la causalidad de la complicidad*, Buenos Aires, 2003 (trad. Marcelo A. Sancinetti y Patricia S. Ziffer).
- SÁNCHEZ DAFAUCE, M., «El abatimiento de un avión secuestrado», *InDret*, 2014 (4).
- *Sobre el estado de necesidad existencial*, Valencia, 2016.
- SANDEL, M. J., *Justicia. ¿Hacemos lo que debemos?*, Barcelona, 2011 (trad. Juan Pedro Campos Gómez).
- SANCINETTI, M. A., *Teoría del delito y disvalor de acción. Una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción*, Buenos Aires, 1991.
- SEELMANN, K., *Das Verhältnis von § 34 StGB zu anderen Rechtfertigungsgründen*, Heidelberg y Hamburgo, 1978.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Sobre el estado de necesidad en el Derecho penal español», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1982, pp. 663-692.

- «Sobre las actuaciones en una “situación de necesidad” que no implican deberes de tolerancia», en Luzón Peña, D. M. y Mir Puig, S. (dirs.), *Cuestiones actuales de la teoría del delito*, Madrid, 1999.
- «¿“ex delicto”? Aspectos de la llamada “responsabilidad civil” en el proceso penal», *InDret*, 2001 (3).
- «Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia», en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Cizur Menor, 2005, pp. 1007-1028.
- *Tiempos de Derecho penal. Escritos breves sobre teoría, práctica, vida social y economía*, Montevideo y Buenos Aires, 2009.
- *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2.ª ed., Montevideo y Buenos Aires, 2012.
- «Prólogo», en Mañalich Raffo, J. P. (coord.), *La antijuridicidad en el Derecho penal. Estudios sobre las normas permisivas y la legítima defensa*, Montevideo y Buenos Aires, 2013, pp. XIII-XVI.
- «La legítima defensa que «recae sobre tercero»», en Cancio Meliá, M. et al. (coords.), *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, t. I, Madrid, 2019, pp. 785-798.
- SIMESTER et al., *Simester and Sullivan’s Criminal Law. Theory and Doctrine*, 7.ª ed., Oxford, Londres, Nueva York, Nueva Delhi y Sydney, 2019.
- SMITH, J. C., *Justification and Excuse in The Criminal Law*, Londres, 1989.
- STEEL, S., «Liability for Permissible Harm», 2022 (borrador inédito).
- STRATENWERTH, G., «Prinzipien der Rechtfertigung», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1956, pp. 41-70.
- TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., *El efecto oclusivo entre causas de justificación*, Granada, 2009.
- WARDA, G., «Zur Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen», en SCHROEDER, F. C. y ZIPF, H., *Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag*, Karlsruhe, 1972, pp. 143-171.
- WELZEL, H., «Studien zum System des Strafrechts», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1939, pp. 491-566.
- «Zum Notstandsproblem», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1951, pp. 47-56.
- WILENMANN, J., «El sistema de derechos de necesidad y de defensa en el Derecho penal», *InDret*, 2014 (3).
- «Imponderabilidad de la vida humana y situaciones trágicas de necesidad», *InDret*, 2016 (1).
- *La justificación de un delito en situaciones de necesidad*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires y Sao Paulo, 2017.
- WILLIAMS, G., *Textbook of Criminal Law*, 2.ª ed., Londres, 1983.
- WOLTER, J., *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*, Berlín, 1981.
- YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil extracontractual. Parte general. Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias*, 6.ª ed., Madrid, 2020.

ZIELINSKI, D., *Handlungs- und Erolgsunwert im Unrechtsbegriff. Untersuchungen zur Struktur von Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluß*, Berlín, 1973.

ZIMMERMANN, T., «Kontraktualistische Überlegungen: Auf welche Zuteilungskriterien würden wir uns unter dem „Schleier des Nichtwissens“ einigen?», en HÖRNLE, T. *et al.* (coords.), *Triage in der Pandemie*, Tubinga, 2021, pp. 221-255.

# Doctrina clásica de la imputación: un camino alternativo

JOSÉ IGNACIO DESTÉFANIS

Personal Investigador Predoctoral en Formación  
Universidad de Navarra

## RESUMEN

*Es común considerar a la moderna teoría del delito como la primera construcción –dogmática y sistemática– que permite atribuirnos responsabilidad (penal). Será objeto de estas líneas mostrar que, en la evolución del pensamiento humano, podemos hallar una doctrina previa –con categorías propias de la filosofía moral– que también permite hacer responsable a un artífice (Urheber) por su hecho (Tat). El trabajo comienza con una breve introducción con fin de presentar las ideas básicas. Luego avanza hacia el desarrollo de los presupuestos y las categorías de la doctrina clásica de la imputación. Sigue un análisis de las posibles similitudes, así como también divergencias, con la actual teoría del delito. Más tarde, se presentan las principales críticas que esta doctrina ha recibido y se ofrecen respuestas. Finalmente, a modo de conclusión, se comparten algunas reflexiones sobre los aportes que puede proporcionar una mirada integral e interdisciplinaria del fenómeno penal.*

**Palabras clave:** *Filosofía moral, Derecho penal, doctrina de la imputación, teoría del delito.*

## ABSTRACT

*It is common to consider the modern Theory of Crime as the first dogmatic and systematic construction that allows for the attribution of criminal responsibility to ourselves. The aim of this paper is to show that in the development of human thought, we can find a previous doctrine –with typical categories of moral philosophy– that permits to make an agent (Urheber) responsible for their deed (Tat). The article begins with a brief introduction to present the basic ideas. Later, it is expounded on the presuppositions and categories of the Classic Doctrine of Imputation. Subse-*

quently, an analysis about its possible similarities and differences with the current Theory of Crime is carried out. After that, this research paper presents the main critiques that the doctrine has received, and it offers some answers back. Finally, as a conclusion, some reflections about the contributions that an integral and interdisciplinary view of the criminal phenomenon can offer are shared.

Keywords: Moral Philosophy, Criminal Law, Doctrine of Imputation, Theory of Crime.

SUMARIO:–1. Introducción.–2. Doctrina clásica de la imputación. 2.1 Presupuestos: persona y libertad. 2.2 Reglas de comportamiento y reglas de imputación. 2.3 Categorías: *imputatio facti*, *applicatio legis ad factum* e *imputatio iuris*. 2.4 Imputación ordinaria y extraordinaria. 2.5 Resumen.–3. Doctrina clásica y teoría del delito. 3.1 Similitudes. 3.2 Diferencias.–4. Críticas y réplicas. 4.1 Doctrina asistemática. 4.2 Formalista. 4.3 Misión. 4.4 *Obliegenheiten*.–5. Conclusiones.

## 1. INTRODUCCIÓN

A fines del siglo XIX se iniciaba una nueva etapa, una nueva era del Derecho penal(1). Sin embargo, no debemos creer que las ideas causalistas, representadas en buena medida por Franz von Liszt y Ernest von Beling, son las que dan inicio al pensamiento jurídico-penal(2). Ello,

---

(1) Paul Johann Anselm von Feuerbach es quien inicia la ciencia del derecho penal en sentido moderno, con las características de una conceptuosidad nítida y una sistemática clara (cfr. WELZEL, H., *Derecho Penal Parte General*, Depalma, Buenos Aires, 1956, p. 17). Sin embargo, el concepto científico de delito tal como hoy lo entendemos tiene su origen en la segunda mitad del siglo XIX, desde el momento en que el naturalismo sustituye al punto de vista moral globalizante, característico del pensamiento anterior, por un punto de vista ontológico y distintivo. Es entonces cuando se conforma el llamado sistema tripartito de Von Liszt/Beling/Radbruch (SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2.<sup>a</sup> ed., Montevideo/Buenos Aires, 2010, pp. 590 ss.). Este se transformará en cuatripartito con la célebre obra de BELING, «Die Lehre vom Verbrechen» (1906): «El delito es la acción típica antijurídica y culpable sometida a una conminación penal adecuada y sujeta a las condiciones de esta» (BELING, E. L., *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, Stuttgart, 1906, p. 7).

(2) Cabe recordar que durante fines del siglo XIX la dogmática penal alemana atravesó lo que se recuerda como «lucha de escuelas» entre el positivismo normativista de Binding y el de corte naturalista de v. Liszt. Partimos aquí del sistema de Liszt y Beling, por ser pues el que se terminó imponiendo en la época. Sin embargo,



además ser de una afirmación errónea, implicaría desperdiciar siglos y siglos de construcción de conceptos y teorías con implicancia penal.

Para comprender –y juzgar el rendimiento– de la moderna teoría del delito, merece la pena dar vuelta la página, pero esta vez hacia el pasado. Un repaso por la historia de las ideas nos permitirá afirmar que las teorías del delito son deudoras de una doctrina de la imputación que se fue forjando durante siglos en la filosofía moral(3). Esa doctrina, según creo, encuentra su origen en el pensamiento aristotélico(4), mientras que su desarrollo es obra de Samuel Pufendorf, Christian Wolff y Joachim Georg Daries en los siglos XVII y XVIII(5). Mas tarde, recibió grandes aportes de la Escuela de Jena(6) y de

---

somos deudores de un Karl BINDING, que nos dejó mucho más que su extraordinaria obra «Die Normen und ihre Übertretung» (1872).

(3) SÁNCHEZ-OSTIZ, P., *Imputación y teoría del delito. La doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo*, Bdf, Montevideo/Buenos Aires 2008, p. 409. En términos similares, SÁNCHEZ-OSTIZ, P., *La libertad del Derecho penal. Estudios sobre la doctrina de la imputación*, Atelier, Barcelona, 2014, p. 41.

(4) Aristóteles (385 a. C. - 323 a. C.). El Estagirita es el primero que presenta la noción de acción teleológica: «Se habla de causa como el fin (τὸ τέλος), esto es, el «aquello-para-lo-cual» (τὸ οὐ ἕνεκα), como la salud es causa del pasear. «¿Para qué pasea?» Decimos: «para estar saludable» y diciendo así creemos haber aducido la causa» (ARISTÓTELES, *Física*, II 3, 194b32-35). Especial interés para el abordaje de la doctrina clásica de la imputación merece el estudio de las distinciones que planteaba ARISTÓTELES entre lo «no-voluntario» y lo «involuntario». Al respecto véase ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, L III. Cito por la edición *Ética a Nicómaco*, Tecnos, Madrid, 2009.

(5) De gran trascendencia para la doctrina clásica, es la idea de imputación extraordinaria de la que Samuel PUFENDORF (1632-1694) trata en su «Elementorum Jurisprudentia Universalis» (1660). Allí, distingue entre hechos imputables ordinariamente, extraordinariamente y ni ordinaria, ni extraordinariamente (salvo que esta terminología no es literalmente propia de Pufendorf sino de Joachim Hruschka, quien la introduce en su interpretación de aquel, puede verse en HRUSCHKA, J., «Ordentliche und außerordentliche Zurechnung bei Pufendorf. Zur Geschichte und zur Bedeutung der Differenz von actio libera in se und actio libera in sua causa», *ZStW* 96, 1984, pp. 661 ss. (una versión traducida por Nuria PASTOR MUÑOZ se puede hallar en HRUSCHKA, J., *Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la doctrina de la imputación*, 2.ª ed., Montevideo/Buenos Aires, 2009, pp. 51 ss.). En el caso de Christian WOLFF (1679-1754), como contribuciones a la doctrina clásica podemos mencionar su «Philosophia Practica Universalis» (1738) en la que se opone a la identificación de *imputatio* con *applicatio legis ad factum*. Por su parte, Joachim Georg DARIÉS (1714-1791), en sus «Institutiones Jurisprudentiae Universalis» (1740), ya tiene en claro que es necesario diferenciar dos niveles de imputación: *imputatio facti* e *imputatio iuris*, y que ambos juicios de imputación poseen una naturaleza diversa a la *applicatio legis ad factum*.

(6) Por Escuela de Jena entiendo aquella corriente de pensamiento que, durante el siglo XVIII y en la facultad de Derecho de la Friedrich-Schiller-Universität (Jena), se dedicó al estudio y desarrollo de la doctrina clásica de la imputación. Entre sus principales autores cabe mencionar a Lehmann (1709-1740), Köhler (1720-1737), Schierschmid (1737-1743), Daries (1736-1763), Engau (1726-1755), entre otros.

Immanuel Kant(7), para luego pasar al olvido por más de un siglo en las bibliotecas occidentales, hasta que el profesor alemán Joachim Hruschka(8) la trajera en el siglo pasado nuevamente al centro de la discusión de la dogmática penal. Cabe señalar, que las contribuciones del maestro de Erlangen han sido ampliadas y pulidas por el Catedrático español Pablo Sánchez-Ostiz(9) quien ha despertado nuevamente el interés por el pensamiento clásico.

Pareciera que esta tradición culmina con Feuerbach quien arriba a Jena en 1792 y ejerce la docencia hasta 1799. Si bien este último bebe de fuentes kantianas, sacará a relucir una tendencia que acompaña desde entonces y hasta nuestros tiempos a la dogmática penal: la de relegar a datos empiristas la determinación de la responsabilidad. Al respecto, LESCH, H., *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln-Berlin-Bonn-München, 1999, pp. 57 ss. (hay una traducción de Juan Carlos Gemignani disponible en LESCH, H., *El concepto de delito. Las ideas fundamentales de una revisión funcional*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2016).

(7) La filosofía moral de Immanuel KANT (1724-1804), la cual merece la calificación de humanista, proporciona una fundamentación sólida a las categorías de la doctrina clásica. En particular merece atención su concepción de persona, libertad, delito e imputación; categorías que podemos hallar en su introducción a «Die Metaphysik der Sitten» (1797). El concepto de persona como sujeto dotado de dignidad se desprende, en cambio, de la obra «Grundlegung zur Metaphysik der Sitten» (1785). A estos conceptos dedicaré la sección 2.1.

(8) En el caso de Joachim HRUSCHKA (1935-2017), si bien no es el «creador» de la doctrina clásica de la imputación, no creo errado afirmar que es quien la redescubre y sistematiza. Entre las obras en las que el autor retoma los conceptos fundamentales de la doctrina clásica de la imputación se destacan: «Strukturen der Zurechnung» (1976), «Ordentliche und außerordentliche Zurechnung bei Pufendorf. Zur Geschichte und zur Bedeutung der Differenz von actio libera in se und actio libera in sua causa» (1984), «Rechtfertigung und Entschuldigung. Rechtsvergleichende Perspektiven I» (1987), «Rechtfertigungs und Entschuldigungsgründe: Das Brett des Carneades bei Gentz und bei Kant» (1991), «Verhaltensregeln und Zurechnungsregeln» (1991), «Regreßverbot, Anstiftungsbegriff und die Konsequenzen» (1998), «Der Einfluß des Aristóteles und der Aristóteles-Rezeptionen auf die Bildung heutiger Rechtsbegriffe am Beispiel der actio libera in causa» (2003). Una colectánea de obras del Prof. HRUSCHKA sobre la doctrina de la imputación han sido traducidas al español bajo el título «Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la doctrina de la imputación» (1.ª ed. 2005 y 2.ª ed. 2009). No es posible dejar de mencionar su particular –por el método inductivo que utiliza– manual de parte general «Strafrecht nach logisch-analytischer Methode» (1.ª ed. 1983 y 2.ª ed. 1988) y dos obras en coautoría con su esposa Sharon BYRD: «Kant and law» (2006) y «Kant's Doctrine of right: a commentary» (2010). Para el lector interesado en conocer la vida y obra académica del maestro de Erlangen recomiendo, SÁNCHEZ-OSTIZ, P., «Joachim Hruschka (1935-2017) - In memoriam», *InDret* (1), 2018, pp. 1-5.

(9) El enfoque del Prof. SÁNCHEZ-OSTIZ proporciona cuanto menos un soplo de aire fresco a discusiones con frecuencia petrificadas. Si no me equivoco, el Catedrático de la Universidad de Navarra, buen conocedor de que la solidez del pensamiento jurídico-penal no puede depender exclusivamente de su coherencia interna, busca ampliar el espectro de estudio y abrir la puerta de la dogmática a la filosofía

En las páginas que siguen, no busco emprender el estudio de la doctrina clásica de la imputación como un mero trabajo de erudición historicista, pues no se trata de hacer arqueología de ruinas antiguas o filología de apolillados textos clásicos, sino más bien como un ejercicio de dogmática jurídica(10). En consecuencia, la propuesta consiste en acercarse al pasado con la pretensión de dar respuestas a los problemas actuales que desafían a la dogmática penal.

Anticipando una parte de las conclusiones podría decirse que, si bien con la doctrina clásica de la imputación no estaba todo dicho, tampoco todo es nuevo con la moderna teoría del delito, pues al fin de cuentas las estructuras son las mismas y es posible enriquecer a esta última con la amplia dosis de *racionalidad* que proporciona aquella anterior.

## 2. DOCTRINA CLÁSICA DE LA IMPUTACIÓN

Atribuirnos responsabilidad pertenece al conjunto de operaciones de conocimiento y valoración de la realidad humana(11). A diario efectuamos juicios de imputación, por tanto, estos no son exclusivos del Derecho penal, ni siquiera del Derecho, pues tienen lugar también en otros órdenes normativos. Al imputar entran en juego conceptos tales como «acción», «persona», «libertad»..., es por ello que los fun-

---

(moral). Por lo demás, esta manera de entender la ciencia penal no es novedosa pues hace varios años Fletcher afirmaba: «Criminal Law is a species of political and moral philosophy» (FLETCHER, G., *Rethinking Criminal Law*, Oxford University, New York, 1978, preface). En el caso de SÁNCHEZ-OSTIZ, es posible hablar de una *saga* de su autoría, en la que el hilo conductor es el estudio de la imputación (penal) desde una perspectiva moral. En esta serie de trabajos, encontramos: «Imputación y teoría del delito. La doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo» (2008), «La Libertad del Derecho penal. Estudios sobre la doctrina de la imputación» (2014) y «Víctimas e infractores, cumplidores y héroes. La culpabilidad en clave de imputación» (2018). A ellos cabe agregar, la coordinación de la traducción de los trabajos del profesor HRUSCHKA en «Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la doctrina de la imputación» (2009).

(10) Soy partidario de una dogmática penal que asuma tres misiones: i) indagar acerca de las estructuras del sistema jurídico-penal de normas; ii) Realizar reflexiones ético-normativas que den respuesta acerca de qué conductas son mercedoras de pena y cuales no; y iii) trabajar y comentar el Derecho penal vigente (HRUSCHKA, J., «Das Strafrecht neu durchdenken! Überlegungen aus Anlaß des Buches von George P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law*», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1981, p. 237). A estas tareas de la dogmática me referiré en el punto 4.2.

(11) SÁNCHEZ-OSTIZ, P., *Víctima e infractores, cumplidores y héroes. La culpabilidad en clave de imputación*, Bdef, Montevideo/Buenos Aires, 2018, p. 13.

damentos de una operación de esta naturaleza no provienen de la ciencia penal, sino que se encuentran en otro ámbito del saber: la filosofía(12).

La doctrina clásica de la imputación consiste en un conjunto de categorías que durante siglos se han venido elaborando desde la filosofía moral para atribuirnos responsabilidad. Como ya se podrá apreciar, el concepto de *imputación* ocupa un lugar central en ella. Por tanto, resulta necesario definir qué se entiende por tal. En la introducción a su «Metafísica de las costumbres», Kant afirma:

«Imputación (*imputatio*) en sentido moral es el juicio en virtud del cual alguien es considerado como artífice (*causa libera*) de una acción, que a partir de entonces se llama hecho (*factum*) y se somete a las leyes; dicho juicio se llama imputación con validez jurídica (*imputatio iudiciaria s. valida*) si lleva consigo a la vez las consecuencias jurídicas de este hecho, si no, solo una imputación dictaminadora (*imputatio diiudicaria*). Aquella persona (física o moral) que tiene la capacidad de imputar con validez jurídica se llama juez o tribunal (*iudex s. fórum*)»(13).

Si imputar significa «hacer-responsable» y el Derecho penal pretende, mediante lo que se denomina teoría del delito, decir qué es un

---

(12) Dirá Couture: «La más grande de las desdichas que le puede ocurrir a un estudioso del Derecho, es la de no haber sentido nunca en su disciplina un estado de ansia filosófica. O mejor aún: un estado de ansia por no haber comenzado por una plena formación filosófica para llegar, después de ella, al trabajo menudo de su ciencia», véase COUTURE, E. J., Prólogo, en GOLDSCHMIDT, J., *Problemas generales del Derecho*, Depalma, Buenos Aires, 1944, p. 9. En similar sentido Welzel afirma: «Yo creo que se podría demandar de todo jurista que adquiriera, por lo menos durante sus estudios, las bases de cualquier otra disciplina, en particular conocimiento de economía nacional psicología, psiquiatría, medicina y teología. La ciencia penal guarda a su vez gran relación con la filosofía. El Derecho penal fue desde siempre, una puerta de ingreso para la filosofía y la actual situación científica estimula una profunda fundamentación filosófica de los conceptos penales básicos» (WELZEL, H., *Vom Bleibenden und vom Vergänglichen in der Strafrechtswissenschaft*, Elwert, Marburg, 1964, pp. 27-28).

(13) El texto en alemán reza: «Zurechnung (*imputatio*) in moralischer Bedeutung ist da Urteil wodurch jemand als Urheber (*causa libera*) einer Handlung, die alsdann That (*factum*) heißt und unter Gesetzen steht, angesehen wird; welches, wenn es zugleich die rechtlichen Folgen aus dieser That bei sich führt, eine rechtskräftige (*imputatio iudiciaria, s. valida*), sonst aber nur eine beurteilende Zurechnung (*imputatio diiudicatoria*) sein würde. -Diejenige (physische oder moralische) Person, welche rechtskräftig zuzurechnen de Befugnis hat, heißt der Richter oder auch der Gerichtshof (*iudex s. fórum*)» (KANT, I, *Die Metaphysik der Sitten*, F. Nicolovius, Königsberg 1803, p. XXIX). En este trabajo he seguido, por considerar más acertada, la traducción expuesta en SÁNCHEZ-OSTIZ, P. *Imputación y teoría del delito, op. cit.*, p. 63, la cual difiere de la de Adela CORTINA ORTS y Jesús CONILL, (KANT, I., *La Metafísica de las costumbres*, Altaya, Barcelona, 1993, p. 35), en la que el término *Urheber* se traduce como «autor» y *That* como «acto».

delito y hacer responsable al autor por su hecho, no podrá prescindir de (es más, le será productivo recurrir a) una doctrina que esté en condiciones de proporcionar una sólida fundamentación filosófica a la cotidiana operación –humana y social– que llamamos imputación.

No es posible abordar aquí la evolución de una doctrina que se ha desarrollado durante siglos, pero sí es preciso decir, de forma preliminar, que Aristóteles es quien, a través de sus consideraciones sobre los conceptos de voluntad y voluntariedad de la acción, ha puesto las semillas sobre las que luego trabajarán los pensadores clásicos. A su vez, el desarrollo de esta doctrina mucho debe a la filosofía de la ilustración que va desde Pufendorf hasta Kant pasando, entre otros, por Christian Wolff(14). Precisamente Kant es quien recibe la herencia de los autores del Derecho natural racionalista que le preceden(15) y formula de manera particular los presupuestos y condicionantes de toda imputación. Me refiero a dos de los conceptos que se encuentran en la base de la doctrina clásica: «persona» y «libertad», a ellos aludiré de inmediato (2.1). Al decir que alguien que ha obrado, ya sea contra, conforme o incluso más allá de una regla, indirectamente se está afirmando que esa persona se hallaba afectada por una norma(16). La distinción entre reglas de conducta y reglas de imputación –uno de los grandes méritos de la doctrina clásica–, se abordará posteriormente (2.2). Una vez presentados los presupuestos estaremos en condiciones de desarrollar sus categorías, es decir, analizar los dos niveles de imputación (*imputatio facti* e *imputatio iuris*) y el juicio de valoración o medición que se encuentra entre ellos (*applicatio legis ad factum*) (2.3). En base a los textos de Hruschka describiré las ideas fundamentales de la imputación ordinaria y extraordinaria en Pufendorf (2.4) para finalmente concluir el apartado con un *racconto* de lo expuesto (2.5).

## 2.1 Presupuestos: persona y libertad

Si asumimos la definición de Kant y, por tanto, imputación es un juicio en el que se declara al artífice (*Urheber*) como *causa libera* de su hecho (*factum*), el cual luego se someterá a las leyes, surgen de

---

(14) Sobre la influencia de la filosofía de la ilustración en la ciencia penal véase, entre otros, SCHAFFSTEIN, F., *Die allgemeinen Lehre vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Rechts*, Aalen Scientia-Verlag, Berlin, 1973, pp. 87 ss.

(15) El legado de los autores del Derecho natural racionalista ha sido expuesto en WELZEL, H., *Introducción a la filosofía del Derecho. Derecho natural y justicia material*, F. Aguilar, Madrid, 1957, pp. 133 ss.

(16) Así, SÁNCHEZ-OSTIZ, P., *Imputación y teoría del delito*, op. cit., 2008, p. 388.

inmediato al menos dos interrogantes: ¿quién puede ser artífice de un hecho? ¿Qué se entiende por libertad?

Definiciones de *imputatio* similares a la que presenta Kant en su metafísica son posibles hallar en autores que le preceden(17), pero si se pretende indagar sobre los presupuestos de ella y redescubrir la doctrina clásica de la imputación en base a un humanismo racionalista fundado en la autonomía del sujeto, ¿qué mejor que recurrir a quien es posible atribuir el mérito de ser el pensador de la dignidad por antonomasia?(18) Según Kant, «persona» es el sujeto cuyas acciones son imputables, mientras que una cosa es algo no susceptible de imputación(19). Con esta sola afirmación nos bastaría para responder una de las preguntas iniciales de este apartado. Sin embargo, es necesario brindar mayores precisiones sobre el concepto de persona en el criticismo kantiano. Para Kant, la operación de imputación es expresión de una causalidad inteligible del sujeto y no de su *empiria*, es decir, se somete a juicio a un sujeto pensante, a un *homo noumenon*. Persona como *homo noumenon* es un ser inteligible, racional *en sí*, moral(20). La otra dimensión que posee el ser humano es la fenoménica, la cual solo permite describir a un empírico ser instintivo, a un *homo phaenomenon*(21). Se puede observar que se nos presentan dos dimensiones distintas: una empírica y otra inteligible, dos mundos que conjugan en un mismo sujeto, el de la sensibilidad y el de la razón(22). Lo relevante en la operación de imputación no es la dimensión fenoménica, la cual es posible predicar también de los animales, sino más bien la nouménica, en tanto que el hombre como ser racional muestra la experiencia de la capacidad de elegir de acuerdo con la ley o en contra de la

(17) Por ejemplo, en WOLFF: «Et iudicium, qua causa libera declaratur agens actionis suae, vel ejus, quod ex ea sequitur, sive boni, sive mali, imputatio appellatur. Quamobrem non imputari possunt nisi actiones liberae, quatenus liberae sunt, attamen ab actione quadam libera praecedente dependent», WOLFF, C., *Institutiones juris naturae et Gentium, in quibus ex ipsa hominis natura continuo nexu omnes obligationes et jura Omnia*, 1750, pp. II-26.

(18) En profundidad, GONZÁLEZ, A. M., «La dignidad de la persona, presupuesto de la investigación científica. Concepciones de la dignidad», en Ballesteros J. y Aparisi Miralles A. (eds.), *Biotecnología, dignidad y derecho: bases para un diálogo*, EUNSA, Pamplona, 2004, pp. 17-41.

(19) «*Sache ist ein Ding, was keiner Zurechnung fähig ist*» (KANT, I., *Die Metaphysik der Sitten, op. cit.*, 1803, p. XXIII).

(20) «The homo noumenon is the human being as an “intelligible being”, a “moral being”, in contrast to the human being (the homo phaenomenon) as (merely) a “being with reason”...». Al respecto, BYRD, S./HRUSCHKA, J., *Kant's Doctrine of Right. A Commentary*, Cambridge University Press, New York, 2010, pp. 283 ss.

(21) En detalle, LESCH, H., *Der Verbrechensbegriff, op. cit.*, 2016, p. 27.

(22) En este sentido, LLANO CIFUENTES, A., *Fenómeno y trascendencia en Kant*, 2.ª ed., EUNSA, Pamplona, 2002, pp. 256 ss.

ley(23). Esa *capacidad* que ostentan los seres racionales *en sí* es lo que posibilita considerarlos *causa libera* de un hecho, es decir, no a título de mera causación de un efecto sino como origen radical de ese *factum*. Asimismo, ello es lo que permitirá, en el segundo nivel de imputación, juzgar ese hecho como meritorio (*meritum*) o demeritorio (*demeritum*). En otras palabras, los dos mundos –fenoménico y nouménico– convergen en un mismo sujeto y posibilitan la imputación, en el sentido de que esta solo es posible sobre una *causa libera* nouménica, la cual a su vez presupone la capacidad (empírica) de obrar. De modo que «deber implica poder»(24). De lo dicho se desprende que la diferencia entre el hombre y los demás seres naturales (y desde luego artificiales) no es una mera diferencia cualitativa, pues las cosas tienen valor, mientras que las personas –y solo ellas– tienen dignidad(25).

Concebir a la persona en estos términos implica, siguiendo a Hruschka, un cambio en el concepto de humanidad(26), el cual, según creo, ha sido la llave en las historias de las ideas para escapar a ese mecanicismo que desde el siglo XVI ha pretendido irrumpir como teoría filosófica(27). No es propio de un trabajo de estas características profundizar sobre los conceptos antes vertidos, pero no es posible obviar una importante consecuencia del planteo: una noción de persona como la que aquí se ha expuesto, no solo tiene implicancia a la

---

(23) Según el texto en alemán: «Nur das Können wir wohl einsehen: daß, obgleich der Mensch, als Sinnenwesen, der Erfahrung nach ein Vermögen zeigt, dem Gesetze nicht allein gemäß, sondern auch zuwider zu wählen...» (KANT, I., *Die Metaphysik der Sitten*, op. cit., 1803, p. XXVII).

(24) Así, SÁNCHEZ-OSTIZ, P., *Imputación y teoría del delito*, op. cit., 2008, pp. 179-180.

(25) «The human being's dignity results from the fact "that he stands above all other beings in the world, which are not human... and thus above all things". By not being relative, dignity distinguishes itself from price. A Price determines the relative value of a thing, whereas dignity means "absolute internal value"...» (BYRD, S./HRUSCHKA, J., *Kant's Doctrine of Right*, op. cit., 2010 p. 287).

(26) BYRD, S./HRUSCHKA, J., *Kant's Doctrine of Right*, op. cit., 2010, p. 286.

(27) Esta es la idea que saca a relucir Ana Marta GONZÁLEZ cuando afirma: «El proceso por el cual el hombre contemporáneo ha llegado a familiarizarse con tal autocomprensión dualista de sí mismo es largo y complejo, pero tiene que ver con la paulatina asimilación de un modo de acercarse a la naturaleza supuesto por la ciencia moderna que irrumpe con fuerza en el siglo XVI, y que tomó cuerpo de teoría filosófica en pensadores como Bacon o el propio Descartes: el mecanicismo. Que la avanzada de la ciencia contemporánea haya venido a desmentir el mecanicismo como teoría general de la naturaleza<sup>4</sup> es algo que sólo lentamente irá calando en las conciencias europeas» (GONZÁLEZ, A. M., «Naturaleza y dignidad personal desde el pensamiento de Robert Spaemann», en Sarmiento A. et al. (eds.), *El Primado de la persona en la moral contemporánea: XVII Simposio Internacional de Teología de la Universidad de Navarra*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, Pamplona, 1997, pp. 215-224.

hora de atribuirnos responsabilidad, sino también en el momento imponer una pena. Kant dirá:

«La pena judicial (*poena forensis*), distinta de la natural (*poena naturalis*), por la que el vicio se castiga a sí mismo (...) no puede nunca servir simplemente como un medio para fomentar otro bien, sino que ha de imponérsele solo porque ha delinquido; porque el hombre nunca puede ser manejado como medio para los propósitos de otros ni confundido entre los objetos del derecho real (*Sacherech*)»(28).

En síntesis, los juicios de imputación son solo posibles respecto de personas. De acuerdo con la filosofía kantiana estas tienen dos dimensiones: una fenoménica y otra nouménica. Su inteligibilidad es lo que la diferencia de los otros seres de la naturaleza, fundamenta la capacidad de elección y posibilita someterla a juicios de imputación. El solo hecho de afirmar que un agente es *causa libera* de ese *factum* nos lleva a referirnos al segundo presupuesto: la «libertad».

Recientemente el filósofo argentino del Derecho Andrés Rosler ha recordado con Montesquieu que no hay palabra que haya recibido significados más diferentes que «libertad»(29). Consciente de la polisemia del término y de la vasta doctrina en la materia, me limitaré tan solo a exponer el sentido de libertad como presupuesto de la doctrina clásica, y más en concreto, aludiré a la función que se le ha asignado en ella.

En su definición de imputación, Kant indica que el artífice de un hecho es considerado su *causa libera*. La expresión *causa libera* ya había sido adoptada previamente por Pufendorf –y luego por Wolff–, y expresa que una persona no es el autor del hecho en un sentido mecanicista de causa-efecto, sino como punto de partida, causa originaria; en fin, como origen radical de ese hecho en la medida que procede con libertad. Wolff, siguiendo esta línea, emplea términos similares, pues entiende por libertad el obrar del hombre que no depende sino de sí mismo y que es independiente de la voluntad de

(28) «Richterliche Strafe (*poena forensis*), die von der natürlichen (*poena naturalis*), dadurch das Laster sich selbst bestraft und auf welche der Gesetzgeber gar nicht Rücksicht nimmt, verschieden, niemals bloß als Mittel, ein anderes Gute zu befördern, für den Verbrecher selbst, oder für die bürgerliche Gesellschaft, sondern muß jederzeit nur darum wider ihn verhängt werden, weil er verbrochen hat; den der Mensch kann nie bloß als Mittel zu den Absichten eines anderen gehandhabt und unter die Gegenstände des Sachenrechts gemengt werden...» (KANT, I., *Die Metaphysik der Sitten*, op. cit., 1803, p. 226).

(29) ROSLER, A., *Razones públicas, seis conceptos básicos sobre la república*, Katz, Buenos Aires, 2016, p. 32.



cualquier otro(30). Esta es la tradición con la que se encuentra Kant y que parece haber influido en su definición de imputación. En la introducción de la metafísica afirma:

«[...] solo conocemos la libertad (tal como se nos manifiesta ante todo a través de la ley moral) con una propiedad negativa en nosotros; es decir, la propiedad de no estar forzados a obrar por ningún fundamento sensible de determinación»(31).

La libertad se nos presenta por los autores de la doctrina clásica como autonomía de la voluntad(32), en el sentido de que el agente lleva a cabo un hecho que depende de la voluntad del ser humano como *causa libera*, en la medida que no tiene lugar sin su determinación producida por un acto de la voluntad previo conocimiento del intelecto(33). Esta noción de libertad, en la que confluye un elemento volitivo y otro cognitivo, ha sido profundizada recientemente por Sánchez-Ostiz, quien distingue entre libertad básica (o mínima) y libertad plena (o específica). Como se verá, ambas tienen gran trascendencia en las categorías de la doctrina de la imputación. Brevemente, a continuación, desarrollaremos la propuesta del catedrático español, siendo conscientes de que ella va mucho más allá de lo que aquí es posible desarrollar(34). De este modo, solo nos limitaremos a los aportes que luego nos permitan comprender cuál es el papel de la «libertad» en los juicios de imputación.

«Volición» y «voluntariedad» son, para Sánchez-Ostiz, dos formas distintas de referirse a la libertad. La primera tan solo designa la libertad más básica, la mínima requerida para afirmar que algo constituye un hecho, mientras que la segunda apunta a una libertad plena, necesaria para afirmar que alguien ha obrado bien o mal(35). En otras palabras, para afirmar que alguien ha obrado, resulta necesario que el

(30) Una breve y precisa referencia a la evolución de la noción de *causa libera* en PUFENDORF y WOLFF puede hallarse en SÁNCHEZ-OSTIZ, P., *Imputación y teoría del delito*, op. cit., 2008, pp. 78 ss.

(31) «... die Freiheit (so wie sie uns durchs moralische Gesetz allererst kundbar wird) kennen wir nur als negative Eigenschaft in uns, nämlich durch keine sinnliche Bestimmungsgründe zum Handeln genötigt zu werden» (KANT, I., *Die Metaphysik der Sitten*, op. cit., 1803, p. XXVII).

(32) Esta es la interpretación que se desprende de GONZÁLEZ, A. M., *La dignidad de la persona*, op. cit., 2004, pp. 17-41.

(33) Así, SÁNCHEZ-OSTIZ, P., *Imputación y teoría del delito*, op. cit., 2008, p. 79.

(34) Sobre la noción de libertad y sus incidencias en el Derecho penal, según SÁNCHEZ-OSTIZ, véase SÁNCHEZ-OSTIZ, P., *Imputación y teoría del delito*, op. cit., 2008, pp. 439-448, mismo autor, *La libertad del Derecho penal*, op. cit., 2014, pp. 179-208 y *Víctima e infractores, cumplidores y héroes*, op. cit., 2018, pp. 15-35.

(35) Así, SÁNCHEZ-OSTIZ, P., *Víctimas e infractores*, op. cit., 2018, p. 42.

agente haya tenido la capacidad de elegir. En este sentido, hablar de elección implica tener al menos una alternativa, contar con un campo de posibilidades reales(36). En concreto, volición significa aquí capacidad mínima, contar con al menos una opción, por pobre y limitada que sea. A su vez, todo querer viene precedido por un «conocer», por lo que esta libertad básica también se ve integrada por el «conocimiento». Al aspecto cognoscitivo, lo llamaremos simplemente «conocer». Este consiste en captar la realidad fáctica que se nos presenta, la cual será luego objeto de volición(37). En efecto, para hablar de una conducta de homicidio es preciso acreditar que el autor «conocía» que le disparaba a su víctima y no a un espantapájaros. Ahora bien, la libertad básica, tal como se dijo, es la que nos permite determinar si existe o no un hecho, pero, en cambio, no hace posible valorar a ese hecho como bueno o malo, meritorio o demeritorio; ello será posible a la luz de lo que se entiende por libertad plena.

Un obrar voluntario –y por ende libre– solo es predicable de quién actúa con volición y además con voluntariedad. La capacidad de decisión articulada por motivos o razones es la que posibilita al artífice optar por lo que es efectivo y ello es a lo que denominamos «voluntariedad»(38). Así como la volición debe venir precedida del conocimiento para configurar la libertad mínima, la libertad plena requiere de voluntariedad y de un elemento cognitivo: el «saber». Este último se diferencia del mero «conocer» en tanto que no se relaciona con la realidad fáctica objeto de su actuar, sino más bien con captar el sentido o significado normativo de esa realidad. En otros términos, no solo basta con que el sujeto mate, sino que «sepa» que matar está prohibido.

Recapitulando, la libertad en un sentido positivo como autonomía, y en sentido negativo como no-condicionamiento, sería la síntesis del pensamiento kantiano en la materia. En una posición cercana, pero que presenta sus particularidades propias(39), se propone distinguir dos maneras de referirse a la libertad: una básica y otra plena. Si un

(36) Cfr. WEINBERGER, O., *Alternative Handlungstheorie*, Böhlau, Wien, 1996, p. 106.

(37) SÁNCHEZ-OSTIZ, P., *Víctimas e infractores*, op. cit., 2018, p. 24.

(38) Para esa libertad básica se propone el término «volición», que designa el mero acto de la voluntad por un objeto, y que no incluye todavía la consideración del sentido pleno del obrar. Cuando damos entrada, en cambio, a este último, la libertad se puede designar mejor con el término «voluntariedad», expresión que se propone para resaltar el *compromiso* del artífice por el objeto de su obrar percibido como bien. En detalle, SÁNCHEZ-OSTIZ, P., *Imputación y teoría del delito*, op. cit., 2008, p. 443.

(39) En concreto: «Dicha libertad se hallaría a mitad de camino entre la libertad como mera opción (arbitrariedad, el aspecto «negativo» de la definición kantiana),

agente obra conociendo la realidad fáctica objeto de su conducta y cuenta con al menos una opción, entonces se dice que actuó con volición y conocimiento, es decir, con una libertad mínima (básica). Ese acto no es aún pleno, pues para ello se requiere que el agente sepa que su obra es lícita (o ilícita), buena (o mala) y que perciba el objeto de su obrar como un bien, es decir, que actúe movido de acuerdo con motivos que lo inclinan hacia él. En este último caso se aprecia una libertad plena, que se forma de voluntariedad + saber.

En los párrafos precedentes se ha intentado poner de manifiesto que una operación de imputación solo es posible respecto de personas. Estas, al igual que otros seres (naturales y artificiales), cuentan con una dimensión fenoménica, pero además poseen una dimensión nouménica, que los convierte en seres inteligibles capaces de razón. Luego se demostró que el obrar humano es mínimamente libre si cuenta con volición y conocimiento, y que es pleno si también posee voluntariedad precedida por el saber. Es turno ahora de avanzar hacia el estudio de la distinción entre reglas de comportamiento y de imputación.

## 2.2 Reglas de comportamiento y reglas de imputación

Los autores de la doctrina clásica lograron distinguir entre el objeto de un juicio de imputación, esto es un hecho (*factum*) –que conforme a la definición kantiana luego se somete a las leyes–, y las reglas de imputación las cuales permiten al juez atribuir responsabilidad.

La persona como «ser racional» no actúa al igual que los «seres instintivos», sino que es capaz de regirse según pautas. Toda imputación es un juicio sobre una acción, en tanto que ella ha surgido de la libertad de la persona, en relación con ciertas reglas prácticas. Por ello, en la imputación debe haber una acción libre y una ley: un hecho es una acción libre que queda subsumido bajo una ley(40). Con todo, efectuar una operación de imputación presupone la existencia de una regla dirigida a un destinatario capaz de cumplirla(41) e implica una posterior subsunción de ese hecho en la norma. Nos estamos refi-

---

y la libertad entendida como autonomía (aspecto «positivo» de la definición Kantiana)» (SÁNCHEZ-OSTIZ, P., *Imputación y teoría del delito*, op. cit., 2008, p. 446.

(40) Así surge de KANT, I., *Vorlesung zur Moralphilosophie*, 1777. Cito por la ed. Stark, Walter de Gruyter, 2004, p. 87 23-24.

(41) Advierten –Byrd y Hruschka– que el célebre «Ought implies can» que se le atribuye a Kant, es en realidad mucho más antiguo y que posiblemente se remonta a Wolff. Luego habría sido ironizado por Schiller con el no menos conocido «Du kannst, den du sollst» (puedes, puesto que debes). En profundidad, BYRD, S./HRUSCHKA, J., *Kant's Doctrine of Right*, op.cit., 2010, pp. 294 ss.

riendo aquí a las reglas de comportamiento (*Verhaltensregeln*)(42), las cuales poseen una doble función: de configuración de conducta y de medición(43). Las reglas de conducta como modelo de comportamiento apuntan a influir, guiar, en definitiva, conformar la vida de los destinatarios(44). Estas reglas consisten en mensajes normativos deónticos dirigidos a potenciales sujetos concretos, poseen una función en prospectiva y pueden establecer prescripciones o prohibiciones, pero también pueden ser de tipo permisivas(45). Las reglas prohibitivas indican a los receptores un «no deber hacer». Por ejemplo: «¡No debes matar!, ¡No debes robar!» En cambio, las reglas prescriptivas imponen al destinatario un deber hacer determinado. Por ejemplo: en caso de que tu prójimo se encuentre desvalido, «¡Debes prestarle auxilio!» Las reglas de comportamiento no solo tienen contenido de deber u obligación, sino también de facultad. A estas últimas se las llama facultativas (o permisivas) y son pautas que guían al sujeto respecto de lo que les está permitido hacer o no hacer: «¡En una situación de legítima defensa te está permitido matar al agresor, si ello es necesario para rechazar la agresión!»

Un sistema de reglas carecería de sentido si ellas solo pudieran emplearse para guiar la conducta de los ciudadanos, mas no para la medición de lo obrado. De modo que, junto con la función de configuración de futuras acciones, las reglas de conducta cumplen una función de baremo o escala de medición(46). Aquí ya no se trata de prohibiciones, prescripciones o reglas permisivas, sino de «tipos»

(42) En el ámbito angloamericano Paul ROBINSON ha despertado el interés por el estudio de las reglas de conductas (*the rules of conduct*) y su relación con el *Model Penal Code*. Véase ROBINSON, P., *Structure and Function in Criminal Law*, Clarendon Press, Oxford, 1997, pp. 143-156.

(43) Una reivindicación del alcance (prohibitivo) de las reglas de comportamiento puede verse en: FUENTE HULAUD DE LA, F., *¿Qué prohíben las normas de comportamiento?: una reflexión sobre las normas de conducta de los delitos resultativos. A la vez, un comentario crítico a la Teoría Analítica de la Imputación*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2019, *passim*.

(44) HRUSCHKA, J., *Imputación y Derecho penal*, 2009, p. 13. A su vez, MAÑALICH dirá que las normas de comportamiento son «razones para la acción» (cfr. MAÑALICH, J. P., «La exculpación como categoría del razonamiento práctico», *InDret*, (1), 2013, p. 2.

(45) Kant hablaba de ley preceptiva, prohibitiva o permitida: «Weil aber Verbindlichkeit nicht bloß praktische Notwendigkeit (dergleichen ein Gesetz überhaupt aussagt) sondern auch Nötigung enthält, so ist der gedachte Imperativ entweder ein Gebot –oder Verbot– gesetzt, nachdem die Begehung oder Unterlassung als Pflicht vorgestellt wird. Eine Handlung, die weder geboten noch verboten ist, ist bloß erlaubt, weil es in Ansehung ihrer gar kein die Freiheit (Befugnis) einschränkendes Gesetz und also auch keine Pflicht gibt» (KANT, I., *Die Metaphysik der Sitten*, *op. cit.*, 1803, p. XXI).

(46) SÁNCHEZ-OSTIZ, P., *Imputación y teoría del delito*, *op. cit.*, 2008, p. 33.

delictivos (comisivos u omisivos) o de justificación. Las reglas de comportamiento en función de medición actúan en retrospectiva dirigiéndose al *iudex* para que valore los hechos *ex post facto*. Las reglas prohibitivas se transforman en tipos comisivos, las prescriptivas en tipos omisivos y las facultativas en tipos de justificación. Siguiendo los ejemplos anteriores la regla «¡No debes matar!» se convierte en el tipo delictivo homicidio, la regla prescriptiva que establece «¡Debes prestar auxilio!» en un tipo omisivo, omisión de auxilio o abandono de persona, mientras que la regla permisiva que faculta a matar si ello es necesario para repeler una agresión ilegítima, se transformaría en el instituto de la legítima defensa como tipo de justificación.

Es preciso aclarar que no hay reglas de comportamiento que solo cumplan una función de configuración de conducta y otras que solo puedan ser utilizadas como baremo de medición. En realidad, son dos caras de una misma moneda(47), un conjunto, una unidad. Tan absurdo sería un sistema de reglas que indique a las personas que pueden hacer o dejar de hacer mas luego no permita afirmar si el agente actuó conforme o contra la regla, como aquel que solo cuente con reglas en función de medición sin precisar pautas que orienten al virtual agente sobre lo que debe o puede hacer u omitir.

Las reglas de comportamiento permiten guiar la conducta de las personas y medir lo obrado conforme a la norma en cuestión, pero no hacen posible imputar una acción como hecho ni juzgarlo como meritorio o demeritorio, para ello es necesario contar con un sistema de reglas distinto, es aquí donde entran en juego las reglas de imputación (*Zurechnungsregeln*). Estas solo poseen una función en retrospectiva y se dirigen primariamente a quien debe juzgar una conducta *ex post* que, en el ámbito del Derecho penal, será el juez(48). Las reglas de imputación establecen los requisitos que permiten atribuir una acción como hecho, o un hecho como meritorio o demeritorio, cuándo no se puede hablar de hecho o cuándo no cabe reprochar al sujeto lo realizado. En otros términos, estas reglas enuncian las condiciones de las cuales depende la imputabilidad de la falta de omisión, de la acción respectivamente prohibida o la falta de ejecución de la acción respectivamente ordenada como una contradicción de la correspondiente

---

(47) HRUSCHKA, J., «Verhaltensregeln und Zurechnungsregeln», *Rechtstheorie* 22 (1991), pp. 449 ss. (este artículo ha sido traducido por Francisco BALDÓ LAVILLA y se encuentra en HRUSCHKA, J., *Imputación y Derecho penal*, op. cit., 2009, pp. 14-29).

(48) Es preciso señalar que las reglas de imputación son a su vez reglas de comportamiento para el juez, en tanto que lo guiarán para decidir si un acontecimiento debe ser o no imputado como hecho o si el hecho antijurídico le debe ser o no reprochado al agente.

norma de prohibición o de mandato(49). A este sistema de reglas pertenecen, por ejemplo, los preceptos que establecen el régimen del error de tipo, la enajenación mental, la embriaguez, entre otras(50).

Así como las reglas de conductas pueden ser prohibitivas, preceptivas o permisivas, las reglas de imputación son consecutivas o adversativas. Con todo, las reglas de carácter consecutivo son aquellas que permiten «enlazar» dos términos como consecuencia lógica: uno de ellos es consecuencia del otro. Por tanto, si se afirma que la libertad básica es la requerida para que un acto humano constituya un hecho y, estamos frente a una conducta realizada con volición y conocimiento, la consecuencia lógica será considerarla como *factum*. Dichas reglas consecutivas son las que se emplean en sede de imputación ordinaria. Por otro lado, aquellas reglas que permiten imputar «a pesar de» no darse los elementos que fundamentan la imputación de manera directa, es decir consecutiva, se las denomina de carácter adversativo(51). Se trata de reglas que operan en la imputación extraordinaria permitiendo atribuir un acto como hecho o reprochar el mismo al artífice pese a la presencia de un defecto (*actio non libera in se*). En efecto, su función es la de restablecer la imputación: una conducta, que no fue libre en el momento decisivo (*in se*), puede que lo haya sido en un momento anterior (*actio libera in sua causa*), mediante reglas adversativas es posible formular imputación (extraordinaria) en caso de que ese defecto provenga del propio agente.

Las ideas aquí esbozadas son tan solo parciales y serán completadas al desarrollar las categorías de la doctrina clásica. Por el momento es preciso reiterar que la imputación solo es posible respecto de personas que actúan con libertad y según reglas que hacen posible esta operación. Las reglas de comportamiento son pautas que orientan la conducta de los destinatarios y, a la vez, baremos de medición para el juez, de modo que tienen una función en prospectiva y otra en retrospectiva. Por su parte, las reglas de imputación se dirigen al juez, actúan en retrospectiva e indican cuándo hay un hecho, o bien si es posible atribuir responsabilidad al agente por el mismo(52). Estas

---

(49) Así, MAÑALICH, J. P., «La exculpación como categoría del razonamiento práctico», *op. cit.*, 2013, p. 8.

(50) SÁNCHEZ-OSTIZ, P., *La libertad del Derecho penal*, *op. cit.*, 2014, p. 58. A los ejemplos mencionados podríamos agregar las reglas relativas a la vencibilidad o no del error, aquellas sobre la minoridad, criterios de evitabilidad en la culpabilidad, etc.

(51) En detalle, SÁNCHEZ-OSTIZ, P., *Imputación y teoría del delito*, *op. cit.*, 2008, pp. 35 ss. Sobre las reglas de imputación de carácter adversativo véase también SÁNCHEZ-OSTIZ, P., *La libertad del Derecho penal*, *op. cit.*, 2014, pp. 146 ss.

(52) KINDHÄUSER ha sintetizado la cuestión así: «La construcción dogmática del hecho punible descansa en la aplicación de dos clases de reglas: de normas por una

últimas son de carácter consecutivo al permitir enlazar dos términos de manera lógica o de carácter adversativo haciendo posible efectuar el juicio a pesar de la presencia de un defecto que impide la imputación directa (u ordinaria).

### 2.3 Categorías: *imputatio facti, applicatio legis ad factum e imputatio iuris*

La doctrina clásica de la imputación contiene categorías propias de la filosofía moral que se han venido elaborando durante siglos para atribuirnos responsabilidad. Según entiendo, es con Hruschka que las estructuras se restauran, ordenan y adquieren especial interés para el público penalista. En efecto, las categorías que se presentarán a continuación son las que Pufendorf, Gundling, Wolff, Lehmann, Daries, y tantos otros, desarrollaran durante siglos, luego ordenadas (y sistematizadas) por Hruschka en el siglo pasado y reinterpretadas por Sánchez-Ostiz en el último tiempo<sup>(53)</sup>.

La doctrina clásica, gracias a los aportes de la filosofía, ha sacado a relucir que atribuirnos responsabilidad, ante todo, pertenece al conjunto de operaciones de conocimiento y valoración de la realidad humana y que, en definitiva, imputar y valorar son juicios comunes en el análisis de la «agencia»<sup>(54)</sup>. Esta doctrina sostiene que para atribuir responsabilidad a un agente deben efectuarse dos juicios de imputación y una operación de valoración. La imputación se presenta en dos niveles: *imputatio facti* e *imputatio iuris*. Por otra parte, la *applicatio legis ad factum* es un juicio que se encuentra imbricado entre aquellos, pero posee una naturaleza diversa: no de atribución sino de medición o valoración. Por tanto, la secuencia sería: *imputatio facti, applicatio legis ad factum e imputatio iuris*. En otros términos, en primer lugar, se imputa una acción como hecho (*factum*), el hecho luego se somete a las leyes, y finalmente se le atribuye responsabilidad al artífice a título de mérito o demérito.

---

parte, que en tanto enunciados de deber designan las condiciones bajo las cuales un comportamiento ha de verse como antijurídico, y de reglas de imputación por otra, con arreglo a las cuales se determina si el destinatario de una norma, en atención a sus capacidades efectivas, puede ser hecho responsable por un comportamiento antijurídico, incluidas sus consecuencias» (KINDHÄUSER, U., «El tipo subjetivo en la construcción del delito. Una crítica a la teoría de la imputación objetiva», *InDret*, (4), 2008, p. 2).

(53) Un resumen del desarrollo de las categorías de la doctrina clásica puede verse en HRUSCHKA, J., *Imputación y Derecho penal, op. cit.*, 2009, pp. 88 ss.; también en SÁNCHEZ-OSTIZ, P., *Imputación y teoría del delito, op. cit.*, 2008, pp. 13 ss.

(54) Se desarrolla dicho tema como tesis principal en SÁNCHEZ-OSTIZ, P., *Víctimas e infractores*, 2018, *op. cit.*, pp. 13 ss.

En el primer nivel de imputación, *imputatio facti*, se juzga si un suceso en el que alguien se ve inmerso es un hecho (*factum, Tat*) o si, en cambio, se trata de la mera causación de un efecto que no permitiría imputación alguna. Es un juicio por el que se considera al agente como la *causa moralis* de una acción, que, a partir de entonces, se la denominará hecho (*factum*) y se la someterá luego a las leyes(55). Ser la *causa moralis* o *libera* de un hecho significa que el autor, al obrar, ha contado con una alternativa distinta de la realizada, en el sentido de que efectivamente estaba en sus manos omitir el hecho comisivo o bien ejecutar el hecho omisivo. A su vez, implica afirmar que el agente no es una causa más de ese hecho sino su causa originante(56). Ahora bien, cabe realizar una distinción entre acción (*Handlung*) y hecho (*Tat*). La acción sería el objeto de este primer nivel de imputación, entendiéndose por tal un mero evento o suceso en el que se ve inmerso un ser humano, mientras que hecho (*factum, Tat*), sería el resultado del juicio sobre esa acción y que, en base a reglas de imputación, expresa que el mismo proviene de un artífice que es su *causa libera*(57).

La *imputatio facti* exige que el agente obre con libertad, concretamente, la acción se concibe como hecho si el artífice procedió de acuerdo con lo que hemos descrito como libertad básica (2.1). En efecto, hablar de hecho presupone la existencia tanto de volición, es decir, el agente tuvo al menos una opción, como de conocimiento, en el sentido de que su «querer» vino precedido del «conocimiento» de la realidad fáctica(58). Con todo, los componentes de la libertad mínima, esto es, «conocer» y «volición», deben estar presentes para imputar el acontecimiento como hecho. Antes de avanzar sobre las causas de exclusión de este nivel de imputación, es importante dejar

---

(55) Nuevamente aquí «Zurechnung (imputatio) in moralischer Bedeutung ist da Urteil wodurch jemand als Urheber (causa libera) einer Handlung, die alsdann That (factum) heißt und unter Gesetzen steht, angesehen wird...» (KANT, I., *Die Metaphysik der Sitten*, op. cit., 1803, p. XXIX).

(56) Karl LARENZ, conocedor del pensamiento clásico, afirma: «La imputación no significaba otra cosa que el intento de diferenciar el propio hecho de los sucesos causales. Cuando yo afirmo que alguien es el autor de un suceso, quiero decir que este suceso es su propio hecho, con lo que quiero decir que para él no es la obra de la casualidad, sino de su propia voluntad» (LARENZ, K., *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, 1927, Deichert, Leipzig, p. 61).

(57) Así, SÁNCHEZ-OSTIZ, P., *Imputación y teoría del delito*, 2008, pp. 82-83.

(58) No es posible extenderse en la relación que existe entre «el querer» y «el conocer», pero sí cabe señalar que para HRUSCHKA el elemento volitivo estaría subordinado al elemento cognitivo. Al respecto, HRUSCHKA, J., «Über schwierigkeiten mit dem Beweis des Vorsatzes», en *Strafverfahren im Rechtsstaat: Festschrift für Theodor Kleinknecht zum 75. Geburtstag*, Beck, München, 1985, p. 193.



en claro que la operación de la que aquí hablamos, como juicio que es, afirma algo sobre la realidad, pero no se trata de un juicio de tipo descriptivo, sino más bien «constitutivo», ya que consiste en un acto realizativo o performativo, en cuanto que, al emitirse, se está haciendo algo, instaura lo que afirma(59). En otros términos, constituye lo que se imputa: el hecho. Como veremos luego, la *applicatio legis ad factum* posee características diversas.

Si la imputación de primer nivel exige que el agente conozca las circunstancias de su obrar, esto es, la realidad fáctica, y que tenga capacidad mínima de acción, es decir, al menos una alternativa distinta, surge a las claras que no es posible imputar una acción como *factum* si media falta de volición o desconocimiento. Nos encontramos ante casos de *necessitas physica seu absoluta* en los que la libertad (básica) se ve afectada por *vis absoluta* o bien por *ignorantia facti*. Veámoslo en ejemplos: «*E* no comete una agresión, al menos *prima facie*, si *F* empuja con una compulsión física irresistible el codo de *E* hacia la cara de otra persona»(60). En este caso, *E* se halla bajo un estado de violencia (*vis absoluta*) que anula su volición, lo cual impide considerarlo *causa libera* (originante) del suceso y, en definitiva, nos permite afirmar que aquí no hay *hecho* alguno, sino un simple «acontecimiento físico». Del mismo modo, podríamos decir que «*A* no comete un hurto, si toma la cartera de *B* ignorando que la misma no es de su propiedad sino de *B*». En este supuesto, *A* actúa «desconociendo» la realidad fáctica, por ende, tampoco habría imputación de primer nivel en los términos expuestos, pues el aspecto cognoscitivo de la libertad básica se ve anulado a causa de la *ignorantia facti*. En este primer de nivel de imputación, es posible advertir algo que ya se encontraba en Aristóteles: la violencia y la ignorancia son causas de exclusión de lo voluntario(61).

---

(59) Lo advierte SÁNCHEZ-OSTIZ, P., *La libertad del Derecho penal*, op. cit., 2014, p. 63.

(60) El texto original dice: «... similarly E does not commit a battery, at least, prima facie, when F, with irresistible physical compulsion pushes E's elbow into the face of another individual» (HRUSCHKA, J., «Imputation», *BYU L. Rev.* 669, [V], 1986, p. 682).

(61) «La virtud se refiere a todo lo que uno siente y a las acciones, y mientras que las voluntarias generan aprobación o reproches, las involuntarias a su vez indulgencia o, a veces, compasión. Lo voluntario y lo involuntario, es necesario, distinguirlo de igual modo cuando sobre la virtud se reflexiona; y es provechoso también para los que hacen las leyes en vista a los honores y los castigos. Parece entonces que son involuntarias las que se producen por violencia o por ignorancia...», véase ARISTÓTELES, *EN*, 1109b1.

El juicio que permite imputar una acción como un hecho recibe por la doctrina clásica el nombre de *imputatio facti*. En este primer nivel de imputación se afirma un hecho si el agente contó con al menos una alternativa previo conocimiento del intelecto. En este caso, al autor se lo concibe como artífice, en el sentido de *causa libera* (origen-radical) de ese hecho. De manera contraria, ante la ausencia de opciones (falta de volición) o mediando desconocimiento de la realidad fáctica (falta de conocimiento), no habrá *factum* por presentarse supuestos de *necessitas physica seu absoluta*, los que, en principio, impedirían realizar juicio alguno posterior. Efectuada esta primera operación de imputación y, obteniendo como resultado la existencia de un hecho, será necesario medirlo con arreglo a las leyes. En ello consiste la *applicatio legis ad factum*.

Las operaciones de imputación no deben ser confundidas con las de valoración. Los juicios de imputación consisten en la atribución de un suceso como hecho (1er nivel) y en el reproche al agente (2.º nivel). En cambio, un juicio de valoración, como lo es el de la *applicatio legis ad factum*, consiste en medir el hecho imputado con arreglo a una regla de comportamiento en función retrospectiva. Resulta que el acto de aplicación de la ley precede a la imputación de segundo nivel y sigue a la imputación de primer nivel(62), es decir, no es una operación propiamente imputativa pero presupone una *imputatio facti* y posibilita la *imputatio iuris*.

Hemos dicho que las reglas de comportamiento poseen una función de configuración y otra de baremo o medición (2.2). La *imputatio facti* resulta posible en la medida que el agente cuente con una regla en prospectiva que oriente su actuar, ahora bien, esa misma regla en retrospectiva es la que permite medir el hecho imputado conforme a tipos comisivos, omisivos o de justificación, siendo esta la operación que la doctrina clásica denomina *applicatio legis ad factum*. Se trata pues de un juicio de características diversas a los imputativos, estos son constitutivos, en el sentido de que al emitirse se está haciendo algo, se constituye un hecho, o un estado: la culpabilidad o inocencia, esto es lo que los define como «judicativos». En verdad, los juicios de valoración serían también constitutivos, en la medida de que afirman, por ejemplo, que un hecho constituye un hurto, pues esta operación da existencia al tipo (hurto). Sin embargo, serían un género especial de dicha rama. El sujeto imputante, al considerar el hecho como típico o

---

(62) Dirá Hruschka: «Soy firmemente de la opinión de que el acto de aplicación de la ley precede a la imputación de segundo nivel y sigue a la imputación de primer nivel» (HRUSCHKA, J., «*Ordentliche und außerordentliche Zurechnung bei Pufendorf*», *op. cit.*, 1984, p. 674.

atípico, efectúa un acto de tipo «ejercitativo» en cuanto que toma una decisión respecto a que cierto estado de cosas debe ser de determinada manera(63). En definitiva, las operaciones de la doctrina clásica tendrían carácter constitutivo: los juicios de imputación serían judicativos mientras que la *applicatio legis ad factum* posee un carácter ejercitativo.

Al confrontar un hecho con la regla de conducta en su función de baremo o medición, se realiza un juicio de valoración del hecho como antijurídico o no. El resultado de dicha comparación, valoración o medición puede ser que el hecho se halle dentro de lo exigido por la norma; se hablará entonces de conductas ajustadas, como, por ejemplo, en el caso de los comportamientos justificados. En cambio, cuando divergen con la norma estamos frente a conductas desajustadas, sea por defecto (o injustas si se quiere), sea por exceso (o supererogatorias)(64). Nuevamente podemos recurrir a ejemplos para verlo con mayor claridad: asumiendo que *A* se está ahogando y que *B* es su posible salvador, *B* hace más de lo que la ley le exige si pone en riesgo su vida para salvarlo; *B* cumple con su obligación legal si interrumpe su paseo de la tarde para salvarlo; mientras que *B* no cumple su deber si no salva a *A* pese a que estaba a su alcance interrumpir su paseo de la tarde para hacerlo. Este ejemplo muestra un primer hecho que «excede» lo dispuesto por la regla, ya que el deber de auxiliar a otro no exige poner en riesgo la propia vida, un segundo comportamiento «ajustado» a la ley y un tercer comportamiento que queda por «debajo» de lo exigido por la norma. Vayamos ahora a un supuesto de regla de comportamiento permisiva que, en función retrospectiva, se transforma en un «tipo de justificación». Tal sería el caso de lo que conocemos como legítima defensa: partiendo de que por regla está prohibido matar a otro ser humano, en determinadas situaciones, como lo es en defensa propia, ello está permitido. Bajo esta regla, *D* no cumple con la norma si mata a *C* mientras no actúe en defensa propia. *D* cumple con la regla si no mata a *C* en cualquier situación normal, pero si en defensa propia. Mientras que *D* hace más de lo que la ley le exige si no mata a *C* a pesar de que en una situación particular le estaría permitido hacerlo (en defensa propia)(65).

(63) Así surge de SÁNCHEZ-OSTIZ, P., *Imputación y teoría del delito*, op. cit., 2008, pp. 471 ss.

(64) SÁNCHEZ-OSTIZ, P., *Víctimas e infractores*, op. cit., 2018, p. 45.

(65) El ejemplo original reza: «Assume that A is drowning and B is his possible rescuer. B does more than the law requires if he risk his own life to save A. B fulfills his legal obligation if he interrupts an afternoon walk to save A. B does not fulfill his duty if he does not save A even though he would only have to interrupt his afternoon walk to do so. Second, it is generally forbidden to kill other human beings, although

De lo expuesto se aprecia que, una vez medido el hecho conforme a la regla, pueden presentarse tres supuestos: i) puede ocurrir que el hecho sea contrario a la regla al quedar por debajo de lo exigido por ella. Esto hará que avancemos al segundo nivel de imputación para determinar si el hecho es reprochable o no; ii) el hecho exceda lo dispuesto por la norma, pudiéndose imputar como meritorio o supererogatorio; o bien iii) el hecho coincida con lo dispuesto por la norma en cuestión, y en ese caso no proceda imputación alguna a título de mérito o demérito(66).

La *applicatio legis ad factum* es un juicio de valoración que sigue el procedimiento de *subsunción* del objeto (hecho) en la norma y ha sido caracterizado como un acto de tipo ejercitativo. Si sometemos un hecho a reglas de comportamiento en función de baremo (o medición), necesariamente debemos presumir que existe un *factum*, de modo que la *applicatio legis ad factum* sucede –y presupone– una *imputatio facti*. Al sopesar ese hecho con una regla de conducta en retrospectiva puede resultar contrario a la norma, por exceso o defecto, o bien ajustado a ella. En los primeros dos supuestos será necesario realizar un juicio de «merecimiento» (lo que comprende méritos y deméritos) –en terminología de la doctrina clásica: *imputatio iuris*–; mientras que la conducta ajustada a la norma no será objeto de reproche o alabanza por ser ni más ni menos que el comportamiento «debido».

Por medio de la *imputatio facti*, un suceso en el que alguien se ve inmerso se considera hecho. Ese hecho se mide con arreglo a tipos (comisivos, omisivos o permisivos) en la operación que hemos llamado *applicatio legis ad factum*. Si el hecho realizado por el agente se ajusta a lo que la regla en cuestión exige, este no le será atribuido al agente como meritorio o demeritorio, pues al ser el debido, conservará el *status* de mero hecho(67). En efecto, la *imputatio iuris* es un juicio que supone la valoración del hecho con arreglo a las normas y requiere que el resultado de esa operación sea que el *factum* contraría a la pauta

---

in certain situations, e.g., in self-defense killing may be permissible. Under this law, D does not fulfill his duty if he kills C while not acting in self-defense. He fulfills his duty if he does not kill C in any normal situation. He does more than the law requires if he does not kill C even though in the particular situation he would be permitted to do in self-defense» (HRUSCHKA, J., «Imputation», *op. cit.*, 1986, p. 678).

(66) KANT dirá: «Was jemand pflichtmäßig mehr tut, als wozu er nach dem Gesetze gezwungen werden kann, ist verdienstlich (*meritum*); was er nur gerade dem letzteren angemessen tut, ist Schuldigkeit (*debitum*); was er endlich weniger tut, als die letztere fordert, ist moralische Verschuldung (*demeritum*)» (KANT, I., *Die Metaphysik der Sitten*, *op. cit.*, 1803, p. XXIX).

(67) Cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ, P., *Víctimas e infractores*, *op. cit.*, 2018, p. 25.

de conducta, ya sea por quedar debajo de lo establecido o por exceder lo dispuesto por ella. Con todo, es posible afirmar que se trata de un juicio sobre la «culpabilidad» del autor o, en otros términos, un juicio en virtud del cual se atribuye al artífice el hecho antijurídico a título de demérito o, en su caso (si el hecho va más allá del deber), a título de mérito. En la primera hipótesis planteada, la consecuencia será una *poena* mientras que en la segunda un *praemium*(68).

Se ha dicho que la operación de imputación comprende dos niveles y en ambos se expresa algo acerca de la libertad con la que obró el autor. Así como la *imputatio facti* exige una mínima libertad (volición y conocimiento) en el agente para afirmar que su acción constituye un hecho, en el segundo nivel de imputación, en el que se resolverá sobre la antijuridicidad del hecho con sentido de reproche(69), se exige una libertad específica o plena. La *imputatio iuris*, como acto a través del cual se determinan los méritos que corresponden al *Urheber* por su hecho, exige determinar si el agente obró libremente, esto es, si tuvo una capacidad de decisión articulada por motivos o razones (voluntariedad), y si pudo captar el sentido o significado valorativo –normativo– de su conducta, de modo que llegó a «saber» que su hecho era antijurídico. En concreto, el hecho contrario a la norma, ya sea por realizar una conducta prohibida, omitir la debida, o exceder la permitida, no le será atribuido al agente a título de demérito en los siguientes casos: i) cuando este desconoce (no sabe) la antijuridicidad del hecho, esto es por *ignorantia iuris* (también deben incluirse supuestos de defectos de conocimiento por enfermedad mental); y ii) cuando, aun conociendo la norma, no le es posible obrar conforme a ella por existir un contramotivo que le impide el cumplimiento de su deber, esto se daría en los casos de *vis compulsiva* aunque también en supuestos de enfermedad o trastorno psíquico en los que el sujeto no obra conforme a la norma(70). Veámoslo a través de ejemplos: dentro de las causas de exclusión que indicamos bajo el punto i), encontraríamos que *A* y *B*, por cuestión de honor, deciden batirse a duelo «sin saber» que dicha práctica se encuentra prohibida(71); o bien, *C*, quien

---

(68) Así puede observarse en el texto kantiano: «Der rechtliche Effekt einer Verschuldung ist die Strafe (*poena*); der einer verdienstlichen That Belohnung (*praemium*) (...); die Angemessenheit des Verfahrens zur Schuldigkeit hat gar keinen rechtlichen Effekt» (KANT, I., *Die Metaphysik der Sitten*, op. cit., 1803, p. XXIX).

(69) SÁNCHEZ-OSTIZ, P., *Víctimas e infractores*, op. cit., 2018, p. 44.

(70) Los supuestos de exclusión del juicio de imputación de segundo nivel son así agrupados en SÁNCHEZ-OSTIZ, P., *Imputación y teoría del delito*, op. cit., 2008, p. 491.

(71) Recurro al delito de duelo para ejemplificar, ya que, del otro lado del Río de la Plata, en Uruguay, desde 1920 los duelos por cuestiones de honor, bajo determinadas reglas eran permitidos, e incluso se trataba de una práctica común en el vecino

padece una «enfermedad mental», le causa lesiones a *D*. En estos dos supuestos, el juicio de merecimiento queda excluido porque el que agente no es «capaz» de conocer la norma, es decir, obra sin conocimiento de la antijuridicidad de su hecho. De la misma manera quedan incluidos en el punto ii), casos como los siguientes: *E* siendo coaccionada a punta de pistola, le causa la muerte a *F*; o bien, alguien encontrándose tras un naufragio junto con un enemigo en una delgada tabla que no soporta el peso de dos personas, lo arroja al mar (§ 35 StGB); incluso, alguien que, hallándose en un estado de intoxicación total (de tal forma que le impide actuar conforme a derecho), comete un robo. En los casos anteriores, si bien el agente *sabe* que su hecho contraría una norma, no le es posible obrar conforme a ella por existir un «contramotivo» comprensible que se lo impide.

Puede observarse que las causas de exclusión del juicio de reproche se encuentran relacionadas con los dos elementos que componen la denominada libertad plena: voluntariedad y saber. Ellos se ausentan en los casos *de vis moralis* o *compulsiva*(72) y en los supuestos de *ignorantia iuris*. Estos serían, a su vez, los opuestos de las causas de exclusión del primer nivel de imputación: *vis absoluta e ignorantia facti*. En fin, no caben dudas que estamos frente a una simetría nada casual.

Un suceso en el que se ve inmerso un agente es considerado hecho si este obra con mínima libertad (conocimiento y volición). A continuación, ese hecho es medido de acuerdo con reglas de conducta. El resultado puede ser: quedar por debajo de lo exigido, exceder lo dispuesto por la pauta, o bien, ajustarse a lo establecido en ella. En el último caso la conducta será meramente debida y no requerirá un juicio de merecimiento posterior. Pero si el hecho resulta contrario a la regla de comportamiento en función retrospectiva será necesario efectuar un juicio de culpabilidad. En él entra en juego nuevamente la libertad. Pero ahora nos referimos a una libertad más bien plena (voluntariedad y saber). Este segundo nivel de imputación es el que hará posible atribuir el hecho al artífice a título de mérito o demérito. La *imputatio iuris* es un juicio adscriptivo por el que se dirige un

---

país. Durante la década de 1970, antes y después del comienzo de la dictadura cívico-militar argentina (1973-1985), se desarrollaron algunos de los duelos más recordados, los cuales involucraron a influyentes personalidades de la época: Manuel Flores Mora («Maneco») ante el Dr. Julio María Sanguinetti; el mismo Manuel Flores Mora ante el Dr. Jorge Battle Ibáñez; Danilo Sena ante Enrique Erro; y el General Líber Seregni ante el General Juan Pedro Ribas. En la década de los noventa se deroga la Ley 7.253 que autorizaba los duelos en la República Oriental del Uruguay.

(72) Sobre la diferencia entre *vis absoluta* y *vis compulsiva* véase HRUSCHKA, J., «Die Nötigung im System des Strafrechts», *JZ* 1995, pp. 737-745.

reproche al agente por su hecho, el cual, en principio, quedará excluido por desconocimiento de la antijuridicidad; o bien, en casos en los que pese conocer la norma, el artífice es incapaz de obrar conforme a ella.

Lo dicho hasta aquí sobre los juicios de imputación resulta incompleto, ya que resta desarrollar el modo en que la doctrina clásica resuelve los supuestos en los que la «falta de libertad» es atribuible al propio agente; es decir, cuando el sujeto por su propia culpa «se coloca» en una causa de exclusión de imputación. Es momento de distinguir entre imputación ordinaria y extraordinaria.

## 2.4 Imputación ordinaria y extraordinaria

Los dos niveles comprendidos en la operación de imputación, esto es, *imputatio facti* e *imputatio iuris*, pueden verse afectados por causas de exclusión que impiden considerar a un acontecimiento como hecho o reprochárselo al agente a título de culpabilidad. Con todo, se presentan como defectos de imputación en el primer nivel los supuestos agrupados bajos los términos *vis absoluta* e *ignorantia facti* y *vis moralis* e *ignorantia iuris* en el segundo. Una síntesis de ello sería: no es posible efectuar un juicio de imputación en circunstancia de ausencia de libertad. Ahora bien, es preciso señalar que la falta de libertad en los supuestos de exclusión que hemos mencionado implica una ausencia de libertad «actual», es decir, acciones o hechos no libres *in se* (en sí mismos) y, estas *actiones non liberae in se* excluyen lo que se denomina imputación ordinaria. Por tanto, se propone llamar a la imputación de un suceso o de una inactividad «imputación ordinaria», cuando la persona en cuestión, en el momento decisivo, está en condiciones de evitar la producción del suceso o de realizar la acción en cuestión<sup>(73)</sup>. De manera contraria, queda excluida la imputación ordinaria cuando no existe libertad al momento de obrar (*in se*).

Queda en claro que la imputación de la que hemos hablado hasta al momento es la que se ha caracterizado como ordinaria, en la que el foco se encuentra en si la acción es libre o no en sí misma, es decir, en el momento presente y en la situación actual en la que la persona obra. Sin embargo, desde Aristóteles (luego Tomás de Aquino y más tarde Pufendorf), se ha puesto en duda si no es posible también efectuar un juicio de imputación ante defectos o supuestos de falta de

---

(73) Se ordenan conceptos que ya estaban en PUFENDORF, véase HRUSCHKA, J., «Ordentliche und außerordentliche Zurechnung bei Pufendorf», *op. cit.*, 1984, *passim*.

libertad que tienen su causa en el propio agente(74). Si bien la terminología le pertenece a Hruschka, la distinción entre imputación ordinaria y extraordinaria es un legado de Pufendorf. En sus *Elementa* dice:

«No solamente pueden ser imputados aquellos sucesos respecto a los cuales esté a nuestro alcance en el momento presente el que acontezcan o no, sino también aquellos cuya producción estuvo en un momento anterior en nuestro radio de acción, en caso de que hayamos perdido esa posibilidad por nuestra propia culpa»(75).

Este axioma permite afirmar que la imputación es aún posible en supuestos de ausencia de libertad, siempre y cuando dicho defecto provenga del propio agente. Al ser este el responsable de las razones que impiden la imputación ordinaria, se le atribuye igualmente la acción como hecho o se efectúa el reproche(76). En concreto, la imputación extraordinaria opera en aquellos supuestos en los que se da en el sujeto un defecto que impide la imputación (ordinaria), pero esta se restablece en ciertas ocasiones: en aquellas en las que hacemos responsable al propio sujeto del defecto en cuestión(77). En efecto, en los casos de *vis (absoluta/moralis)* o de *ignorantia (factiliuris)* será posible restablecer la imputación si el artífice es quien por su propia

(74) SÁNCHEZ-OSTIZ examina las bases sobre las cuales los autores clásicos construyen la imputación extraordinaria y afirma que PUFENDORF se refiere a una sanción, no por haber obrado contra la justicia sino contra la prudencia, mientras que TOMÁS DE AQUINO alude a la negligencia a la igual que ARISTÓTELES, quien recurre a ella para justificar el castigo en los casos de defectos que excluyen la imputación (ordinaria). En detalle, SÁNCHEZ-OSTIZ, P., *Imputación y teoría del delito*, op. cit., 2008, pp. 535 ss.

(75) «Possunt (...) imputari non ea tantum quae pro praesenti tempore ut fiant vel non fiant in nostra sunt potestate, sed etiam, quorum perficiendorum facultas nobis adfuit, nostra autem culpa est amissa; seu quae pro praesenti quidem statu sunt impossibilia alicui, ut tamen ipse in culpa fuerit, quo minus ea jam praestare possit», (PUFENDORF, S., *Elementorum Jurisprudentiae Universalis*, 1660, L. II, axioma I § 7. HRUSCHKA alude a este pasaje en «Imputation», op. cit., 1986, p. 689 y en «Ordentliche und außerordentliche Zurechnung bei Pufendorf», op. cit., 1984, p. 663.

(76) «... si él es responsable precisamente de esta circunstancia, él ha cometido el hecho voluntariamente en la causa. Por tanto, una conducta imputable ordinariamente en ambos niveles de la imputación (como hecho y a la culpabilidad) es caracterizada como libre, ya en sí misma (*actio libera in se*), y, en cambio, una conducta solo extraordinariamente imputable es caracterizada como libre solo en la causa (*actio libera in causa*)», así SCHUHR, J. C., «La teoría de la imputación en Hruschka. Un esbozo», en *Enfoques penales*, CRIMINT, 2018, p. 18.

(77) En este sentido, SÁNCHEZ-OSTIZ, P., «¿Incumbencias en Derecho Penal? Depende», *InDret*, (1), 2015, p. 7.



culpa se coloca en el defecto, tal como sucede, dirá Tomás de Aquino, con los que se emborrachan y por eso se vuelven ignorantes(78).

Así como las reglas de imputación de carácter consecutivo son las que permiten efectuar la imputación ordinaria, la posibilidad de imputar (extraordinariamente) a pesar de la falta de libertad (*in se*) es posible mediante reglas adversativas (2.3). En esta línea, si la imputación (ordinaria) queda excluida por falta de libertad en el momento de realizar la conducta, pero, por ser esta libre *in sua causa*, es factible restablecer la imputación y hacer responsable al propio agente por su defecto, el fundamento de la imputación extraordinaria no habrá que buscarlo en la norma prohibitiva o prescriptiva, sino más bien en una norma previa (o secundaria) que posibilite el cumplimiento del deber. Aquí es donde entran en juego las *Obliegenheiten*(79). El destinatario de una regla de conducta no solo tiene el deber de cumplir con ella, sino que también le «incumbe» mantenerse en condiciones de cumplir con lo prescripto o prohibido(80), de modo que si existe una norma que prohíbe matar, los destinatarios no deben matar, pero además les incumbe evitar todas las condiciones que, contempladas *ex ante*, podrían conducirlos al delito. La acción provocada por una fuerza física irresistible no es posible imputarla ordinariamente como hecho, pero sí extraordinariamente: cuando el agente por su «culpa» se colocó en la posición de ser instrumentalizado, pues al él le incumbía evitar esa situación(81). De igual manera, quien, debido a su estado de embriaguez, «no conoce» que el bolso que toma es ajeno, no cabe atri-

(78) Así en TOMÁS DE AQUINO, *Comentario a la Ética a Nicómaco*, L. III, L. XI, Nm. 505. Cito por la edición *Comentario de la Ética a Nicómaco*, trad. MALLEA, A. N, CIAFIC, Buenos Aires, 1983. HRUSCHKA pone de manifiesto que el ámbito de aplicación de la *actio libera in causa* no debe quedar limitado a los casos de embriaguez, proponiendo un concepto más amplio de este instituto. En detalle, HRUSCHKA, J., «Ordentliche und außerordentliche Zurechnung bei Pufendorf», *op. cit.*, 1984, pp. 668 ss.

(79) Una posición que pone en duda la aplicación de las *Obliegenheiten* la podemos hallar en MONTIEL, J. P., «¿Existen las Obliegenheiten en el Derecho penal?», *InDret*, (4), 2014, pp. 1-29. La crítica que allí se realiza será analizadas posteriormente (4.4).

(80) SÁNCHEZ-OSTIZ, P., *Imputación y teoría del delito*, *op. cit.*, 2008, p. 541.

(81) Por ej.: «Si A con violencia física irresistible hace que el codo de B golpee el vidrio, queda excluida la posibilidad de imputar el suceso ordinariamente a B como una acción de daños. Sin embargo, todavía es posible una imputación extraordinaria. Esta última tiene lugar, a pesar de la circunstancia de que B mismo ha sido víctima de un uso de la violencia, en el caso de que deba hacerse responsable a B de la situación en la que, mediante violencia, se ha hecho golpear su codo contra el vidrio, por ejemplo, porque por «petulancia o curiosidad» se ha metido en una pelea», el ejemplo proviene de HRUSCHKA, J., «Ordentliche und außerordentliche Zurechnung bei Pufendorf», *op. cit.*, 1984, p. 664.

buirle el suceso de manera ordinaria (por *ignorantia facti*), pero resulta posible restablecer la imputación (extraordinaria) si, por ejemplo, la propia persona es la que se colocó en estado de ebriedad, pues a ella le incumbía evitar las circunstancias que pueden llevarla a delinquir.

Las incumbencias como fundamento de la imputación extraordinaria permiten restablecer el juicio de imputación «a pesar de» la falta de libertad (*in se*). De esta manera aquellos casos de *ignorantia (facti o iuris)* que tiene su causa en el agente –hoy hablaríamos de error venible–, o una circunstancia de *vis (absoluta o moralis)* que es provocada por el mismo autor –podríamos incluir tanto a la inimputabilidad como a las causas de exculpación–, serán imputables al agente por ser él la causa del error, de la incapacidad o de la inimputabilidad(82).

En definitiva, es posible distinguir entre: i) *actio libera in se*, la cual puede ser imputada ordinariamente; ii) *actio non libera in se sed tamen in sua causa libera*, que impide la imputación ordinaria pero no la extraordinaria; y iii) *actio neque in se neque in sua causa libera*, que, por no ser libre en sí misma ni en su causa, queda excluida de toda imputación(83).

## 2.5 Resumen

La doctrina clásica de la imputación se ha desarrollado durante siglos en el ámbito de la filosofía moral. A través de estructuras permanentes y con una fundamentación racional permite atribuir responsabilidad a un agente por su hecho. La imputación solo es posible respecto de personas, las cuales, según una visión kantiana, son seres racionales que gozan de autonomía y que, a diferencia de las cosas que tienen precio, poseen dignidad. La doctrina clásica pone en el centro de atención el concepto de libertad: no hay hecho ni culpabilidad en las acciones que no son libres en sí mismas ni en su causa (*actio neque in se neque in sua causa libera*). Toda operación de valoración e imputación requiere de reglas, siendo preciso distinguir entre aquellas que orientan y miden las conductas (*Verhaltensregeln*), de las que hacen posible la imputación (*Zurechnungsregeln*)(84). Existen dos niveles

(82) SÁNCHEZ-OSTIZ, P., *Imputación y teoría del delito*, op. cit., 2008, pp. 546 ss.

(83) Explica HRUSCHKA: «The distinction was between *actio libera in se* (act free in itself), *actio non in se, sed tamen in sua causa libera* (act not free in itself but free in its cause), and *actio neque in se, neque in sua causa libera* (act neither free in itself nor free in its cause)». Véase HRUSCHKA, J., «Imputation», op. cit., 1986, p. 688.

(84) SÁNCHEZ-OSTIZ estima que la distinción entre el objeto y las reglas de imputación constituye uno de los mayores logros de la doctrina clásica de la imputación (cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ, P., *Imputación y teoría del delito*, 2008, pp. 32 ss.).

de imputación y una operación de valoración que se encuentra entre ambos. Un suceso del mundo exterior se imputa como hecho si el agente cuenta con al menos una alternativa que previamente es conocida por el intelecto (*imputatio facti*). Ese hecho luego es medido conforme a normas que lo rigen en retrospectiva (*applicatio legis ad factum*) y si resulta contrario a lo establecido por la regla será imputado como meritorio o demeritorio en razón de que sabía lo que hacía y contaba con voluntariedad para hacerlo (*imputatio iuris*). La falta de libertad en el momento de obrar impide su imputación ordinaria, pero si el defecto tiene su causa en el agente le será igualmente atribuido, pues existió libertad en la causa (imputación extraordinaria).

Lejos de haber agotado el tema en análisis, pero ya con un panorama más claro acerca del alcance de la llamada doctrina clásica, resulta necesario concluir con este apartado y avanzar hacia la confrontación de dicha doctrina con la moderna teoría del delito.

### 3. DOCTRINA CLÁSICA Y TEORÍA DEL DELITO

Al comienzo de este trabajo se afirmó que el estudio de la doctrina clásica de la imputación no quedaría limitado a exponer una evolución histórica de estructuras desarrolladas por filósofos morales. Para cumplir con tal promesa resulta necesario juzgar dicha doctrina a los ojos de la modernidad. Una dogmática penal que respete su objeto de estudio, esto es, el concepto de lesión imputable del deber (*zurechenbare Pflichtverletzung*) y no se deje llevar por leyes que vienen y van(85), debe apartarse de la idea de que la solidez del pensamiento jurídico-penal depende exclusivamente del Derecho positivo vigente, pues su fundamentación, en realidad, se halla en las corrientes generales del pensamiento humano(86). La propuesta que se ofrece en lo que sigue no consiste en abandonar la teoría del delito como criterio de atribución de responsabilidad penal, sino más bien en mostrar que la «acción humana», la «libertad», la «imputación», son conceptos sobre los que

---

(85) El Prof. SANZ MORÁN parece tener también una mirada crítica en cuanto a limitar a la dogmática penal al estudio del derecho positivo, al respecto ha dicho «... hacer del derecho positivo el objeto de estudio de la dogmática jurídica ha supuesto tradicionalmente, como es notorio, el mayor obstáculo para su caracterización como verdadera ciencia» (SANZ MORÁN, Á. J., «Algunas consideraciones sobre la ciencia del Derecho penal y su método», en García Valdés *et al.* (coords.), *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, Edisofer, Madrid, 2008, p. 640).

(86) Así, ZAFFARONI, E. R., *Tratado de Derecho penal parte general*, t. II, Ediar, Buenos Aires, 1981, p. 10.

se ha venido trabajando durante siglos por una doctrina clásica que le puede proporcionar a la teoría general del delito, una cierta dosis de racionalidad necesaria para afrontar sus problemas actuales(87).

En primer término, se expondrá una serie de similitudes entre la doctrina clásica y la teoría del delito (3.1). Luego, se intentará mostrar que, en verdad, esas semejanzas son meramente aparentes y que existen diferencias significativas entre ambas (3.2).

### 3.1 Similitudes

Al confrontar la doctrina clásica de la imputación con la moderna teoría del delito, en una primera aproximación se advierte que ambas son instrumentos útiles para atribuir responsabilidad a una persona por lo hecho. La teoría general del delito como manifestación más característica y elaborada de la dogmática del Derecho penal(88), consiste en una ordenación tópica y sistemática(89) de categorías que permiten determinar si una acción es punible o no. La ciencia penal, en particular la dogmática jurídico-penal, ha transitado a lo largo de su historia por un constante ir y venir en cuanto al método de estudio del fenómeno penal. No es lugar aquí para referirse a las etapas de evolución de la moderna teoría del delito(90), pero sí cabe señalar que, tanto causalistas, neokantianos, finalistas como funcionalistas, concuerdan en que todo delito tiene cuatro elementos comunes:

---

(87) Una buena síntesis sobre el estado actual de la dogmática jurídico-penal, su problemáticas y principales puede verse en SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Medio siglo de dogmática penal alemana. (Un punto de vista iberoamericano)», en *Cuadernos de conferencias y artículos*, núm. 46, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, pp. 9-71.

(88) MIR PUIG, S., *Derecho Penal Parte General*, 10.<sup>a</sup> ed., Reppertor, Barcelona, 5. I.2.

(89) Afirma JESCHECK: «Los elementos del concepto general de delito no permanecen desconectados entre sí (ordenación tópica), sino que mantienen una relación interna conformada según las leyes lógicas de la anteposición y la subordinación, así como por las de la regla general y la excepción (ordenación sistemática)» (JESCHECK, H.-H./WEIGEND, T., *Tratado de Derecho Penal Parte General*, 5.<sup>a</sup> ed., Comares, Granada, 2002, § 21. III.1).

(90) Sobre los rasgos generales de evolución de la teoría del delito, entre otros, véase SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, op. cit. 2010, pp. 79-115, MIR PUIG, P., *Introducción a las bases del Derecho penal. Concepto y método*, 2.<sup>a</sup> ed., Bdef, Montevideo/Buenos Aires, 2013, pp. 176-239, JESCHECK, H.-H./WEIGEND, T. *Tratado de Derecho Penal PG*, op. cit., 2002, § 22, MEZGER, E., *Modernas orientaciones de la dogmática jurídico-penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 14-77, PÉREZ DEL VALLE, C., *Estudios sobre los fundamentos del Derecho penal*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 107-125.

acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad; siendo mucho más discutido el presupuesto de punibilidad(91). Con una mirada reduccionista del fenómeno, podríamos afirmar que existen numerosos puntos de contacto entre las categorías desarrolladas por la doctrina clásica y los elementos que componen la teoría del delito. Al buscar paralelismo entre ambos enfoques, cabría decir que lo caracterizado como *imputatio facti* se asemeja a la actual categoría «acción», la *applicatio legis ad factum* comprendería lo que la teoría del delito llama «tipicidad» y «antijurídicas», mientras que la *imputatio iuris* podría asimilarse con la «culpabilidad»(92).

No solo sería posible vincular las categorías de ambos modelos, sino también las causas que excluyen la imputación. La *vis absoluta*, que de acuerdo con la doctrina clásica impide imputar un suceso como hecho por falta de volición, guardaría un paralelismo con la que la dogmática moderna llama «fuerza física irresistible» como causa de exclusión de la acción(93). El juicio de imputación de primer nivel también se ve afectado ante supuestos de desconocimientos de las circunstancias relevantes de la conducta. Se trataría aquí de una *ignorantia facti*, la cual puede relacionarse con el llamado «error de tipo» que en la teoría del delito ubicamos en la tipicidad. El agente puede conocer la norma que guía su conducta, pero verse incapacitado para seguirla debido a un contramotivo comprensible que le impide cumplir con su deber, estos serían casos en los que la *imputatio iuris* queda excluida por *vis moralis* y que en la terminología de la teoría del delito incluiría un amplio abanico de causas de exclusión: supuestos de «miedo insuperable»(94), «inimputabilidad», «estado de necesidad exculpante», entre otros. Cuando el agente desconoce la antijuridici-

---

(91) Así en ROXIN, C., *Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, t. I, 2.<sup>a</sup> ed., Civitas, Madrid, 1997, pp. 193-194. Un reciente trabajo de SÁNCHEZ-OSTIZ arroja un poco de luz sobre el alcance de la «punibilidad», véase SÁNCHEZ-OSTIZ, P., *A vueltas con la Parte Especial (Estudios de Derecho penal)*, Atelier, Barcelona, 2020, pp. 123-150.

(92) Esta equiparación de categorías puede encontrarse también en SÁNCHEZ-OSTIZ, P., *Imputación y teoría del delito*, op. cit., 2008, pp. 452-501, mismo autor, *La libertad del Derecho penal*, op. cit., 2014, pp. 41-48 y *Víctimas e infractores*, op. cit., 2018, p. 47 ss.

(93) Así puede verse en MIR PUIG, S., *Derecho Penal PG*, op. cit., 8. IV.1. JAKOBS, por ejemplo, prefiere continuar utilizando el término *vis absoluta* para referirse a supuestos de falta de acción por empleo de una fuerza que anula la volición del sujeto, véase JAKOBS, G., *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2.<sup>a</sup> ed., 1997, Marcial Pons, Madrid, p. 181.

(94) El Código Penal Español (Ley Orgánica 10/1995), por ejemplo, incluye expresamente el miedo insuperable como causa de exclusión de la responsabilidad criminal (art. 20 inc. 6.º).

dad de su hecho, la imputación de segundo nivel desaparece por *ignorantia iuris*, pudiendo identificarse con el «error de prohibición» que en la teoría del delito estudiamos en la culpabilidad.

En el intento de compatibilizar la doctrina clásica con la teoría del delito, si bien algo forzado, cabría decir también que existe cierta similitud entre las reglas de conducta de tipo permisivas que se emplean en la *applicatio legis ad factum* para determinar, por ejemplo, que un hecho es ajustado (o debido), con las «causas de justificación» que excluyen la antijuridicidad. En esta dirección se podría decir que las reglas prohibitivas en función de baremo son análogas con los «tipos delictivos comisivo» y las prescriptivas con los «tipos omisivos», ambos con incidencia en la denominada imputación objetiva desarrollada por la dogmática penal en el marco de la tipicidad.

Desde esta perceptiva podríamos afirmar que las teorías del delito no son más que un producto evolucionado de la doctrina clásica, sin embargo, a continuación, se expondrán una serie de diferencias que nos lleva a adoptar una posición completamente contraria: las similitudes expuestas son fruto de una mirada superficial y reduccionista que busca una correspondencia entre modelos que son más bien caminos paralelos irreconciliables(95).

### 3.2 Diferencias

La doctrina jurídico-penal moderna, y, en particular, la teoría general del delito resulta ser inconscientemente heredera y sucesora de una doctrina que se ha venido forjando desde antaño por la filosofía moral. Es turno de preguntarnos: ¿estamos frente a ordenaciones sistemáticas identificables? ¿La doctrina clásica de la imputación es un estadio previo de la moderna teoría del delito? ¿La doctrina de la imputación tiene algo que decir a la actual teoría del delito?

La doctrina de la imputación contiene un conjunto de categorías que se han venido desarrollando a partir del estudio de la acción humana, esto es, la «agencia», durante siglos para atribuirnos responsabilidad por lo hecho. Resulta natural compararla con la teoría general del delito, pues no solo parecen tener el mismo objeto(96), sino

(95) Partiendo de la postura escéptica de Hruschka respecto a las posibilidades de compatibilizar la teoría del delito con la doctrina clásica de la imputación, Sánchez-Ostiz llega pensar que los caminos son más bien paralelos e irreconciliables. Así se ha expuesto en SÁNCHEZ-OSTIZ, P., Conferencia: «La doctrina clásica de la imputación y las teorías del delito: ¿compatibilidad?», 2019, p. 3.

(96) Afirma Hruschka: «La doctrina jurídico-penal actual es, inconscientemente heredera y sucesora de la *Jurisprudentia et Philosophia Practica Universalis*

que incluso ha sido un penalista, el mentado Hruschka, quien reconstruyera y ordenara las categorías de la imputación para luego mostrar los beneficios que la filosofía de la ilustración está en condiciones de ofrecer a la dogmática. En esta pretensión de compatibilizar ambas estructuras, una mirada más detallada nos permitirá identificar, por encima de las similitudes expuestas, importantes diferencias.

En primer lugar, se advierte el origen diverso de una y otra. La doctrina clásica es fruto del estudio que los filósofos morales han realizado durante siglos sobre la teoría general de la acción humana. Desde Aristóteles hasta Kant, los grandes valores del pensamiento cristiano y los autores de la escuela racionalista del derecho natural desarrollaron una doctrina que permite imputar un hecho a su agente y valorarlo como meritorio o demeritorio en base a juicios de imputación constitutivos que se fundan en el concepto de libertad. En cambio, la moderna teoría del delito surge hacia finales del siglo XIX de la mano de un penalista: Franz von Liszt(97). Luego se inicia un derrotero de cambios impulsados por neokantianos, finalistas y, desde los años setenta, por los nuevos vientos funcionalistas. Se trata de una teoría de origen penal, que, partiendo de los postulados del derecho positivo, fija condiciones de punibilidad(98). Las divergencias se incrementan y saltan a la vista: i) la doctrina clásica opera en el Derecho penal, en otras ramas del Derecho e incluso en otros órdenes normativos, que van desde la ética a la cortesía y los juegos, mientras que

---

de los siglos XVII y XVIII, lo cual significa, sobre todo, que tiene el mismo objeto de estudio» (HRUSCHKA, J., «Kann und sollte die Strafrechtswissenschaft systematisch sein?», *JZ* 1985, p. 9 (existe una traducción a cargo de Pablo SÁNCHEZ-OSTIZ disponible en HRUSCHKA, J., *Imputación y Derecho penal*, *op. cit.* 2009, pp. 333-368).

(97) Es cierto que Feuerbach y luego los penalistas hegelianos ya habían desarrollado una teoría del delito, pero prefiero referirme al modelo de von LISZT por ser este el que da comienzo a la «moderna» teoría del delito, la cual, con su desarrollo posterior, es la que ha llegado hasta nuestros días. Véase nota 1.

(98) El apego del jurista por la ley no es algo nuevo, sino que basta recordar la importancia que tuvo el positivismo jurídico en la segunda mitad del siglo XIX, MIR PUIG ha dicho al respecto: «El positivismo que triunfó hacia los años setenta del pasado siglo supuso algo más que el estudio del derecho positivo: negó la licitud de introducir juicios de valor o referencias a la realidad metajurídica en la tarea dogmática» (MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho penal*, *op. cit.*, 2013, p. 188). Incluso en nuestros tiempos la tarea del dogmático queda limitada al estudio e interpretación de derecho positivo. Por ej., Roxin define a la dogmática penal jurídico-penal como «la disciplina que se ocupa de la interpretación, sistematización y elaboración y desarrollo de las *disposiciones legales* y opiniones de la doctrina científica en el campo del Derecho penal». Y, continúa «su referencia al *Derecho vigente* y por sus métodos se diferencia de la historia del Derecho penal y del Derecho penal comparado, pero también de la política criminal...» (la cursiva me pertenece). Véase ROXIN, C. *Derecho Penal PG*, t. I, *op. cit.*, 1997, p. 192.

el ámbito actuación de la teoría del delito se encuentra restringido a la atribución de responsabilidad de tipo penal; ii) la teoría del delito ha venido mutando en cuanto al contenido de sus categorías no solo a partir de los descubrimientos de la dogmática, sino también al compás del siempre cambiante derecho positivo. A diferencia de ello, la doctrina clásica es una ordenación sistemática «ahistórica» elaborada al margen de lo que establezca un Código Penal determinado(99); iii) en la evolución de la teoría del delito no ha faltado oportunidad para asociar el juicio de imputación con la mera «constatación» de una realidad, es decir, reducirlo a una operación de comprobación o subsunción(100). Por su parte, de acuerdo con las categorías de doctrina clásica, es posible distinguir los juicios propiamente imputativos (*imputatio facti e iuris*) con los de índole valorativa (*applicatio legis ad factum*). Los primeros consisten en actos constitutivos, realizativos o performativos que instauran lo que afirman, de modo que conciben la imputación como un medio de atribución de sentido, esto es, de manera normativa, mientras que los segundos son de naturaleza diversa: de subsunción, en los que se mide –o sopesa– un hecho conforme a una regla de conducta en función retrospectiva; iv) distinguir el objeto de la imputación con las reglas de esta y a su vez las reglas de imputación con las de conducta, es algo propio de la doctrina clásica que no se advierte en la teoría del delito. Es más, si la dogmática penal hubiera mantenido esa tradición, nunca se habría planteado la posibilidad de incluir el error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación, como error de prohibición(101), ya que las reglas de conducta permisivas se encuentran en el mismo nivel que las

(99) «... la parte general del actual Código Penal alemán no es el objeto de la doctrina general del delito... debemos primero, una vez más, tener presente que las leyes penales vienen y van, mientras que ciertos problemas, conceptos, grupos de casos y reglas con las que trabajamos, han perdurado siglos –milenos, se podría decir sin exageración–. ¡Piénsese en la problemática del estado de necesidad y en la del error, que ya fueron abordadas por Aristóteles y la escolástica! La regla *lex specialis derogat legi generali* es asimismo muy antigua, por supuesto en lo que se refiere a su contenido, pero también incluso a su formulación. Y también desde hace mucho tiempo se habla sobre casos de *dolus generalis*...» (HRUSCHKA, J., «Kann und sollte die Strafrechtswissenschaft systematisch sein?», *op. cit.*, 1985, p. 8).

(100) Así, SÁNCHEZ-OSTIZ, P., *La libertad del Derecho penal*, *op. cit.*, 2014, p. 52.

(101) Me refiero aquí al tratamiento del error de tipo permisivo (*Erlaubnistatbestandsirrtum*) por la llamada teoría «estricta» de la culpabilidad. WELZEL ubicaba el error de tipo permisivo como error de prohibición, expresamente decía al respecto: «Un caso de error de prohibición lo constituye la aceptación errónea de un fundamento de justificación. Sea que el autor se equivoque sobre los presupuestos reales a sobre los límites jurídicos de un fundamento de justificación, sea que suponga erróneamente un fundamento de justificación no reconocido por el derecho, en estos



prescriptivas y prohibitivas, de modo que el error, sería aquí de tipo (permissivo).

No solo existen diferencias «sustanciales», sino que incluso aquella correspondencia que trazamos entre *imputatio facti* y acción, *applicatio legis ad factum* y tipicidad e *imputatio iuris* con culpabilidad, no sería tampoco perfecta: a) un hecho, para la doctrina de la imputación, implica que un agente sea el origen de este (su *causa libera*) y que actúe previo conocimiento de las circunstancias fácticas relevante. Pues no basta una conducta externa que provenga de una persona para afirmar que existe un hecho, se exige también conocimiento de esa realidad. Este elemento cognitivo es lo que se viene entendiendo desde hace tiempo como «dolo» (*Vorsatz*), el cual la teoría del delito ha escindo de la categoría de acción para ubicarlo en la de tipicidad (subjetiva). De este modo, la categoría de *imputatio facti* sería más amplia que la de acción y además ubicaría el dolo en el lugar que corresponde, como elemento identificador del «hecho»; b) la tipicidad comprende lo que se conoce como «imputación objetiva»: juicio en el que se constata la creación de un riesgo prohibido de lesión y la concreción de ese riesgo en el resultado(102). Esta definición pone de manifiesto que la teoría del delito entiende por imputación algo diverso a lo que entiende por ella la doctrina clásica, pues para aquella consiste en una operación de interpretación y subsunción(103), mientras que los autores clásicos hace siglos distinguieron la operación de valoración con la de imputación. Así las cosas, más propio es hablar de aplicación de la ley que de imputación objetiva; c) por último, la *imputatio iuris* tampoco es plenamente equiparable a la culpabilidad. En efecto, la culpabilidad en la teoría general del delito a menudo se entiende como una mera operación de constatación, de una enfermedad psíquica o de un estado de embriaguez, por ejemplo, que impiden la imputación(104). Nuevamente aquí la doctrina clásica ofrece un

---

casos se equivoca acerca de la antijuridicidad de su concreción dolosa del tipo» (WELZEL, H., *Derecho Penal Parte General*, op. cit., 1956, pp. 178-179).

(102) Así puede verse en ROXIN, C., *Derecho Penal Parte General*, t. I, op. cit., 1997, pp. 365 ss.

(103) Respecto a esta forma diversa de entender la operación de imputación por la teoría del delito véase SÁNCHEZ-OSTIZ, P., *Imputación y teoría del delito*, op. cit., 2008, pp. 482 ss. y, el mismo autor, *La libertad del Derecho penal*, op. cit., 2014, pp. 45 ss.

(104) Por ejemplo, FRISCH entiende no a la culpabilidad, sino a la teoría del delito como una operación de constatación de *condiciones necesarias de punibilidad* partiendo de la idea del delito como realidad «gegenständlich» (cfr. FRISCH, W., «*Strafe, Straftat und Straftatsystem im Wandel*», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 2015, p. 4).

mejor argumento –más racional– para explicar los supuestos que excluyen la imputación: no es posible reprochar un hecho al agente cuando este «desconoce» la antijuridicidad de su comportamiento o cuando pese a conocer la norma es «incapaz» de seguirla por existir un contramotivo de peso que se sobrepone al motivo que prevé la prescripción o prohibición. Esto quiere decir que padecer una enfermedad psíquica, desconocer la prohibición o actuar en estado de necesidad, constituye tan solo el sustrato, el cual no da una razón por sí solo a la exclusión de imputación(105), pues el elemento determinante es la ausencia de libertad (plena) que se manifiesta en el desconocimiento de la antijuridicidad o la incapacidad de seguir la norma, por ello el agente es «disculpado».

En suma, la doctrina clásica no ha de presentarse como una mera cuestión de evolución histórica, los caminos no son idénticos, sino paralelos e irreconciliables. En este sentido, la doctrina de la imputación merecería ser estudiada más bien como una «alternativa sistemática» a la teoría del delito que como un antecedente suyo.

#### 4. CRÍTICAS Y RÉPLICAS

En los párrafos precedentes se ha intentado mostrar que la doctrina clásica de la imputación presenta rasgos propios que la distancian de las teorías del delito. Su origen y evolución no ha sido obra de penalistas, sino más bien de la filosofía moral, sin embargo, hacia la segunda mitad del siglo xx arriba al Derecho penal como modelo (alternativo) de imputación. Sus postulados no son, ni mucho menos, doctrina dominante permaneciendo a la sombra de las ideas (post)funcionalistas imperantes en estos tiempos. En este sentido, las próximas líneas están destinadas a comentar las principales críticas que esta construcción ha recibido. Al mismo tiempo se ensayarán respuestas a las objeciones formuladas, con ellas lo que se pretende es demostrar que estamos frente a una propuesta que no merece quedar en el olvido, sino que debe ser empleada para enriquecer –y racionalizar– la dogmática penal moderna.

---

(105) «La situación psicológica del agente constituye un sustrato que no basta para decidir la cuestión de la imputación. Esta cuestión se expresa en un juicio de imputación en sentido estricto que atiende a si el agente puede comprender las normas y obrar conforme a esa comprensión» (SÁNCHEZ-OSTIZ, P., *La libertad del Derecho penal*, op. cit., 2014, p. 47).

Entre las críticas recibidas, se ha dicho que la doctrina clásica no es una concepción sistemática (4.1)(106), que posee un carácter formalista (4.2)(107), que su única misión ha sido comprender el delito como obra humana y deslindarlo del mero azar (4.3)(108) y que uno de sus conceptos estelares, como es el de las *Obliegenheiten*, habría sido importado por el Derecho penal sin atender a su origen *iusprivatista* (4.4)(109).

#### 4.1 Doctrina asistemática

En cuanto a la primera de las críticas, esto es, su falta de sistematicidad, cabe decir que sería aceptable respecto al modelo previo a la obra de Hruschka(110), pues el maestro de Erlangen es quien retoma la terminología de los autores que le preceden y somete los conceptos que provienen de la tradición del humanismo (e iluminismo) a una «sistematización» de la que la teoría del delito podría salir beneficiada(111).

---

(106) En concreto, en referencia a la doctrina clásica, SILVA SÁNCHEZ ha dicho: «Sin embargo, por un lado, en todas las construcciones señaladas nos hallamos ante concepciones escasamente distintivas; y, por otro lado –lo que debe estimarse fundamental– en realidad no se trata de concepciones sistemáticas, sino probablemente, como ha señalado Schild, de aproximaciones retóricas al tema (esto es orientadas a la discusión práctica en el proceso), sin que tenga lugar una estricta ordenación sistemática de los diferentes *topoi* que merezca el nombre de teoría» (SILVA SÁNCHEZ, J. M. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, op. cit., 2010, p. 590).

(107) Nuevamente es SILVA SÁNCHEZ quién lanza la crítica: «El formalismo y la abstracción de los enunciados resultantes se manifiesta muy claramente en el hecho de que HRUSCHKA los asimile a los de la geometría. Así, a su análisis y sistematización los denomina dogmática *more geometrico*, siguiendo la idea de la *Philosophia practica universalis, mathematica methodo conscripta* de Christian WOLFF. Por tanto, el objeto de la ciencia del Derecho penal no es material-concreto (no se trata en él del sistema de soluciones justas de los casos del Derecho penal), sino formal-abstracto. En ese marco, los conceptos y los enunciados jurídico-penales se obtienen de modo analítico-deductivo» (SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Los tres ámbitos de la dogmática jurídico-penal», *InDret*, (4), 2019, pp. 5 y ss).

(108) El cuestionamiento se halla en JESCHECK, H.-H./WEIGEND, T., *Tratado de Derecho Penal PG*, op. cit., 2002, § 22. I.

(109) Cfr. MONTIEL, J. P., «¿Existen las *Obliegenheiten* en el Derecho penal?», op. cit., 2014, p. 4.

(110) El autor se ocupa de la sistematicidad de la dogmática jurídico-penal en una conferencia presentada en 1984 en Hamburgo, véase HRUSCHKA, J., «Kann und sollte die Strafrechtswissenschaft systematisch sein?», op. cit., 1985, pp. 1-10.

(111) Acertadamente en SÁNCHEZ-OSTIZ, P., *Imputación y teoría del delito*, op. cit., 2008, p. 402.

Un sistema es la unidad de los diversos contenidos bajo una idea, un todo del conocimiento ordenado según principios(112), de modo que hablar de «sistema» exige un hilo conductor, una estructuración. Precisamente ello es lo que hizo Hruschka con la herencia recibida: restaurar y ordenar conceptos y categorías que ya habían sido descubiertos (*imputatio facti, applicatio legis ad factum e imputatio iuris*), reconstruyéndolos en una doctrina no solo sistemática sino también coordinada y articulada bajo las claves del patrimonio conceptual de la modernidad: persona, imputación, libertad y dignidad(113).

#### 4.2 Formalista

Por otro lado, se ha caracterizado de «formalista» al planteamiento de Hruschka. Particularmente, Silva Sánchez entiende que estamos frente a un «reduccionismo formalista» según el cual la actividad de la dogmática penal tendría tres ámbitos: (i) el análisis de estructuras que subyacen a las reglas de Derecho penal; (ii) estudios de carácter ético-normativos y jurídico-políticos sobre el merecimiento de pena; y (iii) comentarios al derecho positivo vigente(114). A su vez, entre estas «tareas» existirían ciertas relaciones: los enunciados (i) y (ii) serían independientes del derecho positivo, los comentarios del derecho vigente (iii) estarían subordinados a las actividades (i) y (ii) y las consideraciones contenidas en (ii) se subordinarían a las estructuras de (i) teniendo estas últimas un carácter independiente –y primario– a todo lo demás. En concreto, para Silva la actividad (i), esto es, la formulación de los enunciados que operan como estructuras subyacentes al sistema (penal) de reglas –auténtico objeto del Derecho penal–, sería descriptiva: se describen los problemas del Derecho penal, de manera abstracta y completamente formal. Las consideraciones analítico-estructurales (i) formarían la gramática racional del Derecho penal, la cual constituiría el manual de lectura de las leyes penales. Todo ello generaría apartar del objeto de la ciencia penal a las leyes penales y desinteresarse por la búsqueda de soluciones «jurídico-materiales» a los problemas del Derecho penal. En definitiva, siempre según Silva, la propuesta de Hruschka implicaría la reducción del control del discurso valorativo únicamente al respeto

(112) KANT, I., *Kant's Kritik der reinen Vernunft*, Leipzig, 1868, p. 641.

(113) Así, SÁNCHEZ-OSTIZ, P., *La libertad del Derecho penal*, op. cit., 2014, p. 62.

(114) Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Los tres ámbitos de la dogmática jurídico-penal», op. cit., 2019, p. 6.

de las reglas de la lógica y del discurso racional, sin aportaciones de contenido material(115).

Lo primero que hay que decir sobre las observaciones ahora expuestas es que estamos ante una crítica de mayor calado. Lo segundo es que sí, el riesgo de formalismo existe, pero estimo que se podría evitar y, aun cuando ello no se aceptara, las ventajas que se ofrecen son significativas. Los trabajos de los que Silva se vale para caracterizar de formal al modelo clásico son básicamente de la década de los ochenta, por aquellos años dominaba en Alemania un positivismo jurídico inquebrantable (*ungebrochener Rechtspositivismus*) frente al cual Hruschka elabora un modelo que, en verdad no parte de lo establecido por la ley penal, sino de consideraciones teórico-estructurales y ético-normativas (*strukturtheoretischen und normativ-ethischen Überlegungen*) fruto de una tradición del pensamiento construida sobre la bases del trabajo de siglos. Me estoy refiriendo a los aportes procedentes de la filosofía moral, entre los que, por ejemplo, debe destacarse la teorización sobre el estado de necesidad en Aristóteles(116), Tomás de Aquino(117) y más tarde en Kant(118), la comprensión del sentido moral de la acción por la Escuela de Salamanca(119), la distinción entre *ignorantia facti* e *iuris* hecha por

---

(115) SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Los tres ámbitos de la dogmática jurídico-penal», *op. cit.*, 2019, p. 7.

(116) En el libro III de la *Ética a Nicómaco*, Aristóteles plantea la problemática del estado de necesidad al referirse a las acciones llevadas a cabo para evitar males mayores o para conseguir mayores bienes. Estas tendrían un carácter compuesto: en parte voluntarias y en parte involuntarias, pero se parecerían sobre todo a las acciones voluntarias. Véase ARISTÓTELES, *EN*, 1109B4-6.

(117) A lo que ARISTÓTELES llamaba acciones compuestas de dos modalidades (voluntarias e involuntarias), TOMÁS DE AQUINO ubica en la categoría de *actio mixta*, TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae*, II-II, q. 125, a. 4, c. Más tarde se recoge también en PUFENDORF, S. *De Jure Naturae et Gentium*, 1672, lib. I, cap. IV, § 9 y en DARIES, J. G., *Institutiones Jurisprudentiae Universalis*, 4.<sup>a</sup> ed., Ienae, 1751, § 163.

(118) Los aportes de KANT y de su discípulo GENTZ en materia de Estado de necesidad fueron expuestas por HRUSCHKA en su artículo «Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe: Das Brett des Karneades bei Gentz und bei Kant», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* 1991, pp. 1-10.

(119) Entre otros trabajos, véase DE VITORIA, F., *De actibus humanis*, Advisors, Stuttgart-Bad Cannstatt, 2015, SUÁREZ, F., *Tratado de las Leyes y de Dios legislador*, Instituto de Estudios Políticos, J. R. Eguillor Muniozgueren, S. I., Madrid, 1968, Vol. III (Libro V), Cap. IV, pp. 468 ss., sobre los aportes de COVARRUBIAS véase: GARCÍA SÁNCHEZ, J. y GARCÍA FUEYO, B., *Diego de Covarrubias y Leyva*, *Summa delictis et eorum poenis*, Universidad de Oviedo, Oviedo 2018 y de ALFONSO DE CASTRO en RODRÍGUEZ MOLINERO, M., *Origen español de la ciencia del Derecho penal. Alfonso de Castro y su sistema penal*, Cisneros, Madrid, 1959.

los romanos, entre otros(120). Por tanto, frente a leyes penales que vienen y van ¿no resulta «racional» edificar una dogmática penal sobre problemas, conceptos, grupos de casos y reglas sobre los, sin exagerar, hace milenios que se viene trabajando? Personalmente, estimo que sí.

En efecto, estamos frente a un modelo ahistórico, que se enfoca en lo estructural y no en lo arbitrario (como a veces lo es la pluma del legislador), que, según creo, incorpora una «visión material» al construir las categorías de la imputación sobre la idea de libertad, igualdad y dignidad del ser humano. Ello lo haría escapar del formalismo, pero incluso cuando esto último no se comparta, veo mayores peligros en un Derecho penal que, bajo la premisa del espíritu del tiempo (*Zeitgeist*), haga depender sus estructuras de la ley penal de turno, pues es sabido los males que ello ha causado: inflación de leyes penales y, con ello, expansión del Derecho penal a límites impensados(121), inseguridad jurídica(122), incluso reducción del trabajo dogmático a la interpretación de las proposiciones del Derecho penal positivo(123). En definitiva, pienso que es ineludible la tarea de dotar de contenido material a las categorías empleadas por la dogmática, pero sin excluir el aporte lógico-formal de las estructuras.

### 4.3 Misión

Respecto a la crítica de Merkel, que luego reproducirá Jescheck, sobre la (limitada) misión que tiene la doctrina clásica, esto es, dejar fuera el azar del ámbito de responsabilidad penal, no creo ver allí un punto débil sino más bien uno de sus mayores aciertos. Un delito, ante

(120) Así, en el Digesto, donde se dedica el L. 22, t. VI («Sobre la ignorancia de derecho y hecho»).

(121) Es por demás sugerente la frase con la que SILVA SÁNCHEZ comienza su obra «La expansión del Derecho penal»: «Allí donde llueven leyes penales continuamente, donde entre el público a la menor ocasión se eleva un clamor general de que las cosas se remedien con nuevas leyes penales o agravando las existentes, ahí no se viven los mejores tiempos para la libertad –pues toda ley penal es una sensible intromisión en la libertad, cuyas consecuencias serán perceptibles también para los que la han exigido de modo más ruidoso–, allí puede pensarse en la frase de Tácito: *Pessim republica, plurimae leges*» (SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 2001, p. 17).

(122) Por ejemplo, SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Malum Passionis. Mitigar el dolor del derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2018, p. 61.

(123) SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, *op. cit.*, 2010, pp. 163 ss.

todo, es una conducta humana, de modo que el Derecho penal, el cual mediante la moderna teoría del delito determina cuándo existe un delito y si el mismo le es imputable al autor, no puede prescindir de los aportes que durante siglos los filósofos morales han realizado sobre la acción humana –la agencia–. He aquí una contribución racional que la doctrina en estudio proporciona a la dogmática penal moderna: el juicio de imputación (*imputatio facti*) instaura lo que afirma: un hecho, pero no como mera causación de un efecto, sino como expresión de la libertad del agente (*causa libera*) y, a su vez, concibe a la persona como sujeto susceptible de imputación(124), que, a diferencia de las cosas que tienen precio, posee dignidad. Este debe ser, en mi parecer, el punto de partida en la reflexión sobre la atribución de responsabilidad penal. En resumen, la doctrina clásica diferencia el acto del hombre de la conducta humana (*libera*), se trata de un desarrollo dogmático que aleja el azar de nuestra materia, esto es, deja fuera a la mera responsabilidad por el resultado(125). No creo que haya palabras más precisas para sintetizar esta propuesta dogmática que las de Gimbernat:

«La dogmática jurídico-penal, pues, averigua el contenido del Derecho penal, cuáles son los presupuestos que han de darse para que entre en juego un tipo penal, qué es lo que distingue un tipo de otro, dónde acaba el comportamiento impune y dónde empieza el punible. Hace posible, por consiguiente, al señalar límites y definir conceptos, una aplicación segura y calculable del Derecho penal, hace posible sustraerle a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación. Cuanto menos desarrollada esté una dogmática, más imprevisible será la decisión de los tribunales más dependerán del azar y de factores incontrolables la condena o la absolución. Si no se conocen los límites de un tipo penal, si no se ha establecido dogmáticamente su alcance, la punición o impunidad de una conducta no será la actividad ordenada nada y meticulosa que debería ser, sino una cuestión de lotería. Y cuanto menor sea el desarrollo dogmático, más lotería, hasta llegar a la más caótica y anárquica aplicación de un Derecho penal del que por no haber sido objeto de un estudio sistemático y científico– se desconoce su alcance y su límite»(126).

---

(124) Véase nota 24.

(125) Un estudio detallado de la evolución de la responsabilidad por el resultado en Derecho penal se expone en: CARDENAL MURILLO, A., *La responsabilidad por el resultado en derecho penal (estudio histórico-dogmático de sus manifestaciones en el libro I del C. P. español)*, Edersa, Madrid, 1990.

(126) GIMBERNAT ORDEIG, E., «¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?», en *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho en homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa*, 1970, pp. 518-519.

#### 4.4 *Obliegenheiten*

Por último, es necesario responder a la observación que realiza Montiel sobre la utilización de las *Obliegenheiten* como criterio de imputación en materia penal. En concreto, el profesor argentino dirige dos críticas que, según entiendo, no afectan al modelo de la doctrina clásica. Por un lado, achaca el desconocimiento por parte del dogmático penal del origen civilista del instituto y, señala a Hruschka como el principal «agente importador» de un concepto ajeno a nuestra ciencia(127). En segundo lugar, reprueba el empleo excesivo (e inflacionario) que se ha hecho de las incumbencias por los penalistas de los últimos tiempos(128).

Respecto a lo primero cabe replicar que el concepto de incumbencia no ha sido tomado por Hruschka, y sus seguidores, del Derecho privado, sino que en cambio se trata de un término que estaría implícito en las teorizaciones sobre la acción humana realizadas a lo largo de los siglos por los filósofos morales. Por tanto, si bien Aristóteles, Tomás de Aquino, Pufendorf, Kant, entre otros, no utilizan la expresión «incumbencias» (o si la emplean, no es con el mismo contenido), no cabe duda alguna que en ellos está presente la idea de atribución de responsabilidad pese a la presencia de un «defecto» que torne a la conducta *non libera in se*, cuando el propio agente es quien ha causado el defecto, pues la conducta ha sido entonces *libera in causa*(129).

(127) En términos literales MONTIEL dirá: «En lo que sigue podremos ver los innumerables (y, en cierto punto, insuperables) problemas que surgen a partir de importar al Derecho penal un criterio de imputación del Derecho privado...» (p. 4). Y, agrega: «... la incipiente *civilización* del Derecho puede traernos importantes quebraderos de cabeza, como consecuencia de una extrapolación insuficientemente teorizada» (p. 4). Pone ejemplos del Derecho de seguros, Derecho civil y Derecho mercantil (p. 6). Asimismo, Montiel alude a que el Derecho penal ha *importado* este concepto del derecho privado sin modificación y etiqueta a HRUSCHKA como «el más conocido agente importador» (pp. 13-14). Véase MONTIEL, J. P., «¿Existen las *Obliegenheiten* en el Derecho penal?», *op. cit.*, 2014, pp. 4 ss.

(128) Con especial referencia a JAKOBS, MONTIEL critica el uso desmedido de las *Obliegenheiten* al decir que estas habrían sido empleadas en ámbitos tan distintos como: la participación, la responsabilidad por el resultado, en la fundamentación de las medidas de aseguramiento para delincuentes imputables peligrosos, para explicar la tentativa... (p. 6). Luego, agrega «El Derecho procesal penal alemán tampoco ha sido inmune al expansivo uso de la idea de *Obliegenheit*» (p. 8), MONTIEL, J. P., «¿Existen las *Obliegenheiten* en el Derecho penal?», *op. cit.*, 2014, pp. 4-14.

(129) Sobran referencias a esta idea en los autores mencionados, por citar algunos ejemplos: «Los legisladores (...) castigan el mismo hecho de ignorar, si el delincuente parece responsable de la ignorancia; así a los embriagados, se les impone doble castigo; ¿pues el origen está en ellos mismos, ya que eran dueños de no embriagarse, y la embriaguez fue la causa de su ignorancia. Castigan también a los que



Respecto a la utilización inflacionaria de las *Obliegenheiten* tampoco veo allí una crítica que afecte a la doctrina clásica. Tal como se expuso anteriormente (2.4) el ámbito propio de las incumbencias sería el de la «imputación extraordinaria» y su función es la de «restablecer» la imputación en los casos en los que el defecto ha sido causado por el propio agente. Así, queda en claro que no es para nada desmedido el empleo del instituto por parte del modelo clásico, sino por el contrario, concreto y definido(130).

## 5. CONCLUSIONES

En el siglo XIX el modelo positivista irrumpe en el Derecho penal. La moderna teoría del delito comienza a diluir y vaciar de contenido la operación de imputación para, en cambio, poner en el centro de la discusión conceptos tales como el de «imputabilidad». La herencia de la *Jurisprudentia et Philosophia Practica Universalis* se abandona para dar paso a una teoría que desde von Liszt en adelante, trata de ordenar condiciones de punibilidad previstas en el ordenamiento jurídico-penal. Volver al concepto clásico de imputación, ha sido el gran legado que nos deja Joachim Hruschka, quien, a su vez, al poco andar advirtió que la doctrina general del delito se debe ocupar de algo

---

ignoran ciertas materias legales que deben saberse y no son difíciles... porque estaba en su poder no ser ignorantes» (ARISTÓTELES, 1113b23 – 1114a3 y 1110b20-25; 30-34; 1114a29-32); «... la ignorancia causa lo involuntario, como ya se ha dicho. Sin embargo, si somos la causa de la ignorancia, será una ignorancia voluntaria y entonces por ella seremos castigados. Pero el hombre puede ser causa de su ignorancia de dos modos. De uno directamente haciendo algo: como se ve claro en los que se emborrachan y por eso se vuelven ignorantes. Y entonces son doblemente increpados. Primero, porque se emborracharon. Segundo, por algún pecado que a partir de su ebriedad cometieron...» (TOMÁS DE AQUINO, *CEN*, L. III, L. XI, Nm. 505); «There can also be imputed not merely those things in which it is in our power at the present moment either to do them or not to do them, but also those, the faculty of performing which was formerly in our power, but has been lost by our own fault; or those which, in the present status, indeed, are impossible for a man, in the circumstance, however, that his inability to perform them now is due to his own fault. Thus the man who by his own fault has brought himself to that point (supposing, for example, this to be due to petulance or idle curiosity, where, if he had employed due diligence, he might have foreseen that force would be brought to bear upon him), can have imputed to him those bad actions to which he was forced while in that state» (PUFENDORF, S., *Two books of the Elements of universal jurisprudence*, Liberty Fund, Indianapolis, 2009, p. 289).

(130) Un análisis detallado de las críticas formuladas por MONTIEL puede hallarse en: SÁNCHEZ-OSTIZ, P., «¿Incumbencias en Derecho Penal? Depende», *InDret*, (1), 2015, pp. 1-26.

distinto del Código Penal: mientras las leyes penales son mutables, existen ciertos problemas, conceptos, grupos de casos y reglas con los que los penalistas trabajamos a diario. Tales problemas, conceptos, casos y reglas han perdurado durante siglos, y sobre ellos debemos seguir trabajando. Es en este ámbito de reflexión en el que adquiere sentido nutrirnos de una doctrina sistemática, analítica, ahistórica y transnacional, que saque a la luz el carácter racional del agente, la dignidad del ser humano, la libertad con la que este se desenvuelve y, en definitiva, ponga énfasis en entender y humanizar cada vez más una operación tan cotidiana y natural como es la de «imputar».

# Consentimiento hipotético y autonomía del paciente. Una reconstrucción analítica del debate

LEANDRO DÍAS LESTON

## RESUMEN

*Desde hace unos años se está discutiendo en la dogmática jurídico-penal continental una nueva figura jurídica aplicable a contextos médicos y potencialmente exculpatoria: el llamado consentimiento hipotético. Según esta construcción, los médicos no serían punibles a pesar de haber llevado a cabo una intervención médica curativa sin un consentimiento válido de un paciente al que no se le brindó suficiente información y, por tanto, típica del delito de lesiones corporales, si ex post se comprobase que el paciente habría consentido en la intervención si hubiese sido informado conforme al deber. A pesar de que el consentimiento hipotético fue adoptado por la jurisprudencia alemana y por parte de la doctrina, un importante grupo de autores esgrime que su reconocimiento en derecho penal viola la autonomía del paciente. En este trabajo se reconstruye el argumento basado en la idea de autonomía y se lo divide en dos sub-argumentos: uno general y otro específico. Se señala, además, que solo uno de estos, el específico, resulta convincente, pero no decisivo. Y, por último, se brindan los lineamientos para crear un argumento distinto, deontológico, también basado en la idea de autonomía, que pueda ser apto para desacreditar completamente al consentimiento hipotético. Pero un argumento de esa clase también tiene sus costos, por lo que se señalan cuáles son y por qué no todos estarían dispuestos a pagarlos.*

*Palabras clave: consentimiento hipotético, autonomía del paciente, libre albedrío, causas de justificación, derecho penal de la medicina.*

## ABSTRACT

*For some years now, a new and potentially exculpatory legal figure applicable to medical and potentially exculpatory has been discussed in continental legal-criminal*

*dogma: the so-called hypothetical consent. According to this new concept, doctors would not be punished despite having carried out a medical intervention without the valid consent of a patient who was not provided with sufficient information, if ex post it was proven that the patient would have consented to the intervention if he or she had been properly informed. Despite the fact that hypothetical consent was received by German courts and literature, an important group of authors argue that its recognition in criminal law violates the patient's autonomy. In this paper the argument based on the idea of autonomy will be reconstructed and divided into two parts: one general and one specific. It will also be pointed out that only one of these, the specific one, is convincing, but not decisive. Some guidelines will be provided for creating a different (deontological) argument, also based on the idea of autonomy, that could be apt to completely discredit hypothetical consent. But such an argument also has its costs, so we will point out what those costs are and why not everyone would be willing to pay them.*

Title: *Hypothetical consent and patient autonomy. An analytical reconstruction of the debate*

Keywords: *Hypothetical consent, Patient Autonomy, Free Will, Justifications, Medical Criminal Law.*

SUMARIO:—1. Introducción.—2. La crítica general basada en la autonomía del paciente.—3. La crítica específica (epistémica) de Puppe.—4. Libre albedrío, determinismo causal y consentimiento hipotético.—5. Conclusión.—6. Bibliografía.

## 1. INTRODUCCIÓN

Sancinetti le dedicó grandes esfuerzos en las últimas dos décadas a discutir el problema de los cursos causales hipotéticos en derecho penal y, en particular, en el análisis de la causalidad y la imputación(1). Entre otras cosas, supo señalar que en la vida en sociedad se razona diariamente a partir de hipótesis y eso se ve reflejado en distintos segmentos de la teoría del delito, como en las causas de justificación con elementos prospectivos o los casos de interrupción de cursos causales salvadores(2). Por esa razón, cuando se quiere rechazar el

(1) SANCINETTI, M., «Observaciones sobre la teoría de la imputación objetiva», en Cancio Meliá/Ferrante/Sancinetti, (eds.), *Estudios sobre la teoría de la imputación objetiva*, 1998, p. 37 ss.; EL MISMO, *FS-Jakobs*, 2007, p. 583.

(2) SANCINETTI, M., «Hypothetische Kausalverläufe und die Differenztheorie», *ZStW* (120), 2008, p. 665, 693 ss.; EL MISMO, «La influencia de los cursos causales hipotéticos en la responsabilidad civil y penal», *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, 2010, p. 591 ss.

recurso a hipótesis, como señala la opinión dominante respecto de la posible influencia de los cursos causales hipotéticos en la relación de causalidad(3), sería necesario ofrecer razones fundadas para sostener esa pretensión. Y Sancinetti demostró que esas razones no están presentes, al menos en la toma de postura actual de la opinión dominante.

En esta contribución se asumirá este punto de partida para analizar una figura jurídica que justamente toma por base un análisis hipotético: el llamado consentimiento hipotético del paciente. Con este título se discute la posibilidad de justificar el tipo realizado por un médico (en general, lesiones corporales, § 223 CP alemán, artículo 147 CP español; artículo 89 CP argentino)(4) que efectuó una intervención en un paciente que no pudo consentirla válidamente porque el propio médico incumplió sus deberes de informar (por ejemplo, porque le mintió al paciente sobre los riesgos de la operación). Esta justificación procede a través de la constatación hipotética de que, en realidad, si el paciente hubiese sido informado debidamente, este último de todos modos habría consentido en la realización de la intervención(5).

Si bien se encuentra sumamente discutida la cuestión relativa a si se está en presencia de una verdadera causa de justificación, o si por el contrario se trata de un criterio de imputación objetiva que permitiría excluir la tipicidad de la conducta del médico (y no solamente justificar una acción *prima facie* antijurídica)(6), lo cierto es que un argumento usual a favor del reconocimiento del consentimiento hipotético

(3) Cf. BGHSt 2, 20; 10, 369; 13, 13; KINDHÄUSER/HILGENDORF, «Vor § 13», *Strafgesetzbuch*, 2020, nm. 81 ss.; KÜHL, *Strafrecht AT*, 8.<sup>a</sup> ed., 2017, § 4/12; WESSELS/BEULKE/SATZGER, *Strafrecht AT*, 49.<sup>a</sup> ed., 2019, nm. 239.

(4) Según el punto de vista de la jurisprudencia dominante en Alemania, incluso si el tratamiento fue exitoso. Solamente a modo de ejemplo, RGSt, 25, 375, 378; BGHSt 11, 111, 112; 16, 309; 43, 306. Sobre la discusión actual en Alemania, GRÜNEWALD, «§ 223», *Leipziger Kommentar*, 12.<sup>a</sup> ed., 2018, nm. 63 ss.; KINDHÄUSER/HILGENDORF, «§ 223», *Strafgesetzbuch*, 2020, nm. 7 ss. Por supuesto que, como muchas de las discusiones de parte especial, el estado actual del tratamiento de estos problemas suele variar dependiendo del sistema jurídico del que se trate. En este caso, se toma como punto de referencia el ordenamiento alemán, en el que se llevó a cabo la discusión originalmente, luego exportada a otros estados con sistemas de derecho continental-europeo a través del proceso de recepción. Para un panorama en idioma español, recientemente, RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, «El delito de tratamiento médico arbitrario: una propuesta de lege ferenda», *RECPC*, 2017, pp. 1 ss.

(5) HILGENDORF/VALERIUS, *Strafrecht AT*, § 5/138; KINDHÄUSER/ZIMMERMANN, *Strafrecht AT*, 9.<sup>a</sup> ed., 2020, § 19/16; KÜHL, *AT*, 8.<sup>a</sup> ed., 2017, § 9/47a; WESSELS/BEULKE/SATZGER, *AT*, 49.<sup>a</sup> ed., 2019, nm. 594.

(6) Véase solamente BÖCKER, «Die “hypothetische Einwilligung” im Zivil- und Strafrecht», *JZ*, 2005, pp. 927 ss.; HENGSTENBERG, *Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht*, 2013, pp. 159 ss.; MITSCH, «Die «hypothetische Einwilligung» im Arztstrafrecht», *JZ*, 2005, pp. 280 ss.; PUPPE, «Die hypothetische Einwilligung und

del paciente como eximente de responsabilidad es equivalente al que justifica la impunidad de los casos de comportamiento alternativo conforme a derecho(7). Puntualmente, la acción contraria a deber del médico carecería de significado, a nivel normativo, para explicar lo sucedido en la realidad, en virtud de que el resultado real (en este caso, el consentimiento del paciente) se habría producido incluso con un comportamiento debido en un mundo posible distinto al real. Y dado que se reconoce de modo generalizado que en casos de comportamiento alternativo conforme a derecho se debe excluir la ilicitud objetiva de la conducta(8), en principio habría una razón para asignarle las mismas consecuencias a la figura jurídica análoga del consentimiento hipotético. En este sentido, es aplicable la regla general sobre construcciones hipotéticas que postula Sancinetti, ya asumida como punto de partida de esta investigación.

Mucho se ha escrito sobre esta cuestión, tanto en apoyo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal alemán (BGH) que desarrolló esta figura jurídica en el ámbito del derecho penal(9), como en rechazo(10), y en este trabajo se abordará una crítica puntual, a saber,

---

das Selbstbestimmungsrecht des Patienten», *ZIS* (6), 2016, p. 369 ss.; STURM, *Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht*, 2016, p. 59 ss.

(7) Cf. BEULKE, «Die hypothetische Einwilligung im Arztstrafrecht – Eine Zwischenbilanz», *medstra* (2), 2015, p. 73; KUHLEN, *FS-Roxin*, 2001, p. 331 ss.; EL MISMO, «Ausschluss der objektiven Erfolgszurechnung bei hypothetischer Einwilligung des Betroffenen», *JR*, 2004, p. 227; MURMANN, *Grundkurs Strafrecht*, 5.ª ed., 2019, § 25/132; ROSENAU, *FS-Maiwald*, 2010, p. 691; ROXIN, *Strafrecht AT*, t. I, 4.ª ed., 2010, § 13/120; SILVA SÁNCHEZ, «Objektive Zurechnung und Rechtfertigungsgründe. Versuch einer Differenzierung», *ZIS* (11), 2014, pp. 549 s. Este tema, no obstante, se encuentra discutido (por todos, ALBRECHT, *Die «hypothetische Einwilligung» im Strafrecht*, pp. 259 ss.; GAEDE, *Limitiert akzessorisches Medizinstrafrecht statt hypothetischer Einwilligung*, 2014, p. 16 ss.; HENGSTENBERG, *Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht*, 2013, pp. 259 ss.; SCHWARTZ, *Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht*, 2009, pp. 171 ss.). Si no se está de acuerdo con esta analogía, pártase de la base de que a los fines de esta discusión dicha analogía sí resulta apropiada. Esto es lo que hace, por ejemplo, STERNBERG-LIEBEN, *FS-Beulke*, 2015, p. 30.

(8) Véase, *pars pro toto*, KÜHL, *AT*, 8.ª ed., 2017, § 17/49 ss.; WESSELS/BEULKE/SATZGER, *AT*, 49.ª ed., 2019, nm. 304 ss. También SANCINETTI, *ZStW* (120), p. 662, con referencias adicionales.

(9) BGH *NStZ* 1996, 34; 2004, 442; 2012, 205; *NStZ-RR* 2004, 16; 2007, 340; *MedR* 2008, 435; *NJW* 2013, 1688. Sobre la evolución de la jurisprudencia GRÜNEWALD, «§ 223», *Leipziger Kommentar*, 12.ª ed., 2018, nm. 102; HENGSTENBERG, *Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht*, 2013, pp. 267 ss.; ZABEL, «Die Einwilligung als Bezugspunkt wechselseitiger Risikoverantwortung», *GA*, 2015, p. 227 ss.

(10) La afirmación de SALIGER («Alternativen zur hypothetischen Einwilligung im Strafrecht», *FS-Beulke*, p. 258) es, en este sentido, especialmente informativa: «La agudeza del debate parece aumentar a medida que el instituto se consolida en la práctica... [y] las posiciones difícilmente podrían estar más polarizadas». Simi-

la supuesta vulneración a la autonomía del paciente que se produciría si la conducta del médico quedase impune en casos de consentimiento hipotético. Esto se debe principalmente a que las críticas basadas en la idea de autonomía, acompañadas en general por una referencia a una violación a la constitución nacional respectiva (en Alemania, por ejemplo, al artículo 1, párr. 1, GG, eventualmente en relación con el artículo 2 GG) cuentan con una carga emotiva muy fuerte y que, consciente o inconscientemente, aumenta el poder persuasivo de tales críticas. No obstante, detrás de esta clase de afirmaciones no siempre se esconden argumentos fuertes. De hecho, en este trabajo se sostendrá la hipótesis de que, a grandes rasgos, se han esgrimido dos argumentos principales contra el consentimiento hipotético basados en la idea de autonomía personal, pero solo uno de ellos es convincente, aunque no decisivo (apartados II y III). Esto obligaría a matizar la idea de que esta construcción debe ser rechazada sin más, por generar una violación al derecho de autonomía del paciente. No obstante, también se intentará mostrar que hay un tercer argumento vinculado a la noción de autonomía que sí sería apto para «derrotar» de modo concluyente al consentimiento hipotético (apartado IV).

## 2. LA CRÍTICA GENERAL BASADA EN LA AUTONOMÍA DEL PACIENTE

Antes de analizar la primera crítica, es necesario señalar que el término «autonomía» se caracteriza por su polisemia y las divergencias entre los distintos filósofos y juristas al respecto son notables, incluso en lo referente a cuestiones definicionales básicas<sup>(11)</sup>. En el marco estricto de las intervenciones médicas curativas, los expertos en bioética suelen hacer referencia al concepto de *autonomía personal*,

---

lar KRÜGER, *FS-Beulke*, p. 139 s. Sobre el estado de la discusión, véase BEULKE, *medstra* 2, 2015, p. 68 ss.; ROXIN, «Hypothetische Einwilligung im Medizinstrafrecht?», *medstra*, 2017, p. 130 ss.; STURM, *Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht*, 2016, p. 46 ss.; WESSELS/BEULKE/SATZGER, *AT*, 49.<sup>a</sup> ed., 2019, nm. 596 ss. En idioma español, indispensables, ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, *El consentimiento en derecho penal*, 2014, p. 286 ss.; SCHLACK, «El consentimiento hipotético de la víctima en el Derecho penal alemán», *Revista de Derecho*, 2012, p. 275 ss.

(11) Véase, al respecto, DWORKIN, *The Theory and Practice of Autonomy*, 1988, pp. 101 ss.; FEINBERG, «Autonomy», en Christman, (ed.), *The Inner Citadel: Essays on Individual Autonomy*, 1989, pp. 27 ss.; MAGNUS, *Patientenautonomie im Strafrecht*, 2015, pp. 14 ss.; PAWLIK, «Das Recht der Älteren im Strafrecht – Bedeutung und Reichweite des Grundsatzes der Patienten-autonomie», en Becker/Roth, (eds.), *Recht der Älteren*, 2013, § 7/ 3; EL MISMO, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 222 ss.

como el derecho a decidir cómo se ha de vivir la propia vida (en particular, cómo comportarse ante decisiones de vida críticas) y el deber de terceros de respetar ese derecho(12). Los tribunales superiores también suelen considerar que este es el entendimiento constitucional de autonomía, al menos en lo que concierne a cuestiones vinculadas a la bioética. Solamente a modo de ejemplo, el Tribunal Constitucional Federal alemán señala que «[e]l artículo 1, párr. 1, GG, protege la dignidad humana, cómo él se entienda en su individualidad... De esto forma parte que el ser humano pueda disponer de sí mismo y pueda dar forma a su destino por cuenta propia»(13). Esta concepción de autonomía personal como derecho a tomar decisiones de vida críticas sin injerencias de terceros (en este caso, injerencias de los médicos) es también la que se toma como punto de partida en la discusión sobre el consentimiento hipotético(14) y da lugar, a grandes rasgos y según la reconstrucción aquí propuesta, a dos críticas a esta última figura jurídica: una general y otra específica.

El argumento general relativo a por qué se violaría el principio de autonomía si se reconociese el consentimiento hipotético afirma que con la impunidad del médico se le termina imponiendo al paciente una voluntad heterónoma, en reemplazo de su decisión libre sobre el tratamiento. Imagínese un supuesto en el que el médico no informó (imprudentemente) al paciente sobre los riesgos de una intervención, estos riesgos se terminan realizando y, en última instancia, el médico no recibe una pena por la lesión corporal cometidas, sino que se lo absuelve porque el juez considera que el paciente habría consentido en caso de haber sido informado correctamente por el médico(15). En estos supuestos, el juez impondría su voluntad frente a la de un paciente que se siente vulnerado en su autonomía por no haber podido tomar una decisión completamente libre por falta de información. En los hechos, entonces, no sería el

(12) Cf. CHRISTMAN, «Autonomy in Moral and Political Philosophy», *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2015; RIVERA LÓPEZ, *Problemas de vida o muerte*, 2011, p. 71.

(13) BVerfGE 49, 286 (298). Sobre la jurisprudencia del BVerfG, MAGNUS, *Patientenautonomie im Strafrecht*, 2015, pp. 111 s.; WIESNER, *Die Hypothetische Einwilligung im Medizinstrafrecht*, 2010, pp. 124 s. Siehe auch, DUTTGE, *FS-Schroeder*, 2006, pp. 179 ss.; ZABEL, *GA*, 2015, pp. 226 s.

(14) Cf. PUPPE, *ZIS* (6), 2016, p. 366; STERNBERG-LIEBEN, «Beschränkung der strafrechtlichen Haftung auf eine schwerwiegende Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht», *MedR* 2019, p. 187; STURM, *Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht*, 2016, p. 53; WIESNER, *Die Hypothetische Einwilligung im Medizinstrafrecht*, 2010, pp. 123 ss., con referencias adicionales.

(15) PUPPE, *ZIS* (6), 2016, p. 366.



paciente quien decide sobre su vida, sino que es el juez quien, a través de máximas de experiencia u otros criterios de verosimilitud, decidiría cuál habría sido el comportamiento hipotético del paciente. Así, se subordinaría la voluntad del paciente a la voluntad del juez.

A su vez, en los casos en los que la violación a los deberes de información por parte del médico es dolosa, como en los supuestos en los que media un engaño, también el médico impondría su voluntad por sobre la del paciente al momento de determinar si debe hacerse o no la intervención, lo que luego es confirmado por la decisión judicial. Aquí el paciente no podría tomar una decisión autónoma ya directamente porque es engañado por el médico (en términos kantianos, el médico lo utiliza como un mero medio para obtener sus fines en lugar de tratarlo como un ser autónomo). Por ende, en estos últimos supuestos se produciría una doble subordinación de la voluntad del paciente: a la del médico que lleva a cabo el engaño, e intencionalmente le impide tomar una decisión autónoma, y a la del juez, que en última instancia decide cuál habría sido la voluntad hipotética.

Este argumento resulta problemático, en primer lugar, porque no es cierto que el juez termine imponiendo su voluntad ante el paciente. De hecho, quien debe decidir el caso en ningún momento toma una verdadera decisión de voluntad sobre la realización de la intervención médica curativa, sino que se limita a constatar la hipótesis, característica de todo razonamiento basado en la existencia de alternativas(16), de que en un universo posible en el que el médico cumplió con sus deberes de información, *el propio paciente* habría consentido. Les asiste razón, en ese sentido, a quienes consideran que mediante un procedimiento de esta clase se realizaría la voluntad del propio paciente, que en los hechos no tuvo lugar por falta de información o información deficiente(17). Por tanto, no se somete al paciente a ninguna voluntad heterónoma, sino que se toma en consideración la voluntad del propio paciente, pero en un mundo hipotético.

Al respecto, Puppe responde que desde el punto de vista de la autonomía es importante hacer una distinción entre la toma de decisión efectiva de alguien respecto de un riesgo y la imposición de la decisión sobre ese riesgo que realiza el juez, a partir de una indaga-

---

(16) Similar GROPP, *FS-Schroeder*, 2006, pp. 201 s. Sobre este problema, fundamental, RÖDIG, *Die Denkform der Alternative in der Jurisprudenz*, 1969, pp. 77 ss.

(17) BEULKE, *medstra* 2, 2015, p. 74; KUHLEN, *JR*, 2004, p. 227; EL MISMO, *FS-Müller-Dietz*, 2001, p. 442; RÖNNAU, «Anm. zu BGH v. 15.10.2003», *JZ*, 2004, pp. 802 ss.

ción en la voluntad hipotética del propio paciente(18). Empero, ¿cuál es la razón para hacer esa distinción? Que el juez sea quien se encargue de dirimir el conflicto penal a través de indicios o criterios de plausibilidad no es un dato relevante para solucionar la cuestión, dado que su función se limita a constatar los hechos a partir del material probatorio disponible y las reglas de valoración probatoria son las mismas tanto en supuestos de consentimiento hipotético, como en cualquier otro en el que se recurra a hipótesis alternativas(19). En otras palabras, el hecho de que la voluntad hipotética sea una constatación contrafáctica, si bien puede llegar a generar dificultades probatorias, parecería no ser un argumento suficiente, dado que el recurso a alternativas, como ya se mencionó, no es algo extraño en el derecho penal y de hecho es la base del comportamiento alternativo conforme a derecho, figura análoga al consentimiento hipotético(20). Incluso en el caso de que tuviese que constatar cuál fue la voluntad *real* del paciente, el juez tendría que realizar una adjudicación similar a la que aquí se discute, dado que siempre es necesario recurrir a criterios de verosimilitud y probabilidades, por las limitaciones epistémicas características del proceso penal(21). De ahí que todo quede reducido, en definitiva, a un problema probatorio(22).

En segundo lugar, en los casos de violaciones dolosas al deber de informar por parte del médico tampoco se produce una imposición de la voluntad del médico sobre la del paciente. Es cierto que el médico, en principio, afecta la autonomía del paciente en la medida en que le impide tomar una decisión libre sobre su destino, al no brindarle intencionalmente la información necesaria para tomar una decisión autodeterminada o directamente manipularlo a través de mentiras. Nadie dudaría que esto es una falta de respeto a la autonomía del paciente. Empero, la interferencia no queda impune en casos de con-

(18) Véase PUPPE, *ZIS* (6), 2016, p. 367; SALIGER, *FS-Beulke*, 2015, p. 265; SOWADA, «Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht», *NStZ*, 2012, pp. 7 s.

(19) Similar HENGSTENBERG, *Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht*, 2013, pp. 268 ss., con referencias adicionales.

(20) Cf. HENGSTENBERG, *Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht*, 2013, pp. 295 ss.

(21) Similar KÜHL, *AT*, 8.ª ed., 2017, § 9, Rn. 47a; MERKEL, «Prinzipielles und Prozessuales zur hypothetischen Einwilligung in ärztliche Heileingriffe», *JZ*, 2013, pp. 976 s.; RÖNNAU, *JZ*, 2004, pp. 802; ROXIN, *AT*, t. I, 4.ª ed., 2010, § 13/133. Sobre las limitaciones epistémicas del derecho penal LAUDAN, *Truth, Error, and Criminal Law*, 2006, pp. 29 ss.

(22) Las dificultades probatorias también son señaladas en la doctrina. Así, por ej., FISCHER, *Strafgesetzbuch*, 67.ª ed., 2020, § 223/34; HILGENDORF, *Einführung in das Medizinstrafrecht*, 2.ª ed., 2019, § 2/72; BAUMANN/WEBER/HEINRICH/HILGENDORF, *Strafrecht BT*, § 6/106 s.

sentimiento hipotético (y esto es lo que interesa desde la perspectiva del derecho penal), dado que subsiste la punibilidad del médico por tentativa y eso da lugar a una compensación. Señala con acierto Kuhlen(23) que con esta causa de justificación solo se excluiría la faceta objetiva del ilícito. Sin embargo, subsiste el ilícito a nivel subjetivo, porque el médico intencionalmente dirige su voluntad a torcer la del paciente y a realizar la intervención sin su consentimiento, a pesar de que este último «objetivamente» la habría consentido en un mundo hipotético(24). Por tanto, sigue siendo punible el médico en estos casos y, entonces, se encuentra protegida la autonomía del paciente.

A esto último también objeta Puppe(25) que la punibilidad por tentativa no es una opción, dado que si el lado subjetivo del ilícito es un reflejo exacto del lado objetivo en la mente del autor, entonces bastaría para que esté realizada la faceta subjetiva con que el médico confíe seriamente en que el paciente habría consentido hipotéticamente en la realización de la intervención. Y si se tiene en cuenta que la voluntad del paciente es una mera especulación, de difícil comprobación, el médico podría alegar siempre esta confianza y realizar intervenciones sin informar debidamente. Sobre el tema, debe decirse que puede ser verdad que los médicos siempre *podrían alegar* (faltando a la verdad) que confiaban en que el paciente hipotéticamente habría consentido, para tratar de evitar la punición por tentativa. Ese estado de cosas, absolutamente problemático a nivel político-criminal, por supuesto debería ser evitado. Pero esta es una suposición que podría dar lugar a una consideración prudencial solo en caso de estar

(23) KUHLLEN, *FS-Roxin*, p. 340; EL MISMO, *JR*, 2004, p. 229 s. Además BEULKE, *medstra* (2), 2015, p. 74 s.; BÖCKER, *JZ*, 2005, p. 927 s.; HENGSTENBERG, *Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht*, 2013, p. 359; TAG, «Richterliche Rechtsfortbildung im Allgemeinen Teil am Beispiel der hypothetischen Einwilligung», *ZStW* (127), 2015, p. 535. Sobre esta «corrección a través de la punibilidad de la tentativa» GAEDE, *Limitiert akzessorisches Medizinstrafrecht*, 2014, pp. 42 ss.

(24) Véase RÖNNAU, «Grundwissen Strafrecht: Hypothetische Einwilligung», *JuS*, 2014, p. 883; SWOBODA, «Die hypothetische Einwilligung – Prototyp einer neuen Zurechnungslehre im Bereich der Rechtfertigung?», *ZIS*, 2013, p. 27.

(25) PUPPE, *ZIS* (6), 2016, p. 369; LA MISMA, «Anm. zu BGH v. 20.1.2004», *JR*, 2004, p. 471; LA MISMA, «Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei mangelnder Aufklärung über eine Behandlungsalternative», *GA*, 2003, p. 770. Zustimmung ALBRECHT, *Die «hypothetische Einwilligung» im Strafrecht*, p. 476 s.; EDLBAUER, *Die hypothetische Einwilligung als arztstrafrechtliches Haftungskorrektiv*, 2009, p. 438; MITSCH, *JZ*, 2005, pp. 284 s.; ROXIN, *medstra*, 2017, p. 134; SOWADA, *NSiZ*, 2012, p. 8; STERNBERG-LIEBEN, *FS-Beulke*, 2015, p. 304; EL MISMO, «Anmerkung zu BGH vom 5. 7. 2007», *StV*, 2008, p. 193; SWOBODA, *ZIS*, 2013, p. 28; WIESNER, *Die Hypothetische Einwilligung im Medizinstrafrecht*, 2010, p. 123. También JÄGER, *Zurechnung und Rechtfertigung*, 2006, p. 26.

sustentada en datos de la realidad, pero no a un argumento normativo fuerte que obligue a rechazar esta figura jurídica sin más(26). Por el contrario, esta objeción no permite descartar que a nivel teórico engañar al paciente para obtener un consentimiento que de otro modo no daría, aunque se compruebe que hipotéticamente sí lo habría dado, y luego llevar a cabo la intervención, es una tentativa del delito correspondiente.

Los únicos casos en los que ya desde el comienzo no se presentaría una tentativa son aquellos en los cuales el médico en los hechos confió sería y honestamente en que el paciente de todos modos habría consentido(27). Si esto realmente fue así, la impunidad de la tentativa parecería estar justificada y lo mismo resulta aplicable en casos de comportamiento alternativo conforme a derecho. E incluso, retomando el aspecto fáctico, los casos de impunidad de la tentativa parecerían ser supuestos marginales, en la medida que el médico que engaña al paciente difícilmente podría alegar de modo racional que confiaba en que el paciente de todos modos consentiría en la realización de la intervención. Piénsese, por ejemplo, en el llamado «caso de la broca»(28), en el que a un cirujano, al intentar estabilizar una articulación del húmero de un paciente durante una cirugía de hombro, se le rompió una broca de taladro que estaba utilizando y esta quedó inserta en el omóplato del paciente. Además, se encargó de evitar que quede constancia de lo sucedido en el informe y le mintió al paciente respecto de la necesidad de llevar a cabo una segunda operación, para ocultar el error. Parecería claro que en estos casos es relativamente fácil acreditar que el médico no confió en que el paciente consentiría en la intervención(29), sino más bien todo lo contrario, por lo que la punibilidad por tentativa quedaría inalterada. Por todo esto, el argumento general de autonomía parecería ser, cuando menos, discutible y no se podría afirmar una violación manifiesta del mencionado principio.

---

(26) Correctamente ROSENAU, *FS-Maiwald*, 2010, p. 692 («No obstante, este no es un problema específico de esta figura»).

(27) Es decir, casos en los que, en Alemania, sería aplicable *realmente* el § 16, Abs. 1 StGB. Al respecto, BÖCKER, *JZ*, 2005, 926. Acertadamente, aunque solamente en este sentido restringido, STERNBERG-LIEBEN, *MedR* 2019, p. 188, con referencias adicionales.

(28) BGH, *NStZ* 2004, 442.

(29) Se trata de una cuestión empírica, que debe ser acreditada fácticamente. De ahí que la afirmación de que estos problemas de la punibilidad de la tentativa serían problemáticos desde una perspectiva político-criminal (así, por ejemplo, SOWADA, *NStZ*, 2012, p. 8) no sea suficiente para desacreditar esta figura jurídica. También en contra de este argumento de política-criminal HENGSTENBERG, *Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht*, 2013, p. 359.

### 3. LA CRÍTICA (EPISTÉMICA) DE PUPPE

Además de esta argumentación general basada en la idea de autonomía, Puppe(30) brinda una crítica más específica, de carácter epistémico. Según la autora, nadie puede realizar una declaración con pretensión de veracidad respecto de cómo uno mismo o un tercero habría decidido alguna cuestión en una situación de conflicto que no se ha afrontado realmente. En particular, una afirmación sobre qué se habría hecho en una situación que no se afrontó tiene la forma lógica de un condicional irreal, que solamente tiene un sentido de paráfrasis de leyes generales que no solo tendrían que determinar los acontecimientos reales, sino también los ficticios(31). Esto por supuesto no es algo nuevo, sino que es característico de un derecho penal que, como se señaló, reconoce la relevancia, en ciertos casos, de los cursos hipotéticos en diversas figuras jurídicas. Sin embargo, el problema decisivo de estos casos se vincula a que no se conocen leyes generales sobre el comportamiento humano y tampoco se sabe si tales leyes serían válidas, o no(32). Por tanto, no es cierto que se esté reemplazando la decisión propia del paciente por su decisión, también propia, pero realizada en un mundo hipotético posible. Por el contrario, se la reemplaza por una decisión basada en meras suposiciones sobre cómo podría llegar a ser un mundo hipotético posible según leyes que no conocemos y de dudosa validez.

A esta postura se le ha reprochado que ofrece aseveraciones de lógica jurídica y teoría del conocimiento que no se corresponden con la vida cotidiana, en la que constantemente realizamos aseveraciones de esta clase. Con frecuencia decimos que, por ejemplo, si un jugador de fútbol X hubiese recibido un aumento salarial por parte de su club, habría renovado el contrato en lugar de fichar con otro equipo(33). Incluso solemos asignarles a esos pronósticos un determinado grado de probabilidad en derecho penal (como en la instigación o la compli-

(30) PUPPE, *ZIS* 6, 2016, p. 367; LA MISMA, *JR*, 2004, p. 470; LA MISMA, *GA*, 2003, p. 769. Recientemente, también, KINDHÄUSER/HILGENDORF, «Vor § 32-35», *Strafgesetzbuch*, 2020, nm. 65.

(31) PUPPE, *ZIS* (6), 2016, p. 367; LA MISMA, *JR*, 2004, p. 470.

(32) PUPPE, *ZIS* (6), 2016, p. 367; LA MISMA, *JR*, 2004, p. 470. De acuerdo EISELE, «Hypothetische Einwilligung bei ärztlichen Aufklärungsfehlern», *JA*, 2005, p. 254; KINDHÄUSER/HILGENDORF, «Vor § 32-35», *Strafgesetzbuch*, 2020, nm. 65; OTTO, «Einwilligung, mutmaßliche, gemutmaßte und hypothetische Einwilligung», *Jura*, 2004, p. 683 («No habría ningún método para descartar que el paciente, incluso si hubiese sido informado adecuadamente, habría elegido el método de tratamiento llevado a cabo realmente»). Al respecto, también SCHLEHOFER, *FS-Puppe*, 2011, p. 969.

(33) KUHLEN, *JR*, 2004, p. 228.

cidad psíquica)(34), a partir del conocimiento de ciertas circunstancias relevantes que incidirían en la decisión hipotética. Si bien Puppe descarta este argumento al señalar que en el derecho penal deberían regir estándares de verdad distintos a los de las charlas futbolísticas, afirma que incluso si se aceptase este argumento, no sería aplicable a los casos de consentimiento hipotético del paciente(35). En particular, señala, con razón, que nuestra propia experiencia muestra que en ocasiones nos comportamos de modo distinto a como pensábamos que nos íbamos a comportar (en especial, en situaciones de vida críticas)(36), a lo que se suma el hecho de que para responder la pregunta sobre qué habría hecho el paciente si se lo hubiese informado correctamente hay que inventar una enorme cantidad de circunstancias acompañantes ficticias. Según cómo se inventen estas circunstancias (por ejemplo, de qué forma el médico habría llevado a cabo la explicación, con qué tono, en qué contexto, etc.), en el mundo hipotético será más o menos plausible decir que el paciente habría consentido de todos modos en la realización de la intervención. Y dado que prácticamente siempre se podría pensar en una situación hipotética en la que el paciente podría haber consentido, se daría lugar, en los hechos, a una habilitación para que los médicos puedan imponerle a los pacientes, de modo impune, cualquier intervención (o, al menos, las aceptadas en la ciencia médica)(37).

Está claro que este argumento epistémico es más complejo que el argumento general de autonomía. Si se lo tuviese que reconstruir en pocas palabras, podría decirse que se viola la autonomía del paciente porque en estos casos se le impone una voluntad hipotética inventada, es decir, basada en puras especulaciones sobre un mundo alternativo posible que no podemos reconstruir de modo confiable por falta de información sobre las leyes causales que determinan el comportamiento humano, o sobre el comportamiento humano cotidiano, según el estándar que se utilice. Ya no se trata de decir que el juez impone *su* voluntad sobre la del paciente, sino que el juez, al resultarle imposible determinar la voluntad del paciente, porque solo puede recurrir a meras suposiciones, termina creando una voluntad *ad hoc*: la del

---

(34) KUHLEN, *JR*, 2004, p. 228.

(35) PUPPE, *ZIS* (6), 2016, p. 367; LA MISMA, *JR*, 2004, p. 472

(36) PUPPE, *ZIS* (6), 2016, p. 368; LA MISMA, *JR*, 2004, p. 470; LA MISMA, *GA*, 2003, p. 769. También DUTTGE, *FS-Schroeder*, 2006, p. 188; OTTO, *Jura*, 2004, p. 683; SOWADA, *NSiZ*, 2012, p. 6; STERNBERG-LIEBEN, *FS-Beulke*, 2015, p. 302; EL MISMO, *StV*, 2008, 192; SWOBODA, *ZIS*, 2013, p. 29.

(37) PUPPE, *ZIS* (6), 2016, p. 368; LA MISMA, *GA*, 2003, p. 769. Similar STERNBERG-LIEBEN, *FS-Beulke*, 2015, p. 302; EL MISMO, *StV*, 2008, p. 192; DUTTGE, *FS Schroeder*, 2006, p. 188; OTTO, *Jura*, 2004, p. 683.

paciente en una situación de conflicto que no tuvo que vivir y rodeado de circunstancias acompañantes inventadas(38).

El argumento epistémico tiene la ventaja de contrarrestar las falencias del argumento estándar, dado que construye adecuadamente por qué en estos casos se le impondría una voluntad heterónoma al paciente y resulta en gran medida convincente. Sin embargo, no es decisivo para deslegitimar sin más al consentimiento hipotético. En particular, el argumento se apoya en el hecho de que todavía no conocemos leyes generales para determinar el comportamiento, o que aún no es posible hacer pronósticos fiables de *common sense* sobre el actuar humano en contextos críticos. Pero eso es algo empírico(39), dado que esta posición implícitamente reconoce que sería *posible* determinar la voluntad hipotética del paciente, solo que no sabemos cómo hacerlo. Esta concesión se ve claramente en el hecho de que para estas posturas resulta especialmente problemático el caso en el que el paciente no fue informado debidamente *ex ante* de un riesgo que *ex post* se realiza en la operación, pero tras la operación afirma (¡en el mundo real!) que de todos modos lo habría consentido. Ante esta constelación de casos, en la que la voluntad hipotética del paciente puede ser constatada de un modo relativamente fiable por la declaración del mismo paciente (supóngase que sin sufrir presiones de ninguna clase y con exclusión de los sesgos que podrían intervenir en estas situaciones), se ofrecen soluciones de compromiso justamente

---

(38) KINDHÄUSER/ZIMMERMANN, *AT*, 9.ª, 2020, § 19/ 17; OTTO/ALBRECHT, «Die Bedeutung der hypothetischen Einwilligung für den ärztlichen Heileingriff», *Jura*, 2010, p. 269 («mera ficción»); PUPPE, *Strafrecht AT*, 4.ª ed., 2019, § 11/11; PUPPE, *ZIS* (6), 2016, p. 367 («pura especulación»). Probablemente también PAEFFGEN, *FS-Rudolphi*, 2004, p. 208 s.; PAEFFGEN/ZABEL, «Vor §§ 32 ss. », en Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (eds.), *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. I: §§ 1–79b, 5.ª ed., 2017, nm. 168a; 168c. Según Haas (*GA*, 2015, p. 151) desde un punto de vista normativo sería decisivo «que una reconstrucción de esta clase sigue siendo una mera especulación, debido a la libertad de decisión humana, que, a pesar de la consideración primaria de las preferencias individuales del paciente, siempre impone un grado de heteronomía al paciente ». Sin embargo, es dudoso que esto sea normativamente decisivo desde el punto de vista de la libertad de decisión y no ya la invención de una figura jurídica que asuma la posibilidad de determinar el comportamiento humano (una consecuencia que Haas [150] pretende evitar expresamente). Más sobre este tema en el siguiente apartado.

(39) No se trata de un problema probatorio (KINDHÄUSER/ZIMMERMANN, *AT*, 9.ª, 2020, § 19/17; PUPPE, *JR*, 2004, p. 470; LA MISMA, *GA*, 2003, p. 770; probablemente también PAEFFGEN, *FS-Rudolphi*, 2004, p. 208 s.; al respecto YAMANAKA, *FS-Maiwald*, 2010, p. 871 s.), pero solo a causa de la ausencia de conocimientos para predecir el comportamiento humano. Pero si, por ejemplo, un descubrimiento científico nos obligase a cambiar la perspectiva de análisis en este aspecto, sí se trataría de un problema de probatorio.

para evitar la punibilidad del médico, como la posibilidad de una autorización ulterior del paciente(40) (en principio irrelevante para el análisis de la antijuridicidad de la conducta(41)) o la remisión a reglas procesales que limitarían la importancia práctica de estos casos(42).

Así, queda demostrado que la crítica epistémica a la figura del consentimiento hipotético a partir del principio de autonomía del paciente es convincente, pero no categórica. El argumento epistémico termina siendo, en definitiva, uno prudencial(43) y, en esa medida, contingente: todavía no podemos probar de modo fiable la voluntad hipotética del paciente (a excepción, quizá, de los casos problemáticos de declaración de voluntad *ex post* del paciente). Esto es una razón fuerte para rechazar, en el presente, la aplicación de esta figura jurídica. No obstante, al parecer no habría ninguna objeción para rechazar al consentimiento hipotético sin más, ya como una cuestión de principios, al menos hasta que se pruebe empíricamente que el comportamiento humano *no* puede ser predicho con fiabilidad, ni siquiera según estándares de la vida cotidiana. Pero si en el futuro los jueces pudiesen realizar determinaciones lo suficientemente fiables en general sobre la voluntad (hipotética) del paciente, este argumento de autonomía carecería de relevancia en la discusión sobre la legitimidad del consentimiento hipotético.

#### 4. LIBRE ALBEDRÍO, DETERMINISMO CAUSAL Y CONSENTIMIENTO HIPOTÉTICO

Si bien el argumento epistémico convence en gran medida, lo cierto es que cuando se señala que la figura jurídica del consentimiento hipotético viola el derecho de autonomía del paciente parecería que se quiere decir algo más fuerte que la afirmación meramente contingente de que hoy en día, con el estado actual de la ciencia y la

---

(40) ZABEL, GA, 2015, p. 233. Además PAEFFGEN/ZABEL, «Vor §§ 32 ss.», en Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (eds.), *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. I: §§ 1–79b, 5.ª ed., 2017, nm. 168e.

(41) EISELE, JA, 2005, p. 254; PUPPE, ZIS (6), 2016, p. 366; TAG, ZStW (127), 2015, p. 537.

(42) PUPPE, ZIS (6), 2016, p. 366. También PAEFFGEN, *FS-Rudolphi*, 2004, p. 208.

(43) Sobre esta cuestión, véase MOSAYEBI, «Die Behauptung des Kantischen Konstruktivismus», en MOSAYEBI, (ed.), *Kant und Menschenrechte*, 2018, p. 273; PAWLIK, «Rezension zu McMahan, Kann Töten gerecht sein?», ZIS (2), 2013, p. 79. Para una aplicación del concepto en el marco de las teorías de la pena, véase GRECO, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie*, 2009, p. 356 ss.



técnica, no podemos determinar fielmente, al menos por regla general, cuál sería la voluntad hipotética del paciente y, por tanto, no resulta conveniente avalar la figura jurídica del consentimiento hipotético. Por el contrario, detrás de la intuición de que se produce una violación a la autonomía del paciente parecería esconderse una necesidad de apartarse de las consideraciones prudenciales o de conveniencia y acercarse a consideraciones de respeto, esto es, a un argumento deontológico. Esto es, a que con independencia del estado actual o futuro de la ciencia y la técnica, el consentimiento hipotético es ilegítimo porque viola, sin más, el derecho de autonomía del paciente.

A continuación se intentará esbozar un argumento de esta clase, que podría sintetizarse del siguiente modo. La mera admisión de la posibilidad de constatar en un proceso penal cuál habría sido la voluntad hipotética del paciente implica asumir una postura determinista causal en el marco de la discusión sobre libre albedrío. Si uno no está dispuesto a asumir esta última postura, entonces una alternativa viable sería partir de que todo ejercicio de autonomía es un evento incausado, único, y que por tanto no es posible predecirlo, ya como una cuestión de principios. Es decir, se podría partir de un concepto de autonomía basado en un indeterminismo en materia de libre albedrío, como el que podría proponerse, solo a modo de ejemplo, a partir de ciertas corrientes kantianas. De ese modo, sería posible rechazar sin más la figura jurídica del consentimiento hipotético.

Para explicar esta idea, es necesario retomar ciertas consideraciones que aparecen en la doctrina a partir del argumento general de autonomía. Como ya se señaló, suele mencionarse que existe una diferencia cualitativa, en términos de autonomía, entre la voluntad expresada efectivamente y la voluntad hipotética reconstruida en un proceso judicial. También se vio que esta afirmación es problemática porque, por un lado, el recurso a lo que habría sucedido en un mundo hipotético posible es exactamente el mismo que se utiliza en otras construcciones jurídicas que recurren a hipótesis, como el comportamiento alternativo conforme a derecho, cuya estructura es análoga a la del consentimiento hipotético. Por otro, porque la supuesta imposición de la voluntad del juez por sobre la del paciente no es tal, sino que el juez tiene que realizar una adjudicación como en cualquier otro caso en el que entran en juego hipótesis. Por consiguiente, a este argumento le hace falta un complemento normativo para terminar de convencer: fundamentar por qué, desde la perspectiva de la autonomía, existe una diferencia cualitativa entre el consentimiento real del paciente y el consentimiento hipotético. Y ese argumento tiene que, a su vez, explicar por qué en estos casos debería regir algo distinto a lo que resulta

aplicable en otros casos de razonamientos hipotéticos en derecho penal.

Algunos autores han intentado ofrecer una respuesta a esta pregunta, aunque de modo insatisfactorio. Así, por ejemplo, se señala que el argumento de autonomía se basa en que «[l]a mera formulación de hipótesis sobre cómo el paciente habría decidido no permite un ejercicio real de libertad»(44). Pero esta afirmación sigue sin responder lo que aquí es esencial, esto es, la razón por la cual se debe privilegiar el ejercicio efectivo de libertad del paciente por sobre el ejercicio hipotético de su libertad, cuando en situaciones análogas se le da importancia a lo que habría sucedido en un mundo hipotético posible. Y es que se podría argumentar que si es posible constatar, con un grado razonable de verosimilitud, que el paciente habría consentido en la realización de la intervención si hubiese sido informado debidamente, entonces no tendría sentido afirmar que se produjo una vulneración a la autonomía del paciente a nivel objetivo.

También se menciona que el elemento fundamental de la autonomía es la protección de la decisión del paciente en la situación concreta en la que se encuentra, para que pueda tomar una decisión incluso irracional, y el consentimiento hipotético veda esa posibilidad(45). No obstante, como ya señaló el BGH en el «caso del disco intervertebral», la constatación hipotética se hace sobre la base de lo que habría decidido el *propio paciente* (¡incluso irracionalmente!) si hubiese sido debidamente informado y no de lo que habría decidido un paciente racional o paciente medio. Es decir, no se debe colocar el énfasis en el sujeto que tomaría la decisión en el mundo hipotético posible, ya que existe identidad entre este último y el que la tomó en el mundo real, sino en la apelación al mundo hipotético en sí.

Para poder delinear una respuesta puede ser provechoso concentrarse en una característica central del consentimiento hipotético: se asume que la decisión libre del paciente sobre la intervención médica curativa *puede* ser predicha y que esa predicción debe tener efectos en el análisis normativo del consentimiento. Es decir, que es posible determinar (en un proceso penal o en otro contexto) cuál habría sido el contenido de un acto de voluntad libre que el paciente habría tomado en un mundo hipotético en el que hubiese sido informado correctamente y esa determinación es decisiva para la punibilidad de los actuantes. Esto puede verse con claridad en el argumento epistémico

---

(44) STURM, *Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht*, 2016, p. 53, con referencias adicionales.

(45) Cf. STERNBERG-LIEBEN, *FS-Beulke*, 2015, p. 302 ss.; EL MISMO, *StV*, 2008, p. 192; PAEFFGEN, *FS- Rudolphi*, 2004, p. 209.

de autonomía: la crítica se centra en que los defensores de esta figura jurídica presuponen que existen leyes generales o criterios prácticos sobre el comportamiento humano que nos permitirían establecer cómo habría sido efectivamente la decisión del paciente en el mundo hipotético posible, cuando todavía no fueron descubiertas esas leyes o criterios, o bien no resultan fiables. Se observa, entonces, que quienes formulan el argumento epistémico de autonomía comparten una idea con los defensores del consentimiento hipotético del paciente: ambas posiciones aceptan una postura determinista en materia de libre albedrío. Más precisamente, presupondrían que nuestras acciones «voluntarias» no son libres, sino que están fuera de nuestro control al encontrarse determinadas causalmente como cualquier otro acontecimiento natural del universo. Justamente por esa razón podríamos predecirlas a través del conocimiento de leyes generales, o por medio de reglas prácticas sobre el comportamiento humano cotidiano.

Puppe esboza, en una pequeña contribución, el fundamento no solo para la crítica epistémica, sino también para la elaboración de un argumento deontológico:

Si la decisión humana es libre, es decir, si no está completamente determinada en un sentido incluso muy modesto, no hay respuesta a la pregunta de cómo habría decidido una persona concreta si se hubiera enfrentado a una elección que en realidad no tuvo lugar. Si se asume que la respuesta a tal pregunta ha de ser determinada objetivamente, la persona en cuestión es tratada como si no fuese libre(46).

Surge la pregunta, entonces, de por qué la afirmación de que la decisión de una persona puede ser predicha es equivalente a considerarla como no libre, lo que además daría lugar a una lesión de su autonomía. Aparece así en escena el clásico debate filosófico sobre determinismo, indeterminismo y compatibilismo en materia de libre albedrío(47), cuyo punto de partida es que la asunción de un determinismo causal da lugar, en principio, a que nadie podría ser responsable por sus actos y la responsabilidad, tanto penal como moral, no sería más que una ilusión(48). En este trabajo no se intentará llevar a cabo una tarea tan ambiciosa como la de aportar una idea apta para ponerle

(46) PUPPE, JR, 2004, p. 470. Véase también PUPPE, GA, 2003, p. 769.

(47) HENGSTENBERG, (*Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht*, p. 168), MERKEL (*JZ*, 2013, p. 976 s.) y SWOBODA (*ZIS*, 2013, p. 29) reconocen también esta conexión filosófica.

(48) Cf. solamente DWORKIN, *Justice for Hedgehogs*, 2011, p. 219 ss.; RIVERA LÓPEZ, «Responsabilidad y suerte moral. Circunstancias y consecuencias de la acción», *Análisis Filosófico* 20 (1-2), 2000, p. 33 ss. Véase también, recientemente MOORE, *Mechanical Choices*, 2020, pássim; SPECTOR, *FS-Sancinetti*, 2020.

fin a ese debate filosófico fundamental. En lo que sí se quiere hacer énfasis es en que si se parte de una noción de autonomía que tenga por base un indeterminismo, como la que podría ser reconstruida a partir de ciertas corrientes kantianas actuales(49), el recurso a una figura como el consentimiento hipotético se torna ilegítimo desde el comienzo. Si se considera que los actos de voluntad son un motor inmóvil o *causa sui*(50), es decir, un evento causado por el hombre y no por otro evento, resulta contradictorio otorgarle efectos normativos a una construcción que se basa en la suposición de que tales actos pueden ser predichos. Y esto último, como se vio en esta contribución, es una de las características centrales del consentimiento hipotético. A diferencia de otros casos de apelaciones de razonamientos hipotéticos en los que solamente deben ser predichos ciertos cursos causales pero la acción humana está definida de modo relativamente claro, como el comportamiento alternativo conforme a derecho (en el que se presupone la acción mandada por el derecho), en el consentimiento hipotético del paciente directamente se asume la posibilidad de predecir un ejercicio pleno de la voluntad humana libre(51), y esta asunción solo es inteligible para quienes afirmen un determinismo causal en materia de libre albedrío.

La propuesta podría sintetizarse del siguiente modo: si el derecho de autonomía del paciente es un derecho a llevar a cabo un acto de

(49) Sobre la relación entre la teoría moral kantiana y el problema del determinismo causal, RIVERA LÓPEZ, *Análisis Filosófico* 20 (1-2), 2000, p. 29 ss. Una defensa del indeterminismo desde una perspectiva kantiana se puede encontrar, recientemente, en KOHL, «Kant on Determinism and the Categorical Imperative», *Ethics* 125(2), 2015, p. 331 ss. Por supuesto que la cuestión de una teoría moral kantiana necesariamente debe llevar a una aceptación del indeterminismo se encuentra discutida. De hecho, una interpretación de los textos de Kant en un sentido compatibilista se encuentra muy difundida. Así BENNETT, *Kant's Dialectic*, 1974, p. 211 ss.; HILL JR., *Dignity and Practical Reason in Kant's Moral Theory*, 1992, p. 135 ss.; KORSGAARD, *Creating a Kingdom of Ends*, 1996, p. 231 ss.; WOOD, «Kant's Compatibilism», *Self and Nature in Kant's Philosophy*, 1984, p. 73 ss.

(50) CHISHOLM, «Human Freedom and the Self», en Watson (ed.), *Free Will*, 1982, p. 28 s.; RIVERA LÓPEZ, *Análisis Filosófico* 20 (1-2), 2000, p. 47 ss. Véase también, en el marco de la dogmática jurídico-penal, HRUSCHKA, «Regreßverbot, Anstiftungsbegriff und die Konsequenzen», *ZStW* 110, p. 585 s. Un brevísimo panorama de lo que está en juego en el debate sobre libre albedrío, recientemente, WILLIAMSON, *Philosophical Method*, 2020, p. 32 ss.

(51) Véase, al respecto, PUPPE, *GA*, 2003, p. 768 ss.; PUPPE, *JR*, 2004, p. 470; SALIGER, *FS-Beulke*, 2015, p. 266; SOWADA, *NStZ*, 2012, p. 10; STERNBERG-LIEBEN, *MedR*, 2019, p. 186; EL MISMO, *FS-Beulke*, 2015, p. 302; WIESNER, *Die Hypothetische Einwilligung im Medizinstrafrecht*, 2010, p. 115 s. También DEHNE-NIEMANN, «Trunkenheitsangepasste Fahrtgeschwindigkeit als sorgfaltsgemäßes Alternativverhalten und Kausalität der Sorgfaltswidrigkeit», *ZStW* 130, p. 1072, con referencias adicionales.

voluntad que, por tratarse de un evento incausado, no puede ser predicho (indeterminismo), entonces el consentimiento hipotético necesariamente contradice este derecho, al presuponer la posibilidad de predecir tal acto de voluntad (determinismo causal). Por supuesto que la toma de posición a favor de una noción de autonomía robusta como la aquí propuesta no es un detalle menor(52). De hecho, recurrir a nociones kantianas en materia de autonomía tiene mala prensa en el derecho penal de la medicina. Esto se debe a que la noción de autonomía personal prevaleciente difiere de la noción kantiana de autonomía moral, en tanto capacidad de reconocernos libres(53) e imponernos la ley moral universal, como ejercicio de legislación de la razón práctica pura(54). Según esta concepción, las normas morales a las que estamos vinculados surgen de nuestra razón práctica o voluntad racional, teniendo en cuenta no solo nuestras concepciones individuales, sino las de todas las personas racionales(55), lo que ha sido criticado, por ser «demasiado estrecho» y «moralizante»(56). Esto puede verse con claridad a partir de la contradicción que se produce, al menos en principio, entre una posible noción kantiana de autonomía y las intuiciones generalizadas (y plasmadas en el derecho positivo) sobre eutanasia(57). Como ya se señaló, en este trabajo no se intentará definir esta disputa, pero sí al menos poner de relieve lo importante que resulta esta discusión fundamental para la solución de problemas dogmáticos concretos como el consentimiento hipotético del paciente. En otras palabras, la solución de este problema dogmático, al menos si se lo aborda desde la perspectiva de la autonomía, requiere un análisis minucioso de los fundamentos filosóficos sobre los que yace la discusión.

---

(52) Sobre esta cuestión, es digna de ser leída la contribución, en contra del indeterminismo, de MERKEL, *JZ*, 2013, p. 976 s.

(53) CHRISTMAN, «Autonomy in Moral and Political Philosophy», *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2015. Sobre el concepto de autonomía kantiano, también KORSGAARD, *Creating a Kingdom of Ends*, 1996, p. 124; TIMMONS, *Moral Theory. An Introduction*, 2013, p. 210.

(54) PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 223.

(55) Cf. CHILDRESS/BEAUCHAMP, *Principles of Biomedical Ethics*, 7.<sup>a</sup> ed., 2013, p. 364; WALDRON, «Moral Autonomy and Personal Autonomy», en Christman/Anderson (eds.), *Autonomy and the Challenges to Liberalism*, 2005, p. 307.

(56) BIRNBACHER, «Vulnerabilität und Patientenautonomie – Anmerkungen aus medizinethischer Sicht», *MedR* 30, 2012, p. 562; MAGNUS, *Patientenautonomie im Strafrecht*, 2015, p. 41.

(57) Véase PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 223; EL MISMO, en Becker/Roth, (eds.), *Recht der Älteren*, 2013, § 7/4, con múltiples referencias a distintos autores que intentan conciliar un concepto de autonomía kantiano y las representaciones morales actuales sobre eutanasia.

## 5. CONCLUSIÓN

Se ha intentado demostrar en este trabajo que las críticas a la figura jurídica del consentimiento hipotético, basadas en la noción prevalente de autonomía personal, no resultan tan decisivas como parecen en un principio. Los argumentos usuales que se pueden encontrar en la literatura científica básica no resultan convincentes dado que, entre otras cosas, señalan problemas probatorios característicos del derecho penal en general, y no solo de esta figura, o bien omiten que en estos casos puede (y debe) subsistir responsabilidad por tentativa, lo que protegería subsidiariamente la autonomía de la víctima. Solo el argumento epistémico, desarrollado principalmente por Puppe, ofrece razones prudenciales de peso para no aplicar esta figura jurídica o, en los países que todavía no la han aplicado, directamente rechazar su recepción. No obstante, esta crítica tiene un carácter contingente que parecería no captar con precisión qué se expresa cuando se invoca una violación a la autonomía de la víctima.

En cambio, una noción más exigente de autonomía, que obligue a censurar las construcciones jurídicas que estén asentadas en un determinismo causal, permitiría rechazar categóricamente al consentimiento hipotético. Pero eso obligaría a apartarse de las ideas usuales de autonomía personal, para indagar en un concepto de autonomía teóricamente más cargado, como uno basado en la idea de indeterminismo en materia de libre albedrío. La cuestión de si vale la pena modificar, o directamente abandonar, el entendimiento tradicional de autonomía personal en bioética y derecho penal de la medicina deberá ser abordada en otra investigación, centrada en los fundamentos filosóficos del derecho penal de la medicina. Pero la diferenciación entre los argumentos de autonomía que se presenta en este texto puede contribuir a entender de mejor modo esta discusión y dar lugar a un debate transparente y sin malentendidos.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

- ALBRECHT, *Die «hypothetische Einwilligung» im Strafrecht*, Berlin, 2010.  
BAUMANN /WEBER /HEINRICH /HILGENDORF, *Strafrecht. Besonderer Teil*, 3.ª ed., Bielefeld, 2015.  
BENNETT, *Kant's Dialectic*, London, 1974.  
BEULKE, «Die hypothetische Einwilligung im Arztstrafrecht – Eine Zwischenbilanz», *medstra* (2), 2015, pp. 67-76.

- BIRNBACHER, «Vulnerabilität und Patientenautonomie – Anmerkungen aus medizinethischer Sicht», *MedR* (30), 2012, pp. 560-565.
- BÖCKER, «Die “hypothetische Einwilligung” im Zivil- und Strafrecht», *JZ*, 2005, pp. 925-932.
- CHILDRESS/BEAUCHAMP *Principles of Biomedical Ethics*, 7.<sup>a</sup> ed., Oxford, 2013.
- CHISHOLM, «Human Freedom and the Self», en Watson (ed.), *Free Will*, Oxford, 1982, pp. 24-35.
- CHRISTMAN, «Autonomy in Moral and Political Philosophy», *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2015. (<https://plato.stanford.edu/entries/autonomy-moral/>; última visita: 18 de enero de 2020).
- DEHNE-NIEMANN, «Trunkenheitsangepasste Fahrtgeschwindigkeit als sorgfaltsgemäßes Alternativverhalten und Kausalität der Sorgfaltswidrigkeit», *ZStW* (130), 2018, pp. 1035-1086.
- DUTTGE, «Die «hypothetische Einwilligung» als Strafausschlussgrund: wegweisende Innovation oder Irrweg?», en Hoyer/Müller/Pawlik/Wolter, (eds.), *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 2006, pp. 179-196.
- DWORKIN, *The Theory and Practice of Autonomy*, Cambridge, 1988.
- *Justice for Hedgehogs*, Cambridge, Massachusetts, 2011.
- EDLBAUER, *Die hypothetische Einwilligung als arztstrafrechtliches Haftungskorrektiv*, Hamburg, 2009.
- EISELE, «Hypothetische Einwilligung bei ärztlichen Aufklärungsfehlern», *JA*, 2005, pp. 252-254.
- ESCUADERO GARCÍA-CALDERÓN, *El consentimiento en derecho penal*, Valencia, 2014.
- FEINBERG, «Autonomy», en Christman, (ed.), *The Inner Citadel: Essays on Individual Autonomy*, 1989, pp. 27-53.
- FISCHER, *Strafgesetzbuch*, 67.<sup>a</sup> ed., München, 2020.
- GAEDE, *Limitiert akzessorisches Medizinstrafrecht statt hypothetischer Einwilligung*, München, 2014.
- GRECO, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie*, Berlin, 2009.
- GROPP, «Hypothetische Einwilligung im Strafrecht?», en Hoyer/Müller/Pawlik/Wolter, (eds.), *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 2006, pp. 197-208.
- HAAS, «Zur Bedeutung hypothetischer Geschehensverläufe für den Ausschluss des Tatumrechts», *GA*, 2015, pp. 147-159.
- HENGSTENBERG, *Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht*, Heidelberg, 2013.
- HILGENDORF, *Einführung in das Medizinstrafrecht*, 2.<sup>a</sup> ed., München, 2019.
- HILGENDORF/VALERIUS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2.<sup>a</sup> ed., München, 2015.
- HILL JR., *Dignity and Practical Reason in Kant's Moral Theory*, New York, 1992.
- HRUSCHKA, «Regreßverbot, Anstiftungsbegriff und die Konsequenzen», *ZStW* (110), 1998, pp. 581-639.
- JÄGER, *Zurechnung und Rechtfertigung*, Heidelberg, 2006.

- KINDHÄUSER/HILGENDORF, *Strafgesetzbuch*, 8.<sup>a</sup> ed., Baden-Baden, 2020.
- KINDHÄUSER/ZIMMERMANN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 9.<sup>a</sup> ed., Baden-Baden, 2020.
- KRÜGER, «Zur hypothetischen Einwilligung – Grund, Grenzen und Perspektiven einer verkannten Zurechnungsfigur», en Fahl/Müller/Satzger/Swoboda, (eds.), *Ein menschengerechtes Strafrecht als Lebensaufgabe. Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 2015, pp. 137-152.
- KOHL, «Kant on Determinism and the Categorical Imperative», *Ethics* 125 (2), 2015, pp. 331-356.
- KORSGAARD, *Creating a Kingdom of Ends*, Cambridge, 1996.
- KUHLLEN, «Objektive Zurechnung bei Rechtfertigungsgründen», en Schünemann/Achenbach/Bottke/Haffke/Rudolphi, (eds.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag*, Berlin, 2001, pp. 331-348.
- «Ausschluss der objektiven Erfolgszurechnung bei hypothetischer Einwilligung des Betroffenen», *JR*, 2004, pp. 227-230.
- «Ausschluss der objektiven Zurechnung bei Mängeln der wirklichen und der mutmaßlichen Einwilligung», en Britz/Jung/ Koriath/ Müller, (eds.), *Grundfragen staatlichen Strafens: Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag*, München, 2001, pp. 431-451.
- KÜHL, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 8.<sup>a</sup> ed., München, 2017.
- LAUDAN, *Truth, Error, and Criminal Law*, Cambridge, 2006.
- LAUFHÜTTE/TIEDEMANN/RISSING-VAN SAAN (eds.), *Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch: StGB*, tomo VIII/I: §§ 211-231, 12.<sup>a</sup> ed., Berlin, 2018.
- MAGNUS, *Patientenautonomie im Strafrecht*, Tübingen, 2015.
- MERKEL, «Prinzipielles und Prozessuales zur hypothetischen Einwilligung in ärztliche Heileingriffe», *JZ*, 2013, pp. 975-979.
- MITSCH, «Die «hypothetische Einwilligung» im Arztstrafrecht», *JZ*, 2005, pp. 279-285.
- MOORE, *Mechanical Choices: The Responsibility of the Human Machine*, Oxford University Press 2020.
- MOSAYEBI, «Die Behauptung des Kantischen Konstruktivismus», en Mosayebi, (ed.), *Kant und Menschenrechte*, Berlin, 2018, pp. 267-304.
- MURMANN, *Grundkurs Strafrecht*, 5.<sup>a</sup> ed., München, 2019.
- KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN (eds.), *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. I: §§ 1–79b, 5.<sup>a</sup> ed., Baden-Baden, 2017.
- OTTO, «Einwilligung, mutmaßliche, gemutmaßte und hypothetische Einwilligung», *Jura*, 2004, pp. 679-683.
- OTTO/ALBRECHT, «Die Bedeutung der hypothetischen Einwilligung für den ärztlichen Heileingriff», *Jura*, 2010, pp. 264-271.
- PAEFFGEN, «Gefahr-Definition, Gefahr-Verringerung und Einwilligung im medizinischen Bereich - Problem-Beschreibung und Methodologisches, veranschaulicht am Beispiel des virusinfektiösen Chirurgen», en Rogall/Puppe/Stein/Wolter (eds.), *Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag*, München, 2004, pp. 187-212.



- PAWLIK, «Das Recht der Älteren im Strafrecht – Bedeutung und Reichweite des Grundsatzes der Patienten-autonomie», en Becker/Roth, (eds.), *Recht der Älteren*, Berlin, 2013, pp. 127-164.
- «Rezension zu McMahan, Kann Töten gerecht sein? », *ZIS* (2), 2013, pp. 78-79.
- *Das Unrecht des Bürgers*, Tübingen, 2012.
- PUPPE, *Strafrecht. Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung*, 4.<sup>a</sup> ed., Baden-Baden, 2019.
- «Die hypothetische Einwilligung und das Selbstbestimmungsrecht des Patienten», *ZIS* (6), 2016, pp. 366-372.
- Anm. zu BGH v. 20.1.2004 – 1 StR 319/03, *JR*, 2004, pp. 470-472.
- «Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei mangelnder Aufklärung über eine Behandlungsalternative», *GA*, 2003, pp. 764-776.
- RIVERA LÓPEZ, *Problemas de vida o muerte*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2011.
- (2000) «Responsabilidad y suerte moral. Circunstancias y consecuencias de la acción», *Análisis Filosófico* 20 (1-2), pp. 33-54.
- RÖDIG, *Die Denkform der Alternative in der Jurisprudenz*, Berlin, 1969.
- RODRÍGUEZ VÁZQUEZ «El delito de tratamiento médico arbitrario: una propuesta de lege ferenda», *RECPC*, 19-03, 2017, pp. 1-59.
- RÖNNAU, «Anm. zu BGH v. 15.10.2003 1 StR 300/03», *JZ*, 2004, pp. 801-804.
- «Grundwissen Strafrecht: Hypothetische Einwilligung», *JuS*, 2014, pp. 882-885.
- ROSENAU, «Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht», en Bloy/Böse/Hillenkamp/Momsen/Rackow, (eds.), *Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht: Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag*, Berlin, 2010, pp. 683-700.
- ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 4.<sup>a</sup> ed., München, 2006.
- «Hypothetische Einwilligung im Medizinstrafrecht? », *medstra*, 2017, pp. 129-136.
- SALIGER, «Alternativen zur hypothetischen Einwilligung im Strafrecht», en Fahl/Müller/Satzger/Swoboda, (eds.), *Ein menschengerechtes Strafrecht als Lebensaufgabe. Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 2015, pp. 257-270.
- SANCINETTI, «Observaciones sobre la teoría de la imputación objetiva», en Cancio Meliá/Ferrante/Sancinetti, (eds.), *Estudios sobre la teoría de la imputación objetiva*, 1998, pp. 37-74.
- «Risikoverringerungsprinzip versus Relevanz des Erfolgsunwertes in der Unrechtslehre», en Pawlik/Zaczyk, (eds.), *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26. Juli*, Colonia, 2007, pp. 583-600.
- «Hypothetische Kausalverläufe und die Differenztheorie», *ZStW* 120, 2008, pp. 661-703.
- «La influencia de los cursos causales hipotéticos en la responsabilidad civil y penal», *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, 2010, pp. 583-605.

- SCHLACK, Andrés, «El consentimiento hipotético de la víctima en el Derecho penal alemán», *Revista de Derecho (Universidad Católica del Norte)* 19 (2), 2012, pp. 275-298.
- SCHLEHOFER, «“Pflichtwidrigkeit” und “Pflichtwidrigkeitszusammenhang” als Rechtswidrigkeitsvoraussetzungen?», en Paeffgen/Böse/Kindhäuser/Stübinger/Verrel/Zaczyk, (eds.), *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion: Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*, Berlin, 2011, pp. 953-989.
- SCHWARTZ, *Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht*, Bern, 2009.
- SILVA SÁNCHEZ, «Objektive Zurechnung und Rechtfertigungsgründe. Versuch einer Differenzierung», *ZIS* (11), 2014, pp. 546-551.
- SOWADA, «Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht», *NStZ*, 2012, pp. 1-10.
- SPECTOR, «Verantwortung, Kausalität und freier Wille», en HILGENDORF/LERMAN/CORDOBA, (eds.), *Festschrift für Marcelo Sancinetti*, Berlin, 2020, pp. 219-236.
- STERNBERG-LIEBEN, «Strafrechtliche Behandlung ärztlicher Aufklärungsfehler: Reduktion der Aufklärungslast anstelle hypothetischer Einwilligung», en Fahl/Müller/Satzger/Swoboda, (eds.), *Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 2015, pp. 299-311
- «Anmerkung zu BGH vom 5. 7. 2007», *StV*, 2008, pp. 190-193.
- «Beschränkung der strafrechtlichen Haftung auf eine schwerwiegende Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht», *MedR*, 2019, pp. 185-191.
- STURM, *Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht*, Tübingen, 2016.
- SWOBODA, «Die hypothetische Einwilligung – Prototyp einer neuen Zurechnungslehre im Bereich der Rechtfertigung?», *ZIS*, 2013, pp. 18-32.
- TAG, «Richterliche Rechtsfortbildung im Allgemeinen Teil am Beispiel der hypothetischen Einwilligung», *ZStW* (127), 2015, pp. 523-548.
- TIMMONS, *Moral Theory. An Introduction*, 2.<sup>a</sup> ed., Lanham, 2013.
- WALDRON, «Moral Autonomy and Personal Autonomy», en Christman/Anderson (eds.), *Autonomy and the Challenges to Liberalism*, Cambridge, 2005, pp. 307-329.
- WESSELS/BEULKE/SATZGER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 49.<sup>a</sup> ed., Heidelberg, 2019.
- WIESNER, *Die hypothetische Einwilligung im Medizinstrafrecht*, Baden-Baden, 2010.
- WILLIAMSON, *Philosophical Method. A Very Short Introduction*, Oxford, 2020.
- WOOD, «Kant’s Compatibilism», *Self and Nature in Kant’s Philosophy*, Ithaca, 1984, pp. 73-101.
- YAMANAKA, «Kritisch-dogmatische Überlegungen zur hypothetischen Einwilligung», en Bloy/Böse/Hillenkamp/Momsen/Rackow (eds.), *Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht: Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag*, Berlin, 2010, pp. 865-884.
- ZABEL, «Die Einwilligung als Bezugspunkt wechselseitiger Risikoverantwortung», *GA*, 2015, pp. 219-235.

# PREMIO SUSANA HUERTA DE DERECHO PENAL

## La colisión de derechos en la dogmática jurídico-penal

FRANCISCO FERNÁNDEZ PERALES

Investigador predoctoral en Derecho penal.  
Universitat Pompeu Fabra\*

### RESUMEN

*Las (aparentes) colisiones de derechos que resultan relevantes para el Derecho penal se han venido resolviendo por doctrina y jurisprudencia con arreglo al método ponderativo. La ausencia de trabajos doctrinales que pongan en cuestión esta práctica, sin embargo, contrasta con la intensidad de la crítica al método ponderativo y a la teoría de los derechos que éste toma como premisa en el ámbito de la Filosofía del Derecho. En el presente trabajo se parte de la denominada teoría especificacionista de los derechos, contrapuesta a la infraccionista (a la que se encuentra unida el método ponderativo), desde la que se propone una comprensión de la justificación por el ejercicio de un derecho distinta a la mayoritaria. Asimismo, se aboga por tomar dicha teoría como punto de partida para la solución de los casos de exceso en el ejercicio de un derecho, respecto de los que se plantea la posibilidad de recuperar la categoría de la exclusión del injusto penal.*

*Palabras clave: Colisión de derechos, derechos fundamentales, ponderación de derechos, especificacionismo, exceso en el ejercicio de derechos fundamentales, teoría de las normas, norma de conducta, norma de sanción, derecho de manifestación, exclusión del injusto penal.*

---

\* El contenido de este trabajo coincide, en lo esencial, con el del trabajo presentado en la III edición del Premio Susana Huerta de Derecho penal organizado por la Universidad Complutense de Madrid. Tras el acto de defensa pública del trabajo, el tribunal formado por la Prof. Dra. Patricia Laurenzo Copello, el Prof. Dr. Rafael Alcácer Guirao y el Prof. Dr. Miguel Ángel Iglesias Río, que formuló consideraciones de gran importancia para la elaboración de la versión definitiva del texto, decidió, por unanimidad, declararlo ganador del Primer Premio. Agradezco especialmente a mi director de tesis, el Prof. Dr. Jesús-María Silva Sánchez, su orientación y sus invaluable comentarios y sugerencias para la elaboración del trabajo. Agradezco, también, al Prof. Dr. Ivó Coca Vila y a mi colega Matías Belmonte Parra sus notables observaciones sobre el texto, así como, en general, a todos los miembros del área de Derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra que realizaron consideraciones sobre el texto en mi presentación de éste en el marco de nuestro seminario semanal.

## ABSTRACT

*The (apparent) conflicts of rights that are relevant to criminal law have been resolved by doctrine and jurisprudence according to the balancing test. The absence of doctrinal works that question this practice, however, contrasts with the intensity of the criticism of the balancing test and the theory of rights from which it is based in the field of the philosophy of law. This paper is based on the so-called specificationist theory of rights, as opposed to the infringement theory (to which the balancing test is linked), from which a different understanding of justification for the exercise of a right than the majority one is proposed. I also advocate taking this theory as a starting point for the solution of cases of excess in the exercise of a right, with respect to which I raise the possibility of recovering the category of the exclusion of criminal wrongdoing.*

**Keywords:** *Conflict of rights, fundamental rights, balancing of rights, specificationism, excessive exercise of fundamental rights, theory of norms, conduct rule, decision rule, freedom of assembly, exclusion of criminal wrongdoing.*

SUMARIO: I. Introducción.–II. El ejercicio de un derecho fundamental como causa de justificación. 1. El recurso directo a los derechos fundamentales para la justificación de una conducta típica. 2. Congruencia sistemática de la justificación de una conducta típica por el ejercicio de un derecho fundamental. 3. Problemas de la teoría conflictivista en el ámbito de la justificación penal. 3.1 Debilitamiento de los derechos. 3.2 El método ponderativo. 3.2.1 El ejemplo del caso «aturem el Parlament». 4. La especificación ante la colisión de pretensiones de ejercer un derecho.–III. Los casos jurídico-penalmente relevantes de exceso en el ejercicio de un derecho fundamental. 1. Clasificación de los supuestos relativos al ejercicio jurídico-penalmente relevante de un derecho fundamental. 1.1 El denominado «efecto desaliento». 1.2 La proximidad de la conducta al ejercicio de un derecho fundamental como causa de exclusión del injusto penal 2. La falta de capacidad de rendimiento del método ponderativo respecto de los casos de exceso en el ejercicio de un derecho fundamental.–IV. Conclusión.–V. Bibliografía.

## I. INTRODUCCIÓN

El efecto justificante de los derechos fundamentales no se ha desarrollado suficientemente por la doctrina(1). La teoría de los derechos y

(1) Así lo refiere KÜHL, K., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 7.<sup>a</sup> ed., Vahlen, Múnich, 2012, p. 349: «La pregunta sobre si los derechos fundamentales pueden justificar una conducta típica se ha discutido tan poco que es difícil ofrecer todavía una respuesta». En el mismo sentido, BRAND, C./WINTER, M., «Grundrechte als strafrechtliche Recht-

la dogmática de los derechos fundamentales, que cuentan con un elevadísimo nivel de desarrollo teórico, no se han puesto debidamente en contacto con la dogmática jurídico-penal(2), por lo que todavía no está claro siquiera si resulta congruente declarar típica una conducta que entra en el ámbito de protección de un derecho fundamental (o, al menos, las razones por las que lo sería). El problema al que ha dado lugar esta ausencia de trabajo doctrinal no es, claro, relativo a los casos evidentes de ejercicio de un derecho fundamental, donde la conducta de quien pretende ejercer un derecho no es ni siquiera típica. Las dificultades aparecen en torno a los casos límite, donde una conducta claramente subsumible en un tipo penal podría, sin embargo, constituir el ejercicio de un derecho. Este aparente problema resulta ser asumible tanto por la teoría de las normas penales que equipara tipicidad y antinormatividad(3) como por la que entiende que la antinormatividad

---

fertigungsgründe», *JuS*, 2021, p. 113: «La doctrina trata solo muy superficialmente la cuestión sobre si los derechos fundamentales pueden servir como causas de justificación en el ámbito del Derecho penal»; SCHMIDT, H. C., «Grundrechte als selbständige Strafbefreiungsgründe», *ZStW*, (121-3), 2009, p. 646: «El Derecho penal, que pertenece al Derecho público, es el arma más afilada del Estado democrático de Derecho y se encuentra, por su propia naturaleza, bajo la influencia directa de los derechos fundamentales. En tal sentido, debe sorprender el constatar que dicha influencia en la aplicación del Derecho penal sustantivo haya recibido hasta ahora tan poca atención y esté en mayor o menor medida sin resolver»; ENGLÄNDER, A., «Vorbemerkung zu den §§ 32 ff.», en MATT, H./RENIKOWSKI, J., *StGB*, Vahlen, Múnich, 2013, p. 410, núm. 47: «En qué medida puede recurrirse directamente a los derechos fundamentales del autor como causa de justificación no se ha aclarado todavía»; ROSENAU, H., «Vor §§ 32 ff.», en SATZGER, H./SCHLUCKEBIER, W./WIDMAIER, G., *StGB Kommentar*, 2.ª ed., Heymanns, Colonia, 2009, p. 273, nm. 29: «Hasta qué punto algunos derechos fundamentales— entre otros, los previstos en los artículos 5.1 y 3, 8, así como en el artículo 9.3 de la Ley Fundamental de Bonn— pueden considerarse, directamente, como causas de justificación, es una cuestión muy controvertida». La traducción es mía.

(2) Destacando, en general, la falta de atención de los teóricos del Derecho penal respecto de la ampliamente desarrollada dogmática de los derechos fundamentales, ya LAGODNY, O., *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, Mohr Siebeck, Tubinga, 1996, p. 50.

(3) Para WELZEL, «la infracción de la norma (primaria) convierte a una determinada conducta en “antinormativa”», sin que ello signifique «todavía que sea antijurídica, esto es, contraria al ordenamiento jurídico en su conjunto». Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2.ª ed., BdF, Buenos Aires-Montevideo, 2010, p. 526; Asimismo, ALPACA PÉREZ, A., «Consideraciones sobre normas, derechos y deberes en el injusto penal», *InDret*, (1), 2022, pp. 269-270: «Así, en el ámbito del finalismo, siguiendo (aunque de manera matizada) el planteamiento de BINDING, se consideró que la norma (el mandato o la prohibición) se encontraba en la base del tipo, por lo que no solo la tipicidad logró distinguirse tajantemente de la antijuridicidad (la tipicidad se consideró como una condición lógicamente previa a la antijuridicidad), sino también que la tipicidad equivalía conceptualmente a la antinormatividad».

solo puede predicarse de una conducta típica que no está amparada por causa de justificación alguna(4). No obstante, si asignamos efectos generales, para todo el ordenamiento jurídico, a las causas de justificación (en sentido estricto)(5), la justificación por el ejercicio de un derecho no puede prescindir de la discusión extrapenal acerca de los derechos. Siendo así, es necesario recurrir tanto a la teoría de los derechos (en el ámbito de la filosofía del Derecho) como a la doctrina constitucional para concretar el alcance de la eximente. La puesta en conexión de los referidos ámbitos teóricos, aunque muy infrecuente en la doctrina penal, ha dado lugar a la discusión sobre la correspondencia entre las concepciones de los derechos enfrentadas y las propuestas planteadas en el ámbito de la teoría de las normas. Concretamente, parecería haber relación entre la concepción de la tipicidad como antinormatividad y las teorías infraccionistas de los derechos. Por otro lado, a la concepción especificacionista de los derechos parecería corresponderle la teoría de las normas que concibe la antinormatividad como el resultado de la síntesis entre la desvaloración que implica la tipicidad y su compensación por la valoración propia de la concurrencia de una causa de justificación (y que, por ende, aboga por una sistemática bipartita en la teoría del delito). La opción por una u otra concepción de los derechos, como tratará de explicarse, no solo es decisiva para la fijación de los contornos de aquéllos cuando parecen colisionar, sino que, asimismo, es determinante en la cuestión relativa a la asignación de correlativos deberes de tolerancia en tales casos.

El presente trabajo, por tanto, se centrará, primero, en la solución planteada mayoritariamente por la doctrina a las presuntas colisiones de derechos que reúnen relevancia penal. Con ello se descubrirá que a esta solución subyace una concepción de los derechos coincidente con las tesis de la denominada teoría infraccionista. Seguidamente, se cuestionará que este punto de partida sea el único compatible con la causa de justificación de ejercicio legítimo de un derecho prevista en el artículo 20.7 CP (así como con una comprensión de otras causas de justificación como verdaderos derechos), como ha sostenido parte de la doctrina. Tras esta primera toma de posición, se realizará una crítica al método ponderativo propio de la teoría infraccionista de los dere-

---

(4) Como la sostenida por SILVA SÁNCHEZ, J. M., *op. cit.*, 2010, pp. 531 ss.

(5) Como veremos (III.1), GÜNTHER propuso dividir en dos clases a las causas de justificación. Unas tendrían efectos para todo el ordenamiento jurídico (*unechte Strafunrechtsausschließungsgründe*) y otras eliminarían, únicamente, el injusto penal (*echte Strafunrechtsausschließungsgründe*). No obstante, en este trabajo va a mantenerse la denominación tradicional, designando a las últimas como *causas de exclusión del injusto penal*.

chos y se presentarán los rasgos básicos de la teoría contrapuesta, la especificacionista. Ésta encaja con la teoría de las normas que se defenderá, basada en la distinción entre norma de conducta y norma de sanción, y entiende la antinormatividad como la infracción culpable de la primera, donde la norma se constituye por la síntesis de valoraciones que surgen de la tipicidad y la justificación. Además, como tratará de mostrarse, aventaja a la teoría de la infracción al dotar de un carácter perentorio a los derechos, que asignarían, pues, posiciones jurídicas, en lugar de constituir meras premisas que sirven a un razonamiento posterior en aras de la justificación de la conducta. Esta posición, asimismo, es la única capaz de facilitar la solución de otro grupo de casos, cuya complejidad puede resultar todavía mayor, el del exceso en el ejercicio de un derecho. Se defenderá en este trabajo la capacidad de rendimiento de la teoría especificacionista en la tarea de delimitar un ámbito en el que incluir aquellas conductas que, si bien no pueden subsumirse en el ejercicio legítimo de un derecho, se encuentran tan próximas a éste que hacen posible excluir el merecimiento de pena y, por ende, hacen inaplicable la norma de sanción.

## II. EL EJERCICIO DE UN DERECHO FUNDAMENTAL COMO CAUSA DE JUSTIFICACIÓN

### 1. El recurso directo a los derechos fundamentales para la justificación de una conducta típica

El Código Penal español establece, a través del artículo 20.7 CP, la posibilidad de justificar la conducta que, pese a subsumirse en un tipo, constituya el «ejercicio legítimo de un derecho». Ningún obstáculo parecería haber para la aplicación de dicha eximente en relación con los derechos fundamentales(6). En la discusión alemana, en cambio,

---

(6) Afirmando dicha posibilidad, entre otros, MARTÍN LORENZO, M., «Derechos fundamentales y sanción penal: Una cuestión del derecho sustantivo y del derecho a la legalidad penal», en PÉREZ MANZANO, M., *et al.* (coords.), *Estudios en homenaje a la profesora Susana Huerta Tocildo*, UCM, Madrid, 2020, pp. 124 ss.; CÓRDOBA RODA, J./GARCÍA ARÁN, M. (dirs.), «Art. 20.7 CP», *Comentarios al Código Penal. Parte General*, Marcial Pons, Barcelona, 2011, p. 218; MORALES PRATS, F., «Art. 20.7.º», en QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F. (coords.), *Comentarios al Código Penal Español*, t. I., 6.ª ed., 2011, p. 257; IGLESIAS, M. A./CARMONA, C./TOMÁS-VALIENTE, C./SÁNCHEZ, I., «Artículo 20», en GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.), *Comentarios prácticos al Código Penal*, t. I., Aranzadi, Pamplona 2015, p. 282; MESTRE DELGADO, E., *La eximente de ejercicio legítimo de un derecho y las causas supra-legales de justificación penal*, Edisofer, Madrid, 2001, *passim*.

esta es una cuestión controvertida, y es que el StGB no contiene un precepto similar al 20.7 CP. Si bien parte de la doctrina ha aceptado el efecto justificante directo de los derechos fundamentales(7), a este se le han opuesto varias objeciones(8). En primer lugar, se ha alegado que el contenido de los derechos fundamentales es demasiado impreciso como para poderse aplicar directamente como causa de justificación, debiendo estarse a la interpretación que hace de estos el legislador al limitar su ejercicio(9). Por otro lado, en una línea crítica similar, se alega que el juez penal no es competente para aplicar directamente los derechos fundamentales como causas de justificación(10), objeción que en el caso español no puede plantearse, en tanto en cuanto es el propio Código Penal el que habilita al juez penal a recurrir al contenido de los derechos fundamentales para justificar una conducta típica. Por último, se ha alegado que el legislador penal ya ha tenido en cuenta la vigencia de los derechos fundamentales en la redacción de los tipos penales(11) y que, en todo caso, debe recurrirse, antes, a las causas de justificación ya previstas en el ordenamiento, que pueden interpretarse a la luz de la vigencia de los derechos fundamentales(12).

Ciertamente, algunas de las referidas objeciones no son trasladables a la discusión española, como se ha apuntado, y alguna otra puede superarse con relativa facilidad(13). Sin embargo, debe prestarse

(7) APPEL, I., *Verfassung und Strafe. Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Strafens*, Duncker & Humblot, Berlín, 1998, p. 163; SCHMIDT, H. C., *Grundrechte als verfassungsunmittelbare Strafbefreiungsgründe. Zu Methode und Praxis der Verfassungseinwirkung auf das materielle Strafrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2008; EL MISMO, *op. cit.*, 2009, pp. 645-670; BRAND, C/WINTER, M., *op. cit.*, pp. 113-117; REICHERT-HAMMER, H., *Politische Fernziele und Unrecht: ein Beitrag zur Lehre von der Strafrechtswidrigkeit unter besonderer Berücksichtigung der Verwerflichkeitsklausel des § 240 Abs. 2 StGB*, Duncker & Humblot, Berlín, 1991; RÖNNAU, T., «Vorbemerkungen – Vor §§ 32 ff», *LK*, 13.<sup>a</sup> ed., De Gruyter, Leipzig, 2019, p. 130; KÜHL, K., *op. cit.*, 2012, p. 349. En el mismo sentido, KÜHL, K., «Vor § 32», en LACKNER, K/EL MISMO, *StGB*, 29.<sup>a</sup> ed., C. H. Beck, Múnich, 2018, núm. 28.; ROSENAU, H., *op. cit.*, p. 273, nm. 29.

(8) Con referencias a la parte de la doctrina alemana que entiende que no es posible concebir el ejercicio de derechos fundamentales como causa de justificación, BRAND, C/WINTER, M., *op. cit.*, p. 115.

(9) BÖSE, M., «Die Glaubens- und Gewissensfreiheit im Rahmen der Strafgesetze (insbesondere § 34 StGB)», *ZStW*, (1), 2001, p. 42.

(10) BÖSE, M., *op. cit.*, pp. 42-43.

(11) Con referencias, BRAND, C/WINTER, M., *op. cit.*, p. 115.

(12) TIEDEMANN, K., *Verfassungsrecht und Strafrecht*, C. F. Müller, Heidelberg, 1990, p. 37.

(13) Respondiendo a las objeciones referidas, BRAND, C/WINTER, M., *op. cit.*, pp. 115-116.



mayor atención a la crítica relativa a la indeterminación del contenido de los derechos fundamentales y a la corrección teórica de entender típica una conducta que constituye el ejercicio de un derecho fundamental. Si bien es cierto que contamos con varias décadas de jurisprudencia constitucional al respecto(14), la discusión acerca de los límites de los derechos fundamentales y sobre el método por el que habrían de resolverse las presuntas colisiones que pueden darse entre aquéllos sigue vigente. A la actualidad de este problema teórico debe añadirse el actual desplazamiento del Derecho penal por parte del Derecho constitucional(15), que dificulta introducir consideraciones específicamente jurídico-penales en el análisis de la posible exención de pena por el ejercicio de un derecho fundamental o por la proximidad de la conducta a aquel. En fin, ante la referida situación resulta de gran importancia una aproximación a los fundamentos teóricos que subyacen al método de resolución de conflictos (aparentes o no, según el punto de vista que se adopte, como veremos) entre derechos fundamentales, a fin de enjuiciar su compatibilidad con la estructura de la teoría del delito.

## 2. Congruencia sistemática de la justificación de una conducta típica por el ejercicio de un derecho fundamental

El principal argumento que se aduce contra el efecto justificante del ejercicio de un derecho fundamental hace referencia a la presunta contradicción que encerraría el afirmar que una conducta que se encuentra en el ámbito de protección de un derecho fundamental puede ser típica(16). Pérez del Valle expone, a este respecto, que

---

(14) Aduciendo la extensa jurisprudencia constitucional sobre el contenido y los límites de los derechos fundamentales contra la objeción relativa a su indeterminación, RÖNNAU, T., *op. cit.*, p. 130. En el mismo sentido, BRAND, C/WINTER, M., *op. cit.*, 2021, p. 115. Se trata, por lo demás, de un argumento perfectamente trasladable a nuestro ámbito jurídico.

(15) Sobre esta cuestión, ampliamente, ROBLES PLANAS, R., «La tiranía de la proporcionalidad», en CHINGUEL RIVERA, A/GARCÍA CAVERO, P. (coords.), *Derecho penal y persona. Libro homenaje al Prof. Dr. H. C. Mult. Jesús María Silva Sánchez*, Ideas, Lima, 2019, pp. 117-134. Sobre los problemas que implica la relación entre el Derecho penal y el Derecho constitucional tanto en la tarea legislativa como en la aplicación del Derecho penal, véase SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2018, pp. 40-50.

(16) Sobre este punto de vista, OLMEDO CARDENETE, M. D., «Artículo 20.7», en COBO DEL ROSAL, M., (dir.), *Comentarios al Código Penal*, t. II., Edersa, Madrid, 1999, p. 608 ss.; Afirmando que «en ningún caso el ejercicio de un derecho constitucional puede ser "típico" en el sentido penal», QUINTERO OLIVARES, G., «Derecho de manifestación y desórdenes públicos», en GARCÍA AMADO, J. A./CUERDA ARNAU,

«quien actúa en el marco de sus derechos lo hace en ejercicio de su ámbito de libertad de conducta», así que, «[p]or lo general, quien ejerce su derecho actúa de forma atípica»(17). Pero dicha afirmación no es más que la constatación de que los casos claros de ejercicio de un derecho fundamental no suelen poder subsumirse en un tipo penal. Por ejemplo, la conducta de quien participa en una manifestación estática que ha sido comunicada a la autoridad correspondiente, que ha dispuesto medidas para permitir la normal circulación de los peatones, y que se desarrolla sin coartar la libertad de terceros no será subsumible en un tipo penal. Tampoco la conducta de quien manifiesta en un medio de comunicación que la gestión de un determinado asunto político por parte de un miembro del Gobierno ha sido nefasta puede subsumirse en el tipo de injurias. En tales casos se descarta la relevancia jurídico-penal de la conducta, directamente, en el juicio de subsunción típica. No obstante, seguidamente plantea Pérez del Valle que ciertos casos de ejercicio de un derecho pueden resultar típicos, aunque justificados o excusados(18). Uno de los supuestos a los que hace referencia es, precisamente, el del conflicto entre derechos fundamentales(19). No hace el autor, sin embargo, referencia expresa a la razón por la que entiende que en tales supuestos sí cabe hablar del ejercicio de un derecho fundamental subsumible en un tipo penal. Aun así, se desprende de su exposición que, en tales supuestos, entiende que estarían enfrentadas dos conductas que, pese a estar dentro del ámbito de protección de un derecho fundamental, lesionan otro derecho, por lo que el hecho de que uno de ellos prepondere no impide que, en todo caso, se haya lesionado un derecho y que dicha lesión resulte típica, aunque justificada (o, bajo su punto de vista, excusada). Esta idea es la que parece latir, generalmente, en el planteamiento del sector doctri-

---

M. L., (dirs.), *Protección jurídica del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 139; MESTRE DELGADO, E., *op. cit.*, 2001, pp. 147-148.

(17) PÉREZ DEL VALLE, C., *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*, Dykinson, Madrid, 2019, p. 186. En el mismo sentido, UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, J. I., *La eficacia justificante de los derechos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 72: «El ejercicio de los derechos fundamentales será, en términos generales, penalmente atípico, es decir, irrelevante para el Derecho penal». Destacando, asimismo, la evidente inconstitucionalidad en la que incurriría un precepto penal que tipifique «las “pretensiones” que se derivan de una norma que atribuye un derecho fundamental».

(18) PÉREZ DEL VALLE, C., *op. cit.*, p. 214. También, UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, J. I., *op. cit.*, 2003, pp. 73-74.

(19) PÉREZ DEL VALLE, C., *op. cit.*, pp. 186, 213 ss.; apuntando que, por lo general, el referido conflicto es inevitable en cuanto al ejercicio de derechos fundamentales de carácter político, REICHERT-HAMMER, H., *op. cit.*, p. 278.

nal, mayoritario, que entiende posible que una conducta amparada por un derecho fundamental resulte típica, aunque justificada.

En este sentido, Kühl ha sostenido que es falaz afirmar que los preceptos penales restringen de tal modo el ámbito de protección de los derechos fundamentales que una conducta típica jamás podrá estar justificada por el ejercicio de un derecho fundamental. A su juicio, a esta afirmación puede oponerse la teoría de la interacción (*Wechselwirkungstheorie*) del BVerfG, que sostiene que los límites a los derechos fundamentales, como lo podrían ser los preceptos penales, deben ser, a su vez, restringidos a fin de tomar en consideración la preservación del valor del derecho fundamental en cuestión(20). Sería razonable para este sector, pues, entender que una conducta típica pueda estar justificada porque una ponderación de intereses muestre que el interés salvaguardado por el sujeto activo del hecho típico prepondera(21). Del mismo parecer es Rönnau, que considera que no es convincente que la subsunción en un tipo penal deba impedir su justificación por el ejercicio de un derecho, puesto que una ponderación de los valores contrapuestos puede dar lugar a la preponderancia del interés que trataba de proteger el sujeto(22). Asimismo, Schmidt defiende la justificación de la conducta típica por ejercicio de un derecho fundamental cuando la solución no puede encontrarse en una interpretación del tipo a la luz del efecto de aquel o en una interpretación conforme a la Constitución de las causas de justificación recogidas en el StGB(23). También Cuerda Arnau entiende que dicho ejercicio puede colisionar con otros derechos fundamentales, por lo que su lesión puede resultar típica, siendo «obligado articular la absolución por la vía de la exclu-

---

(20) KÜHL, K., *op. cit.*, 2012, p. 349. En el mismo sentido, KÜHL, K., *op. cit.*, 2018, núm. 28; Rechazando, en un sentido similar, que una conducta típica no pueda estar justificada por el efecto de un derecho fundamental, RÖNNAU, T., *op. cit.*, pp. 128-129; en contra, también, de dicha objeción, SCHMIDT, H. C., *op. cit.*, 2007, p. 101.

(21) KÜHL, K., *op. cit.*, 2012, pp. 349-350.

(22) RÖNNAU, T., *op. cit.*, pp. 128-129. Rechaza el autor la objeción planteada por quienes entienden que el contenido de los derechos fundamentales es demasiado vago como para constituir una causa de justificación directa. Le opone el autor a dicha consideración que se han aceptado otras causas de justificación supralegales y que los contornos del contenido de los derechos fundamentales han ido determinándose durante décadas.

(23) SCHMIDT, H. C., *op. cit.*, 2009, pp. 645-670, proponiendo una ponderación en la que se tomen en consideración: 1) la afectación del derecho fundamental en cuestión; 2) el merecimiento de pena de la conducta, expresión del principio constitucional de proporcionalidad; 3) el merecimiento de protección de la conducta, en tanto en cuanto no exista otra vía para el ejercicio del derecho; 4) el riesgo de criminalización de una generalidad de conductas, como podría ocurrir en el caso de la corrección de los padres a los hijos; 5) los fines del Derecho penal; 6) el principio de culpabilidad (la relación de proporción entre la gravedad del delito y la respuesta penal).

sión de la antijuridicidad»(24). Con la misma claridad se ha expresado a este respecto la jurisprudencia constitucional. El Tribunal Constitucional afirma a este respecto que «los hechos probados no pueden ser a un mismo tiempo valorados como actos de ejercicio de un derecho fundamental y como conductas constitutivas de un delito». Siendo así, habría que delimitar el contenido del derecho en cuestión y concluir que, «cuando una conducta constituya, inequívocamente, un acto ajustado al ejercicio regular del derecho fundamental [...] no resultará legítima la imposición de una sanción penal, aunque la subsunción de los hechos en la norma fuera conforme a su tenor literal». En definitiva, según el TC, «el amparo del derecho fundamental actuará como causa excluyente de la antijuridicidad»(25).

Puede afirmarse, pues, que hay cierto acuerdo en la doctrina y en la jurisprudencia sobre la coherencia sistemática de afirmar que una conducta puede ser típica y, a su vez, constituir el ejercicio legítimo de un derecho. No obstante, debe reconocerse que esta armonía tiene su base en la adhesión a una determinada teoría de los derechos. Esta, sin embargo, no suele hacerse explícita, si bien resulta evidente, sobre todo, por la elección del método ponderativo para resolver sobre la justificación de las conductas típicas que constituyen el ejercicio de un derecho. A este respecto, y ocupándose directamente de esta cuestión, Ugartemendía Eceizabarrena sostiene que solo es compatible con la exigencia de ejercicio legítimo de un derecho la que denomina «concepción amplia del contenido de los derechos»(26). Ésta, en realidad, es una de las tesis fundamentales del llamado modelo conflictivista de los derechos(27), que sostiene que las normas que reconocen derechos fundamentales son principios (mandatos de optimización, en los términos de Alexy) que pueden colisionar entre sí(28). Según esta posición, las normas referidas establecerían un extenso ámbito de protección del derecho fundamental correspondiente (tesis amplia del ámbito de protección de los derechos fundamentales), distinto a su

(24) CUERDA ARNAU, M. L., «Proporcionalidad penal y libertad de expresión: la función dogmática del efecto desaliento», *RGDP*, (8), 2007, pp. 13-14.

(25) Por todas, la STC núm. 104/2011, de 20 de junio.

(26) UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, J. I., «La exigencia de ejercicio legítimo de un derecho (20.7 CP). Algunas consideraciones desde una perspectiva constitucional», *R. V. A. P.*, (63), 2002, p. 11; EL MISMO, *op. cit.*, 2003, pp. 181-182 (en n.243, resumiendo el punto de vista de las dos teorías enfrentadas a este respecto).

(27) CABRA APALATEGUI, J. M., «Derechos en el contexto post-positivista. Algunas paradojas de la concepción», *Diálogos jurídicos. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo*, 2018, pp. 84 ss.

(28) ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 86 ss.

ámbito de protección definitivo(29). Para configurar este último, el primero debe limitarse con arreglo a la toma en consideración de las circunstancias concretas del caso, como la colisión con otros derechos, atendiendo al principio de proporcionalidad. Esto implica distinguir entre la delimitación conceptual de los derechos (realizada *a priori*)(30) y su limitación, que no reduce el contenido del derecho, sino que limita (externamente) sus efectos jurídicos (teoría de los límites externos)(31). Pues bien, Ugartemendía Eceizabarrena entiende que esta concepción de los derechos es compatible con la exigente del artículo 20.7 CP, por cuanto permitiría afirmar que se ha ejercido un derecho incluso cuando se ha infringido una norma que lo limita (el tipo penal)(32), sin perjuicio del ulterior análisis sobre si dicho ejercicio es o no legítimo, extremo que se determinaría, como veremos, mediante un juicio de ponderación(33).

La teoría de los derechos antagónica(34) a la hasta aquí referida es la que se ha denominado teoría especificacionista de los derechos(35). Su punto de partida se encuentra, al contrario que en el

---

(29) Este es el presupuesto, asimismo, de la teoría infraccionista de los derechos que, como se apuntará, guarda relación con el planteamiento de UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA. Con suma claridad, WEBBER da cuenta de este punto de vista del siguiente modo: «What is the limitation of a right? Without doubt, the received approach looks upon limitations as restrictive, even prohibitive of rights. It supposes that a right can be conceived independently of any limits, such that “there is first the right in itself, which is not limited, and secondly there is what is left over once the limit has been applied, that is, the right as limited”. Rights, on this understanding, are independent of their limitations – independent of the many “interests”, “values” and “principles” which regularly and justifiably infringe rights. Yet, despite being somehow independent of these limits, rights are nevertheless, according to the received approach, subject to such limits. Rights, it would seem, both resist their limits and cannot be wholly appreciated without them.». Cfr. WEBBER, G., *The Negotiable Constitution. On the Limitation of Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, p. 118.

(30) WEBBER, G., *op. cit.*, 2009, p. 120.

(31) CABRA APALATEGUI, J. M., *op. cit.*, p. 85; una definición muy clara de esta posición puede verse en WELLMAN, C. H., «On Conflicts between Rights», *Law and Philosophy*, vol. 14, (3/4), 1995, pp. 277 ss.

(32) UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, J. I., *op. cit.*, 2002, p. 12; EL MISMO, *op. cit.*, 2003, p. 160.

(33) UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, J. I., *op. cit.*, 2002, pp. 13-16.

(34) La directa contraposición entre las teorías conflictivistas y las coherentistas (o especificacionistas) se refiere sin perjuicio de las múltiples dimensiones en las que se desarrolla la discusión en torno al problema teórico de los conflictos de derechos. Sobre esta cuestión, véase MALDONADO MUÑOZ, M., «Conflictivismo y anti-conflictivismo en los derechos fundamentales», *Revista Jurídica de la universidad de Palermo*, (1), 2019, pp. 37-78.

(35) CABRA APALATEGUI, J. M., *op. cit.*, p. 88

modelo referido *supra*, en la teoría de los límites inmanentes de los derechos(36)/(37) y, por lo tanto, se les asigna desde este punto de vista un ámbito de protección limitado, pero definitivo(38), que se conforma a través de su especificación(39). Esta teoría de los dere-

---

(36) Sobre las diversas versiones de la teoría de los límites internos o inmanentes y su base filosófico-política, BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3.ª ed., CEPyC, 2007, pp. 448 ss.

(37) Asociando la teoría de los límites internos o inmanentes de los derechos al iusnaturalismo, MALDONADO MUÑOZ, M., *op. cit.* 2019, p. 41; EL MISMO, *Derechos y conflictos. Conflictivismo y anticonflictivismo en torno a los derechos fundamentales*, Marcial Pons, Barcelona, 2021, p. 31: «la teoría defiende justamente esto: no es que los derechos sean ilimitados, pero tampoco son *stricto sensu* limitados, en tanto corresponden a cierto ámbito ya dado, establecido por sus condiciones de justicia. Un ámbito relacionado con un modo de ser derivado del “modo de ser del ser humano”. Así expresada, esta es, obviamente, una posición iusnaturalista». No obstante, aclara el autor que, en realidad, «no es necesario que una teoría de los límites internos abrace el ideal iusnaturalista. Bastaría con abrazar, por ejemplo, un ideal garantista *à la* Ferrajoli o asumir una posición exegética del ideal constitucionalista o del ideal democrático» (p. 32).

(38) CABRA APALATEGUI, J. M., *op. cit.*, p. 88. Lo ejemplifica el autor, precisamente, con el ejemplo propuesto por DE OTTO sobre las coacciones realizadas en el transcurso de una manifestación. La sanción de dicha conducta no constituiría una limitación del derecho de reunión y manifestación, por cuanto este derecho no comprendería el derecho a ejercer coacciones sobre terceros.

(39) Un firme defensor de este tipo de especificacionismo es WEBBER, que entiende que el modelo conflictivista «divorces rights from *what is right*», por cuanto promovería una definición de los derechos que atiende, únicamente, a los intereses individuales, descuidando, por lo tanto, lo que es justo desde una perspectiva que toma en cuenta el contexto y la relación con los demás. Cfr. WEBBER, G., «On the Loss of Rights», en HUSCROFT, G., *et al.* (eds.), *Proportionality and the Rule of Law. Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, pp. 132, 143. Asimismo, resulta destacable la propuesta de AMAYA, que propone un especificacionismo de corte neoaristotélico alejado de cálculos utilitaristas. A su juicio, los derechos deben especificarse «mediante la reflexión acerca del conjunto de razones percibidas como relevantes en el caso concreto en aras de hacer de ellas un conjunto coherente con una determinada concepción del Derecho, lo que exigiría [...] la revisión de estos valores e, incluso, en los casos más extremos [...] la revisión del propio concepto de Derecho.». Cfr. AMAYA, A., «Virtudes, argumentación jurídica y ética judicial», *Diánoia*, vol. LVI, (67), pp. 135-142; otra clase de especificacionismo es la defendida, de forma muy destacable en el marco de esta discusión, por MORESO. Su propuesta consiste en un análisis de cinco fases del caso en que dos derechos parecerían colisionar. En una primera fase, se delimitaría el problema seleccionando las acciones humanas que constituyen lo que denomina *el universo del discurso*. Después, se identificarían los principios aplicables a aquel (que, en otros términos, como los que se emplearán aquí, serían las pretensiones de ejercer un derecho por las partes afectadas). En tercer lugar, se tomarían en cuenta ciertos casos paradigmáticos, reales o hipotéticos, del referido universo del discurso, que reducirían el ámbito de reconstrucciones admisibles. A continuación, se determinarían las propiedades relevantes del universo del discurso, esto es, los elementos

chos, según Ugartemendía Eceizabarrena, sería incompatible con la exigencia del artículo 20.7 CP. A su juicio, un modelo que asuma una «concepción estricta del contenido de los derechos» tiene que negar que se haya ejercido un derecho cuando la conducta en cuestión infrinja uno de sus límites. En sus propias palabras, según esta teoría de los derechos «solo existen dos posibilidades: o bien que la conducta infrinja un límite, en cuyo caso ya no cabe hablar de ejercicio de un derecho, ya que dicha conducta quedaría fuera del supuesto de hecho del derecho, o bien que la conducta sea calificable como ejercicio de un derecho, en cuyo caso no es posible concebir que entre en el supuesto de hecho de una norma que limita el ejercicio de ese derecho»(40). El problema del planteamiento de este autor es que presupone que es el tipo penal el que se constituye en norma delimitadora del contenido del derecho(41). Si se sigue una teoría de las normas como la propuesta por Silva Sánchez (que es, a mi juicio, compatible con la concepción especificacionista de los derechos), se concibe la norma de conducta como la síntesis de «la valoración de un hecho como lesivo para un bien jurídico-penal (y, por tanto, penalmente relevante) y su valoración como mal menor, medio adecuado para el logro de un fin justo». La norma de conducta, pues, no prohíbe conductas justificadas, sino que únicamente de la síntesis de las valoraciones referidas puede surgir la norma, que se convierte en «pauta

---

fácticos relevantes del caso. Por último, se formularían estándares de carácter universal en referencia al caso, reglas que solventarían todos los casos del universo del discurso. Cfr. MORESO, J. J., «Ways of Solving Conflicts of Constitutional Rights: Proportionalism and Specificationism», *Ratio Juris*, vol. 25, (1), 2012, pp. 39 ss.; MORESO recurre a HARE para distinguir, respecto de su método, dos niveles. Un primer nivel intuitivo, en el que aparecerían los principios morales que entrarían en conflicto, y un segundo nivel crítico, en el que se reconstruirían esos principios «de manera que sea posible considerar las propiedades morales que tomamos en cuenta como *supervenientes*». Los principios constitucionales aparecerían en un «contexto inarticulado» en ese primer nivel. En el nivel crítico, se articularían, mediante ponderación, «en un esquema general que da una respuesta unívoca para cada caso, puesto que cada caso individual es una instancia de un caso genérico que correlaciona el caso con una solución normativa, posibilitando de esta manera la subsunción». Cfr. EL MISMO, *op. cit.*, 2009, pp. 280 ss., 303 ss., reivindicando una «vía intermedia», entre una concepción subsuntiva irrealizable y una ponderación de imposible control racional.

(40) UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, J. I., *op. cit.*, 2002, p. 12; EL MISMO, *op. cit.*, 2003, pp. 259-263, 273.

(41) En coherencia con ese planteamiento, afirma el autor que la aplicación de la exigencia del artículo 20.7 CP conlleva la «inaplicación de la norma penal secundaria». Esta conclusión da cuenta de la concepción de las normas penales del autor, que entiende la tipicidad como antinormatividad. Cfr. UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, J. I., *op. cit.*, 2003, pp. 187, 224.

de conducta general»(42). Si esto es así, la mera subsunción de la conducta en el tipo penal no implicaría la infracción de un límite interno de la norma que reconoce el derecho fundamental, por lo que se sortearía la objeción referida. La subsunción típica únicamente indicaría que no estamos frente a un caso evidente de ejercicio legítimo de un derecho, por lo que deben tomarse en cuenta las pretensiones de las partes afectadas a fin de determinar si la conducta en cuestión puede ser permitida con arreglo al contenido del derecho fundamental. Como ha apuntado Silva Sánchez, «los enunciados desvalorativos de hechos penalmente relevantes limitan a los enunciados permisivos, privándoles de efecto excluyente de la prohibición en otros casos»(43).

### 3. Problemas de la teoría conflictivista en el ámbito de la justificación penal

#### 3.1 DEBILITAMIENTO DE LOS DERECHOS

La principal objeción que puede realizarse a la teoría de los derechos que entiende preferible Ugartemendía Eceizabarrena es que lleva a afirmar que se ha ejercido un derecho con anterioridad a la consideración de las circunstancias del caso. Esto implica, en determinados supuestos, afirmar que una misma conducta es constitutiva del ejercicio de un derecho y, a su vez, es típica y antijurídica, por cuanto no ha preponderado frente al derecho con el que colisionaba. Esta forma de entender los derechos los desprovee de su fuerza normativa (de asignación de posiciones jurídicas)(44). El ejercicio de un derecho, en lugar de servir de

(42) SILVA SÁNCHEZ, J. M., *op. cit.*, 2010, pp. 531 ss. Solo podría hablarse de colisión de valoraciones (la desvaloración que implicaría la tipicidad de la conducta y la valoración propia de la concurrencia de una causa de justificación), pero no de colisión externa entre una norma prohibitiva y otra permisiva. Se trata de una colisión interna de valoraciones, que da lugar a la norma definitiva, que, así, constituye una directiva de conducta.

(43) SILVA SÁNCHEZ, J. M., *op. cit.*, 2010, pp. 531 ss.

(44) WEBBER, G., *op. cit.*, 2009, p. 116: «The idea that rights should hold a firm place in moral-political reasoning is not new, but it has been obfuscated by the tendency within the received approach to equate rights with “interests”, “values” or “principles”. Doing so ascribes to rights a status no greater than a premise in practical reasoning». En p. 122: «the received approach fails to award to its conception of rights any strength, urgency, conclusiveness or special importance»; EL MISMO, *op. cit.*, 2014, pp. 123-154; WELLMAN, C. H., *op. cit.*, pp. 280-285; sobre el problema jurídico, en particular, de esta posición, CABRA APALATEGUI, J. M., «Sobre la estructura y los límites de los derechos sociales», *Estudios de Deusto*, (1), 2018, p. 200: «Tener un derecho, al margen de cuál pueda ser su fundamento filosófico, significa



conclusión a un razonamiento previo sobre el conflicto de pretensiones entre las partes, se convierte en una mera premisa que sirve a un ulterior proceso argumentativo sobre la justificación de la conducta(45). Siendo así, no puede anudarse efecto jurídico alguno a la constatación de estarse ejerciendo un derecho, sino que, en todo caso, dicho efecto surgirá de la declaración de que el ejercicio de ese derecho es legítimo tras el ejercicio de ponderación correspondiente. Sin embargo, difícilmente podrá entenderse que surge un deber correlativo al ejercicio legítimo de un derecho en tales casos, puesto que se afirma que la contraparte sigue manteniendo su derecho. Esta concepción de los derechos, por lo demás, promueve un uso meramente retórico de estos. Si bien parecería que tiende a ampliar su contenido (parte de un ámbito de protección *a priori* muy amplio que se restringe únicamente a través de una ponderación de derechos), lo cierto es que reduce su estatus al de meros intereses que pueden ceder a los intereses contrapuestos. Esto no solo genera expectativas poco realistas en la ciudadanía(46) (el efecto que esto pueda tener en el ámbito del error de prohibición tendría que valorarse), sino que, asimismo, reduce el valor de los derechos, puesto que todos pueden ser vencidos en la ponderación(47).

Puede verse con claridad la relación entre esta tesis de Ugartemendía Eceizabarrena y la teoría *infraccionista* de los derechos, por cuanto ésta plantea que, en caso de conflicto de derechos, puede, justificadamente, infringirse un derecho(48). Por ejemplo, en el famoso *cabin*

---

ocupar una posición determinada en el marco de una relación jurídica; afirmar que se tiene derecho a algo sin poder identificar quién está afectado como obligado a hacer o a abstenerse de hacer para lograr su satisfacción es una declaración política o moral; de naturaleza retórica en todo caso». En realidad, este autor sobrentiende que los derechos fundamentales (en cuanto a su estructura deóntica) son, en términos de ALEXY, *derechos a algo* como derechos a la abstención de terceros («Derechos *a acciones negativas*» o de no interferencia). En realidad, su preocupación en el trabajo referido es la de determinar si pueden entenderse, en especial los derechos denominados *sociales*, como derechos «a *acciones positivas* o derechos a prestación».

(45) WEBBER, G., *op. cit.*, 2009, pp. 116 ss.

(46) WEBBER, G., *op. cit.*, 2009, p. 123: «It is, I believe, this uncritical approach to rights that is guilty of “promot[ing] unrealistic expectations”».

(47) WEBBER, G., *op. cit.*, 2009, p. 122.

(48) Defendiendo la teoría infraccionista, THOMSON, J. J., «Some Ruminations on Rights», en PARENT, W., (ed.), *Rights, Restitution, and Risk*, Harvard University Press, Cambridge, 1986, entre otros de sus trabajos sobre esta cuestión; un resumen de los postulados de la teoría infraccionista puede verse en MALDONADO MUÑOZ, M., *op. cit.*, 2021, pp. 48-51; sobre los problemas teóricos de esta tesis, OBERDIEK, J., «Lost in Moral Space: On the Infringing/Violating Distinction and its Place in the Theory of Rights», *Law and Philosophy*, (23-4), 2004, pp. 325-346. Este autor no rechaza que el ejercicio de un derecho implique la pérdida de algo de valor en relación con el afectado, sin que tal constatación deba llevar a declarar que se ha infringido

*case* de Feinberg(49) el montañista infringiría el derecho del dueño de la cabaña justificadamente (en estado de necesidad agresivo, en nuestros términos). La teoría especificacionista de los derechos, en cambio, negaría que el dueño de la cabaña tuviera un derecho en ese concreto caso, sino que es el montañista el que tendría un derecho a entrar en la cabaña para no perecer(50). El derecho de propiedad y, en su caso, a la inviolabilidad del domicilio se reconfiguraría en atención a las características del caso, por cuanto el derecho de necesidad del montañista, ya especificado, se extendería hasta el acceso no consentido a la cabaña y a la causación de daños a fin de asegurar la salvaguarda de su vida. La conducta típica, pues, no constituiría la lesión justificada de un derecho, sino que únicamente el montañista tendría un verdadero derecho en tal supuesto.

### 3.2 EL MÉTODO PONDERATIVO

Como se ha expuesto, la teoría conflictivista de los derechos concibe las normas que reconocen derechos fundamentales como mandatos de optimización. Este punto de partida lleva a promover su realización en la mayor medida posible, pero esa tendencia hace imposible evitar la colisión entre los diversos principios derivados del texto constitucional, por lo que debe resolverse la incompatibilidad entre estas normas *prima facie* mediante la ponderación(51). Ugarte-

---

gido su derecho justificadamente (p. 333); EL MISMO, «What's Wrong with Infringements (insofar as infringements are not wrong): A Reply», *Law and Philosophy*, (27), 2008, pp. 293-307; SHAFER-LANDAU, R., «Specifying Absolute Rights», *Arizona Law Review*, (37), 1995, pp. 209-225;

(49) FEINBERG, J., «Voluntary Euthanasia and the Inalienable Right to Life», *Philosophy & Public Affairs*, (7-2), 1978, p. 102: «Suppose that you are on a backpacking trip in the high mountain country when an unanticipated blizzard strikes the area with such ferocity that your life is imperiled. Fortunately, you stumble onto an unoccupied cabin, locked and boarded up for the winter, clearly somebody else's private property. You smash in a window, enter, and huddle in a corner for three days until the storm abates. During this period you help yourself to your unknown benefactor's food supply and burn his wooden furniture in the fireplace to keep warm».

(50) El recurso a la teoría especificacionista en los supuestos de estado de necesidad o de legítima defensa implica, claro, asumir que dichas causas de justificación otorgan verdaderos derechos de defensa o necesidad, por lo que estaría implícito el rechazo a entenderlas como meras permisiones, entendidas como *privileges*, en términos hohfeldianos. Una introducción a la terminología empleada por HOHFELD para desentrañar los diversos significados que se atribuyen al término *derecho*, véase EDMUNDSON, W. A., *An Introduction to Rights*, 2.ªed., Cambridge University Press, Nueva York, 2012, pp. 73 ss.

(51) BERNAL PULIDO, C., «Estructura y límites de la ponderación», *Doxa*, (23), 2003, p. 226.

mendía Eceizabarrena, que afirma que la «técnica de la ponderación de intereses en conflicto» debe ser la que determine «qué interés debe prevalecer» en estos casos, entiende que, de preponderar el ejercicio del derecho alegado, la conducta constituirá un ejercicio legítimo del derecho en cuestión. Si, por el contrario, prepondera el «interés protegido por la norma penal», estaríamos frente al ejercicio de un derecho que debe considerarse «ilegítimo y por tanto antijurídico»(52), sin perjuicio de que, con arreglo al principio de proporcionalidad, pueda aplicarse la eximente incompleta del artículo 21.1 CP(53). Esta solución, como veremos, resulta inadecuada.

### 3.2.1 *El ejemplo del caso «Aturem el Parlament»*

Un claro ejemplo de la falta de capacidad de rendimiento del método ponderativo para resolver los casos jurídico-penalmente relevantes de ejercicio de un derecho o de ejercicio excesivo de éste es el caso «Aturem el Parlament»(54). La sección primera de la Sala de lo

---

(52) UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, J. I., *op. cit.*, 2002, p. 16; EL MISMO, *op. cit.*, 2003, pp. 74, 150, 170, 174.

(53) UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, J. I., *op. cit.*, 2002, p. 16.

(54) El Tribunal Constitucional desestimó, en su sentencia 133/2021, de 24 de junio, los recursos de amparo interpuestos contra la sentencia condenatoria del Tribunal Supremo 161/2015, de 17 de marzo. Ésta había casado parcialmente la sentencia de la Audiencia Nacional 31/2014, de 7 de julio que absolvió a los acusados por un delito contra las Instituciones del Estado del artículo 498 CP (condenando a uno de los acusados por una falta de daños) por la aplicación de la eximente del artículo 20.7 CP. En el caso referido, se enjuiciaba la conducta de algunos de los manifestantes que tomaron parte en la acción de protesta llevada a cabo el 15 de junio de 2011 frente al Parlamento de Cataluña, cuyo Pleno estaba convocado para, entre cosas, continuar con la tramitación del proyecto de ley de Presupuestos de la Generalitat, que preveía una reducción del gasto público. Con ocasión de la referida tramitación de los presupuestos de la Generalitat en el Parlamento, organizaciones afines al movimiento 15M como «L'Acampada de Barcelona y las asociaciones de vecinos de la ciudad» convocaron una acción de protesta que tendría lugar en fecha 14 y 15 de junio de 2011, cuyo lema era «Aturem el Parlament, no deixarem que aprovin retalladles (Paremos al/ el *Parlament*, no permitiremos que aprueben recortes)». Las referidas organizaciones informaron de la manifestación a la autoridad competente, que «no adoptó medida alguna» para regularla, y la publicitaron a través de diversos medios días antes de que tuviera lugar. Sus portavoces declararon «que no pretendían impedir el funcionamiento del *Parlament* sino detener el ataque contra los derechos sociales y los servicios públicos que significaban las medidas presupuestarias que se iban a aprobar». La acción de protesta tuvo lugar el 15 de junio antes de que se iniciara el Pleno del Parlamento, sucediéndose una serie de incidentes entre los disputados y los manifestantes, algunos de los cuales fueron tenidos por antijurídicos por el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional. Para un comentario crítico sobre la sucesión de sentencias relativas a este caso, valorando el modo en que tratan de resolver el problema del que me ocupo en este trabajo, véase FERNÁNDEZ PERALES, F., «La relevancia jurídico-

Penal de la Audiencia Nacional, en su sentencia 31/2014, de 7 de julio, absolvió a todos los acusados de la comisión de un delito contra las Instituciones del Estado del artículo 498 CP, en concurso con un delito de atentado de los artículos 550 y 551.2 CP, condenando únicamente a uno de ellos por una falta de daños del antiguo artículo 625.1 CP. El tribunal, recordando la jurisprudencia constitucional que establece que, para delimitar el ámbito de protección de un derecho fundamental no debe recurrirse a sus límites, sino a su contenido(55), trató de definir el derecho de reunión y manifestación atendiendo, no solo a su consideración (en abstracto) como cauce del principio democrático participativo sino, también, a un contexto como el actual en el que consideró que el espacio público se encuentra controlado por los medios de comunicación que, a su vez, están «en manos privadas» o se gestionan «con criterios partidistas»(56). Los obstáculos que habría de sortear la ciudadanía para poder participar en política serían una razón de peso, a juicio del tribunal, para entender que ciertos excesos en el ejercicio del derecho de manifestación pueden incluirse en su ámbito de protección. Otros, por el contrario, si bien no se encontrarían dentro de éste, no podrían ser sancionados penalmente, por cuanto se trataría de una respuesta estatal desproporcionada que generaría un indeseable efecto desaliento(57). La Audiencia Nacional, pese a que el Tribunal Supremo, que casó la sentencia, afirma que realiza un juicio de ponderación, resuelve el caso mediante un juicio de subsunción(58), incluyendo el supuesto enjuiciado en la zona intermedia que habría entre el ejercicio legítimo del derecho y el abuso de derecho, descartando la intervención del Derecho penal con arreglo al efecto desaliento que ésta generaría, solución que ya ha sido criticada *ut supra*. En realidad, la sentencia de la Audiencia Nacional podría servir como un ejemplo de solución especificacionista al caso, sin perjuicio de que, como se comentará, lo

---

penal del exceso en el ejercicio de derechos fundamentales en el caso “Aturem el Parlament”. Comentario a la STC 133/2021, de 24 de junio», *InDret*, (4), 2021.

(55) SAN 31/2014, Fundamento Jurídico 2.1.

(56) SAN 31/2014, Fundamento Jurídico 2.1.

(57) SAN 31/2014, Fundamento Jurídico 2.1.2.

(58) De esta opinión, GARCÍA AMADO, J. A., «Sobre ponderaciones y penas: a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Penal) 161/2015, en el caso del asedio al Parlamento de Cataluña», en EL MISMO/CUERDA ARNAU, M. L., (dirs.), *Protección jurídica del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 188. Si bien GARCÍA AMADO se ha erigido en uno de los críticos más reputados del método ponderativo (crítica que también formula en el trabajo citado), tampoco considera correcto el juicio de subsunción realizado por la Audiencia Nacional en este caso, del que dice que «no desentona del tipo de enigmáticas metafísicas que impregnan la actual jurisprudencia de tantos tribunales, incluidos los penales» (p. 194).

resuelve erróneamente entendiendo aplicable el artículo 20.7 CP por la previsión del efecto desaliento que habría generado la condena.

Casando la sentencia de la Audiencia Nacional, el Tribunal Supremo sostuvo que debió haberse ponderado el derecho de manifestación (21 CE) y el derecho de participación política (23 CE). A su juicio, la acción de protesta habría afectado al derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos a través de los representantes escogidos, otra dimensión del derecho de participación, junto al derecho al acceso a las funciones y cargos públicos en condiciones de igualdad. El ejercicio de la libertad de expresión y el derecho de reunión, expone el Tribunal Supremo, «no pueden operar como elementos neutralizantes de otros derechos y principios indispensables para la vigencia del sistema constitucional». La Audiencia Nacional habría llegado a «banalizar el significado de los principios y valores sobre los que se asienta el sistema democrático», relativizando el significado jurídico de lo ocurrido ante el Parlamento. En definitiva, considera el Tribunal Supremo que en el ejercicio de ponderación que, presuntamente, habría realizado la Audiencia Nacional habría estado ausente toda consideración a los principios de la libertad y el pluralismo político, proclamados en el artículo 1 de la Constitución, por lo que su resultado no fue correcto(59). Nada más expuso el Tribunal Supremo a fin de realizar esa presunta ponderación de derechos, y es que ni siquiera tomó en consideración el contexto sociopolítico que había propiciado la acción de protesta(60), que había llevado a la Audiencia Nacional a absolver a los acusados. Además de lo antedicho, el Tribunal Supremo mantuvo que los manifestantes habrían perseguido «atacar las raíces mismas del sistema democrático»(61), por lo que difícilmente puede entenderse que asumiera que la conducta de los acusados se encontraba dentro del ámbito de protección del derecho de manifestación, a pesar de que lo incluya en la ponderación. Ésta presupone, precisamente, que estemos ante el ejercicio de dos derechos que colisionan, por lo que, si una de las partes, en realidad, no está ejerciendo un derecho, sino alegando su ejercicio como mero pretexto, no puede realizarse ponderación alguna. Así es como entiende, en definitiva, el Tribunal Supremo la conducta de los manifestantes, como un abuso de derecho, esto es, un ejercicio aparente del derecho

---

(59) STS 161/2015, Fundamento Jurídico 5. C).

(60) El contexto de crisis económica y de representación política (desafección generalizada) en que se produjo la protesta, el hecho de que se protestaba contra medidas que implicaban la reducción del gasto social o que éstas no habían sido incluidas en los programas políticos que la ciudadanía había podido tener en cuenta al votar,

(61) STS 161/2015, Fundamento Jurídico 5. G).

de manifestación que, verdaderamente, es contrario a los principios que inspiran su configuración(62). En tales casos, incluso desde el punto de vista de quien sigue el modelo conflictivista, no estamos frente a un conflicto entre dos derechos, donde se produce una tensión externa entre el ámbito de protección de ambos, sino que la tensión es interna, puesto que se trata del contenido y límites del derecho(63). Por último, el Tribunal Constitucional confirmó el criterio del Tribunal Supremo. En primer lugar, hizo explícito que la conducta enjuiciada no se encontraba «dentro del ámbito objetivo de protección» del derecho de manifestación(64). Pese a esta última consideración, mantuvo que la Audiencia Nacional debió haber confrontado los derechos de reunión y de participación política en un juicio de ponderación, por lo que incurre en la misma incongruencia que el Tribunal Supremo.

Los pronunciamientos referidos de Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional muestran, con claridad, que el método de la ponderación, en el marco de un caso con relevancia jurídico-penal, no resulta adecuado(65). A tenor de lo expuesto, parece favorecer el dictado de sentencias que, en lugar de seguir un método que pretende ofrecer seguridad jurídica con su alto grado de formalidad, recurren a la metáfora del peso para acabar realizando una jerarquización en abstracto de los derechos sin tomar en consideración las circunstancias concretas del caso (en el caso comentado, claramente, su contexto sociopolítico) y sin explicitar los principios últimos a los que recurren en su argumentación. Dicho lo anterior, ciertamente no puede realizarse una crítica al método de la ponderación solamente por su incorrecta aplicación por parte de los órganos jurisdiccionales (sin perjuicio de que este uso sea, precisamente, un indicador de su falta de capacidad de rendimiento, como parece ocurrir en este caso). Sin embargo, tampoco un uso riguroso del método ponderativo llevaría a mejores resultados. Alexy, el mayor exponente del método ponderativo, propuso solventar la ponderación de principios que colisionan con arreglo a tres elementos: la ley de la ponderación, la fórmula del peso y las car-

(62) Sobre la aplicación del concepto de abuso de derecho al ámbito de los derechos fundamentales, véase MUÑOZ ARANGUREN, A., *op. cit.*, pp. 35-48.

(63) MUÑOZ ARANGUREN, A., *op. cit.*, pp. 40-41. A su juicio, «en la ponderación nos encontramos ante un escenario que se asemeja al de los círculos secantes, mientras que en el abuso al de los concéntricos».

(64) STC 133/2021, Fundamento Jurídico 5. D).

(65) Para una crítica a la falta de rigor con la que, a su juicio, ha utilizado el método ponderativo el Tribunal Constitucional, véase PRESNO LINERA, M. A., «Una crítica al uso de la teoría de la ponderación en los conflictos (aparentes) entre derechos fundamentales», en *Liber amicorum. Homenaje al profesor Luis Martínez Roldán*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 2016, pp. 575-587.

gas de argumentación(66). La ley de la ponderación consiste en asumir que cuanto mayor sea el grado de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser el grado de satisfacción del otro. A fin de aplicarla, pues, deben definirse sus elementos (grado de afectación de un principio e importancia de la satisfacción del otro) y concluir si la importancia de la satisfacción de uno de ellos justifica la afectación del otro. El grado de afectación de los principios debe determinarse según una escala de tres niveles. Así, aquél puede ser leve, medio o intenso. La determinación de éste deberá corregirse conforme al grado de certeza empírica de la afectación del derecho. Por ejemplo, en el caso que ha servido de ejemplo, podría considerarse intensa la afectación del derecho a manifestarse si existe certeza de que el malestar por los recortes sociales no se habría tenido en cuenta en la votación de los presupuestos de no haberse realizado la acción de protesta(67). Tras este paso, debe tomarse en consideración el «peso abstracto» de los principios relevantes con arreglo a su valoración social(68). Tras la determinación de los anteriores elementos, debe aplicarse, a juicio de Alexy, la fórmula del peso, que consiste en asignar un valor numérico a cada una de las tres variables y extraer el cociente resultante de la relación entre la afectación de uno de los principios y la satisfacción del otro(69).

Este método, como puede observarse atendiendo a su estructura, establece relaciones de precedencia condicionada entre los principios en colisión atendiendo a la existencia de una determinada relación de proporcionalidad entre la afectación de un principio y la satisfacción

---

(66) ALEXY, R., *op. cit.*, pp. 87 ss. Un resumen del modelo ponderativo de ALEXY puede verse, entre otros, en BERNAL PULIDO, C., *op. cit.*, 2003, pp. 225-238; También, en FERNÁNDEZ NÚÑEZ, M., «La ponderación: análisis de la situación del debate en España», *Doxa*, (40), 2017, pp. 364 ss.; con mayor amplitud, sobre el método ponderativo y, también, en particular sobre la tesis de ALEXY, véase MORESO, J. J., *op. cit.*, 2009, pp. 267-280, 309-319.

(67) BERNAL PULIDO, haciendo referencia al caso de los padres que, por motivos religiosos, no llevan a su hijo al hospital para que reciba un tratamiento proscrito según sus creencias, afirma, a fin de ejemplificar esta variable, que el grado de afectación del derecho a la vida del menor sería intenso si existe certeza de que perderá la vida si no se le ingresa en el hospital. Cfr. BERNAL PULIDO, C., *op. cit.*, 2003, p. 229.

(68) Como apunta BERNAL PULIDO, en este paso podría, por ejemplo, afirmarse que la protección de la vida tiene un mayor peso que la protección de la libertad, por cuanto la primera es presupuesto de la segunda. Cfr. BERNAL PULIDO, C., *op. cit.*, 2003, p. 228.

(69) Por último, de darse un empate entre los valores resultantes de la aplicación de la fórmula del peso, se desempataría mediante la consideración de las «cargas de argumentación», que en *Teoría de los derechos fundamentales* habría consistido en atender al principio *in dubio pro libertate*. Cfr. FERNÁNDEZ NÚÑEZ, *op. cit.*, 2017, p. 365.

del principio con el que colisiona(70). El principal problema de este planteamiento, como ya se ha expuesto, es que toma como punto de partida la existencia del ejercicio de un derecho como paso previo a declarar su (i)legitimidad. Esto implica despojar al ejercicio de un derecho de la afirmación de una posición jurídica efectiva. Que un sujeto ejerza un derecho, pues, no implica deber alguno para terceros, y es que, desde este punto de vista, el ejercicio de ese derecho puede ser antijurídico si no prevalece en la ponderación. Esto no constituye un problema únicamente por la confusión que puede generar (que desatiende la necesidad de formular normas de conducta inequívocas), sino porque reduce los derechos a meros intereses a maximizar. Asimismo, puede objetarse a esta posición el que no se comprometa con la explicitación de las razones o principios de los que se parte para siquiera iniciar la discusión sobre la existencia de un derecho que merece protección por parte del ordenamiento jurídico, con lo que se torna difícil un control racional de la atribución de derechos.

#### 4. La especificación ante la colisión de pretensiones de ejercer un derecho

La concepción de los derechos antagónica a la que sostiene el método ponderativo ofrece una mejor solución a los casos de los que se ocupa este trabajo. El especificacionismo, como se ha apuntado ya, niega que pueda hablarse de derechos que no otorgan una posición normativa (como los derechos *prima facie*). Un derecho solo puede ser absoluto (que no ilimitado)(71), por cuanto únicamente éste puede oponerse a terceros. No obstante, el carácter absoluto se lo otorga el haber deliberado, antes, sobre quién puede ejercer el derecho en cues-

---

(70) Destacando que el método ponderativo defendido por ALEXY daría lugar a un último momento subsuntivo, pese a acabar concluyendo que dicho método no puede escapar del particularismo, MORESO, J. J., *op. cit.*, 2009, p. 279: «las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente. Esto es lo que ALEXY llama un tipo de normas de derecho fundamental *adscriptas* [...] en las cuales “puede ser *subsumido* el caso”». Por otro lado, destacando que a la ponderación entre principios en conflicto le precede «una (doble) subsunción previa, pues sólo así puede determinarse que ambos principios resultan relevantes en el caso a decidir», MARTÍNEZ ZORRILLA, D., «Alternativas a la ponderación. El modelo de Susan L. Hurley», *Revista Española de Derecho Constitucional*, (86), 2009, p. 122. Esto implica, necesariamente, que desde el punto de vista ponderativista, los derechos sean independientes, al menos *prima facie*, del contexto (cfr. WEBBER, G., *op. cit.*, 2009, p. 120).

(71) WEBBER, G., *op. cit.*, 2009, pp. 125, 142.



tión en el caso concreto(72). No podría hablarse, pues, de colisiones de derechos, sino de colisiones de pretensiones de ejercer un derecho(73). Los derechos, pues, tendrían un ámbito de protección que solo se concretaría con arreglo a las circunstancias del caso concreto, atendiendo, asimismo, a parámetros valorativos, que, además, permitirán un control racional de la solución del caso(74). A ese respecto

---

(72) Sobre el proceso de especificación de los derechos, sobre la base de las tesis de FINNIS a este respecto, véase WEBBER, G., *op. cit.*, 2009, pp. 135 ss.

(73) Utilizando esta denominación VELASCO, M., «Conflictos entre derechos y ponderación. Por qué los jueces no deberían abandonar la perspectiva deontológica», *Doxa*, (39), 2016, p. 315. No debe confundirse la terminología escogida con la pretensión (*claim*) que emplea HOHFELD como una de las categorías de derechos subjetivos, que refiere la «capacidad o habilitación normativa para exigir [...] que algo se nos haga o no se nos haga». Cfr., sobre la definición de esta clase de derecho hohfeldiano, GARCÍA AMADO, J. A., *op. cit.*, 2021, p. 18.

(74) En realidad, la idea de la especificación de los derechos puede remontarse al concepto tomista de la *determinatio* (cfr. STO. TOMÁS DE AQUINO, Suma Teológica, Parte I-II, Cuestión 95, Artículo 2). Agradezco la referencia a dicha vinculación al Prof. Silva Sánchez. Definida por FINNIS con referencias a la Suma Teológica, consistiría en especificar el contenido de las normas atendiendo a su conexión con principios permanentes relativos a la cuestión concreta de que se trate y a los sujetos afectados. Cfr. FINNIS, J., *Aquinas. Moral, Political, and Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 1998, pp. 266 ss. Similar, en FINNIS, J., *Natural Law & Natural Rights*, 2.<sup>a</sup> ed., Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 284 ss. Una revisión del concepto de *determinatio*, en CONTRERAS AGUIRRE, S. A., «Ley natural, *determinatio* y derecho positivo. Lo indiferente y las determinaciones del legislador», *Veritas*, (25), 2011, pp. 39-54; EL MISMO, «Sobre la doctrina tomista de la “*determinatio*” y su recepción por la escolástica española», *Temas medievales*, (19), 2011, pp. 49-78. Según refiere este autor, en la doctrina tomista encontraríamos, en un primer nivel, «las normas que se derivan de los principios comunes de la ley natural por vía de *conclusión*». En un segundo nivel, en cambio, estarían las normas «que se derivan por vía de *determinación*» (p. 51). Estas últimas no se deducirían de «lo justo natural» (p. 52), sino que cabría optar por diversas formas de determinar el contenido de la norma, de acuerdo con «la mutabilidad de la naturaleza humana» y con «las diversas condiciones de los hombres y de las cosas, según la diversidad de lugares y tiempos», siempre que se opere «dentro de los márgenes de la razonabilidad práctica y sin que ello contravenga lo dispuesto por la justicia natural» (p. 56). Estas normas, pues, no derivan *necesariamente* de un precepto natural, por cuanto no se trataría, en tal caso, de la ley positiva, sino de la ley natural, y estaría su origen en la propia naturaleza humana y no en la voluntad del hombre (p. 59). No obstante, y en este punto el autor se apoya en FINNIS, la *determinatio* no puede ser producto de la mera arbitrariedad, sino que debe ser guiada por «reglas y principios morales», que no serían otros que «los principios y reglas de la justicia natural» (p. 60). Lo antedicho daría cuenta de que un derecho como el de manifestación puede ser regulado de muy diversos modos, atendiendo a las circunstancias concretas de cada Estado. No obstante, tendría que recurrirse a consideraciones sobre la naturaleza humana (como, entre otras, la relativa al carácter dependiente [social] del ser humano) que sirvieran de premisa para la construcción de una teoría del Estado coherente con aquella (por ejemplo, una que previera como sus funciones esenciales, el proveer de paz y seguridad frente a los conflictos y la promoción

resulta muy esclarecedora la opinión de Finnis, en referencia a los derechos humanos. A su juicio, el proceso de especificación de los derechos debe partir de la asunción de algún metacriterio (entre los que menciona la concepción del bien o de la vida comunitaria). Atendiendo a éste, debe especificarse el contenido de los derechos con arreglo a su carácter relacional (entiende que no es posible haciendo abstracción de la interacción entre individuos) y considerando los casos paradigmáticos que arrojan claridad sobre su contenido esencial(75), sin ánimo de que las conclusiones que se extraigan resulten infalibles e impidan su reconsideración mediante el recurso a parámetros de racionalidad(76).

Ciertamente, lo antedicho no es únicamente relevante para el ámbito jurídico del Derecho penal, por cuanto se trata de consideraciones de filosofía jurídica que tendrán, en primer lugar, repercusión en el ámbito del Derecho constitucional. La especificación del derecho ejercido ofrecerá, con detalle, cuál es el ámbito de protección definitivo de éste en el caso concreto (y con arreglo a qué principios se ha configurado), que, además, permitirá determinar qué conductas constituyen un exceso y en qué medida. Esto último, a su vez, hará posible, una vez declarada la infracción de la norma de conducta (por no tratarse del ejercicio legítimo de un derecho)(77), analizar el caso

---

del desarrollo de las relaciones y las capacidades humanas). A su vez, ésta serviría de base para determinar en qué medida es necesario que todo ser humano pueda participar del gobierno común y de qué forma debe poder participarse.

(75) En este punto resulta patente la utilidad de la variante de especificacionismo que defiende MORESO (véase, al respecto, la núm. 39).

(76) FINNIS, J., *op. cit.*, 1998, pp. 266 ss. Similar, en FINNIS, J., *op. cit.*, 2011, p. 219.

(77) En el marco de la norma de conducta, también se ha propuesto que las acciones de protesta relativas a ciertas cuestiones de interés general que presentan una particular urgencia puedan justificarse por estado de necesidad. Cfr. BÖNTE, M., «Ziviler Ungehorsam im Klimanotstand», *HRRS*, (4), 2021. Se manifiesta el autor a favor de la justificación, dando cuenta de que la acción de desobediencia civil no vulnera el principio de la mayoría, puesto que su objetivo es atraer la atención a un problema de interés general. Asimismo, se reclama que en el juicio de ponderación se tenga en cuenta que la posibilidad de que los intereses de los que toman parte en la acción de desobediencia obtengan protección jurídica en muchos casos es remota o, al menos, se dilata en exceso temporalmente. El estado de necesidad en relación con estos supuestos podría tratar de configurarse como un estado de necesidad agresivo basado en la solidaridad intersubjetiva. En el ámbito de las acciones de protesta, el principio de solidaridad puede conectarse con la idea de igualdad política en el sentido en que la ha caracterizado la tradición del republicanismo. Para ésta, la libertad no es concebida en exclusiva atención al individuo, como una libertad negativa basada en la exclusión de la interferencia de terceros. La libertad, desde el punto de vista de dicha tradición, tiene como base el aseguramiento de las precondiciones institucionales que permiten la independencia (o la no-dominación, en términos de PETTIT) del individuo,

con arreglo a criterios específicamente jurídico-penales. El merecimiento y la necesidad de pena serán empleados como criterios determinantes de la aplicación o no de la norma de sanción, partiendo de la previa especificación del ámbito definitivo de protección del derecho fundamental en el caso concreto. Por el contrario, el modelo conflictivista de los derechos no ofrece una solución adecuada a los casos de exceso en el ejercicio de un derecho fundamental, que han tenido gran repercusión últimamente en nuestro país, como se verá.

### III. LOS CASOS JURÍDICO-PENALMENTE RELEVANTES DE EXCESO EN EL EJERCICIO DE UN DERECHO FUNDAMENTAL

Lo expuesto hasta aquí muestra que es posible entender justificada una conducta típica por el ejercicio de un derecho fundamental y que esto es sistemáticamente coherente con independencia de la teoría de los derechos por la que se opte. Sin embargo, se ha tratado de mostrar que esta elección es decisiva para la determinación definitiva del contorno de los derechos y los deberes correlativos. Seguidamente, se expondrá cómo la teoría de los derechos de la que se parta repercute, asimismo, en la solución de los casos en que el sujeto incurre en un exceso en el ejercicio de un derecho fundamental. Siendo así, debe aclararse, en primer lugar, a qué supuestos se está haciendo referencia y por qué la solución planteada para los casos de ejercicio de un derecho puede ser útil, también, en el ámbito de los casos donde se produce un exceso que excluye la justificación.

#### 1. Clasificación de los supuestos relativos al ejercicio jurídico-penalmente relevante de un derecho fundamental

El Código Penal español, a través de la previsión de los artículos 20.7 y 21.1 CP, da cuenta de la existencia de, al menos, tres grupos de casos (de conductas jurídico-penalmente relevantes) en relación con el ejercicio de un derecho, a saber: 1) casos en los que la conducta

---

esto es, una tarea necesariamente colectiva y que se fundamenta en un entendimiento de la solidaridad como reconocimiento del otro como igual. Sobre el concepto de libertad en el republicanismo moderno, cfr. MÜNKLER, H./STRASSENBERGER, G., *Politische Theorie und Ideengeschichte. Eine Einführung*, 2.<sup>a</sup> ed., C. H. Beck, Múnich, 2020, p. 239; LLANQUE, M., «Republikanismus», en FUCHS, D/ROLLER, E. (eds.), *Lexikon Politik. Hundert Grundbegriffe*, Reclam, Leipzig, 2009, pp. 260-263; COHEN, E. F./GOSH, C., *Citizenship*, Polity Press, Cambridge, 2019, p. 81.

constituye el ejercicio legítimo de un derecho (aplicación del artículo 20.7 CP); 2) casos en los que la conducta incurre en un exceso en el ejercicio de un derecho, estando ausente un elemento *no esencial* de la eximente (aplicación del artículo 21.1 CP en relación con el artículo 20.7 CP); 3) casos en los que la conducta no constituye el ejercicio de un derecho, por lo que el 20.7 CP no puede aplicarse, ni siquiera como eximente incompleta (ausencia de un elemento *esencial* de la eximente). Las disposiciones del Código Penal trazan, pues, una línea que, en el caso del ejercicio de derechos fundamentales como eximente, iría desde la conducta excluida de su ámbito de protección hasta la conducta constitutiva de un ejercicio legítimo, pasando por una zona intermedia donde se encontrarían los casos de exceso en el ejercicio de un derecho. Esta clasificación, deducida de nuestro catálogo de eximentes y atenuantes, es similar a la que ha referido nuestra jurisprudencia constitucional en diversas ocasiones. Cumple destacar, de entre sus pronunciamientos, el relativo al caso «Aturem el Parlament», presentado *ut supra*(78). El Tribunal Constitucional afirma en su sentencia 133/2021 que, en relación con el ejercicio de derechos fundamentales, la conducta típica puede constituir «un ejercicio regular del derecho fundamental», con lo que no resultaría «constitucionalmente legítima la imposición de una sanción penal, aunque la subsunción de los hechos en la norma fuera conforme a su tenor literal»(79). Por otro lado, la conducta puede incurrir en un exceso «en el ejercicio de un derecho fundamental», sin que aquél alcance a «desnaturalizarlo o desfigurarlo». En estos supuestos considera el tribunal que, de apreciarse «inequívocamente que el acto se encuadra en su contenido y finalidad y, por tanto, en la razón de ser de su consagración constitucional [...], la sanción penal supondría una vulneración del derecho, al implicar un sacrificio desproporcionado e innecesario de los derechos fundamentales en juego que podría tener un efecto disuasorio o desalentador de su ejercicio»(80). Es importante destacar, respecto de este segundo grupo, que el Tribunal Constitucional advierte de que la exención de pena (a cuya naturaleza se hará referencia después) no implica que el exceso no pueda comportar «otras consecuencias», en evidente referencia al resto de ámbitos jurídicos en el marco de los que podría imponerse algún tipo de sanción al sujeto activo. Por último, la conducta podría constituir «un aparente ejercicio de un derecho fundamental», en tanto en cuanto «desnaturaliza el ejercicio del derecho y se sitúa objetivamente, al margen del

---

(78) Un resumen de los antecedentes en núm. 54.

(79) STC 133/2021, Fundamentos Jurídicos, 7.2.1.b).1. (iii).

(80) STC 133/2021, Fundamentos Jurídicos, 7.2.1.b).2. (i).

contenido propio del mismo y, por ello, en su caso, en el ámbito de lo potencialmente punible»(81). En otras palabras, se trataría de un abuso de derecho(82).

### 1.1 EL DENOMINADO «EFECTO DESALIENTO»

Ciertamente, el Tribunal Constitucional no hace explícita referencia a la posibilidad de atenuar la pena por una disminución del injusto en el caso de incurrirse en un exceso en el ejercicio de un derecho fundamental. Sin embargo, quienes se han ocupado de la capacidad de rendimiento de la doctrina del efecto desaliento en estos supuestos no han tenido problema alguno en entender que una forma de tenerla en cuenta puede ser la aplicación de la eximente incompleta de ejercicio legítimo de un derecho (21.1 CP en relación con el 20.7 CP)(83). No puede, pues, descartarse que el Tribunal Constitucional aceptara dicha solución. No obstante, esta solución debe tomarse con reservas(84). La doctrina del efecto desaliento (*chilling effect*), como recuerda Cuerda Arnau, tiene su origen en la jurisprudencia constitucional americana, que se sirvió de ella para enjuiciar la constitucionalidad de normas que preveían sanciones que podían desalentar el ejercicio de derechos fundamentales, por cuanto su alcance resultaba impreciso, «por su excesiva amplitud (*overbreadth*) o por la vaguedad (*vagueness*) con que aparece definido»(85). Atendiendo a su origen, pareciera que la opinión de quienes, como Huerta Tocildo, circunscriben su consideración al ámbito del principio de legalidad (respecto de la suficiente determinación de los tipos penales)(86) sería más correcta. Sin embargo, la razón de ser, en origen, de la referida doctrina no

---

(81) STC 133/2021, Fundamentos Jurídicos, 7.2.1.b).3.

(82) Sobre la aplicación del concepto de abuso de derecho al ámbito de los derechos fundamentales, véase MUÑOZ ARANGUREN, A., «Abuso del derecho y ponderación de derechos», *Doxa*, (41), 2018, pp. 35-48. Desde un punto de vista especificacionista no cabría, sin embargo, hablar de un *abuso de derecho*, por cuanto en dicha expresión está implícita la posibilidad de ejercer un derecho de forma ilegítima, posibilidad que el especificacionismo niega.

(83) COLOMER BEA, D., «La doctrina del efecto desaliento como punto de conexión entre el Derecho penal y los derechos fundamentales», *CEFD*, (41), 2019, p. 105; GONZÁLEZ COLLANTES, T., «El poder punitivo ante el ejercicio, los excesos y la desnaturalización del derecho de reunión y manifestación (a propósito de las acciones de Tsunami Democràtic)», *Revista General de Derecho penal*, (33), 2020, p. 12.

(84) En el sentido de lo que aquí se expone, FERNÁNDEZ PERALES, F., *op. cit.*

(85) CUERDA ARNAU, M. L., *op. cit.*, pp. 13-14.

(86) CUERDA ARNAU, M. L., *op. cit.*, p. 25, en referencia a HUERTA TOCILDO, S., «Principio de legalidad y normas sancionadoras», *El principio de legalidad: actas de las V Jornadas de la Asociación Letrados del Tribunal Constitucional*, 2000, p. 69.

obsta para que se tome en consideración que la imposición de penas desproporcionadas también puede generar un efecto desaliento(87). No resulta irrazonable que, ante la imprevisible severidad de las penas impuestas en el caso de conductas próximas al ejercicio de derechos fundamentales, se experimente una disminución en su ejercicio. El problema, en realidad, no está en la verosimilitud de los perjuicios que refieren los defensores de esta doctrina, ni en la posibilidad de que su toma en consideración pueda llevar a una atenuación de la pena o, incluso, a su exclusión, sino en su configuración dogmática. De lo aducido por sus defensores se desprende que no sería el efecto desaliento *per se* el que fundamentaría la exclusión o reducción de la intensidad de la intervención penal. Ciertamente, dicho efecto podría esperarse, también, de la sanción penal de conductas que, verdaderamente, no están tan próximas al ejercicio legítimo del derecho fundamental, sino que son un mero ejercicio aparente de éste (aunque en menor medida, cabría señalar)(88). Si fuera, pues, meramente la posibilidad del efecto desaliento lo que fundamenta la exclusión de la intervención penal, que la conducta en cuestión fuera claramente merecedora de pena no sería decisivo si todavía pudiera esperarse que la sanción penal producirá dicho efecto. Es, en realidad, la proximidad de la conducta al ejercicio legítimo de un derecho fundamental lo que reducirá, en todo caso, el merecimiento de pena. Expresión de lo antedicho es, en realidad, la posibilidad de aplicar la eximente incompleta del artículo 21.1 CP en relación con el artículo 20.7 CP en los supuestos de exceso en el ejercicio del derecho fundamental. Ciertamente, si el efecto desaliento solo fuera esperable de la sanción penal de conductas próximas al ejercicio legítimo de un derecho, correspondería aplicar, primero, la reducción de pena prevista para la eximente incompleta (art. 68 CP) y, después, la reducción de pena que correspondiera para evitar dicho efecto, pero esto último requiere que se aclare su naturaleza y se concrete por qué razón su concurrencia debería reducir la pena a imponer (y cuál es su base legal).

---

(87) Así lo viene entendiendo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Con referencias a su jurisprudencia al respecto, COLOMER BEA, D., *op. cit.*, pp. 98-116.

(88) Que la sanción penal produzca dicho efecto depende, en gran medida, del modo en que traten la información relativa a aquella los medios de comunicación y de la relación de los potenciales manifestantes con las instituciones (sobre todo, de la opinión que estas les merezcan). La dificultad para establecer el contenido y los límites de un derecho fundamental como el de reunión y manifestación, cuyo ejercicio suele implicar la manifestación de opiniones de carácter político, hace menos verosímil todavía una relación proporcional entre el merecimiento de pena y el efecto desaliento que puede generar la sanción penal.

Las dificultades aparecen, pues, al darle un encaje dogmático riguroso a dicha doctrina, por cuanto el posible efecto desalentador del ejercicio de un derecho fundamental que puede generar la condena de hechos próximos a su ámbito de protección no disminuye, en ningún caso, el merecimiento de pena. El efecto desaliento sí podría llevar, en cambio, a la inaplicación de la norma de sanción por razones de mera utilidad. Ciertamente, si el merecimiento de pena disminuye en tanto en cuanto la conducta se encuentra próxima al ámbito de protección de un derecho fundamental, podría sostenerse una solución excluyente de la punibilidad en el marco de la norma sanción, pero habría que encontrar un asidero legal para dicha solución. Si se propusiera, en cambio, la justificación de la conducta (vía art. 20.7 CP) atendiendo al referido efecto desaliento de la sanción penal, como hizo la Audiencia Nacional en el caso «Aturem el Parlament» comentado antes, se estaría imponiendo a la víctima un deber de tolerancia<sup>(89)</sup>. Esto

---

(89) Sobre los deberes de tolerancia que surgen de la concurrencia de algunas causas de justificación, SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia», *Discusiones*, (7), 2007, pp. 25-29; ROBLES PLANAS, R., *Estudios de dogmática jurídico-penal. Fundamentos, teoría del delito y Derecho penal económico*, BdF, Buenos Aires, 2014, pp. 190 ss.; en general, sobre los deberes de tolerancia correlativos a los derechos de defensa y de necesidad, KÜHL, K., *op. cit.*, 2012, pp. 130, 153; negando que las normas permisivas sirvan de fundamento de derechos de intervención y sus correlativos deberes de tolerancia, MAÑALICH, J. P., «Normas permisivas y deberes de tolerancia», *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41, (2), 2014, pp. 473-522. Este autor, siguiendo la tesis de VON WRIGHT en *Norm and Action* (1963), entiende que las normas permisivas únicamente dan lugar a derechos a ejecutar la acción permitida si dicha norma «es combinada con a lo menos una norma prohibitiva, a saber: una norma que prohíba a terceros el impedimento de la ejecución de la acción permitida» (p. 496). En términos hohfeldianos, el sujeto activo tendría únicamente un *privilegio* (que EDMUNDSON denomina, ciertamente, *permission*). Cfr. EDMUNDSON, W. A., *op. cit.*, 2012, p. 73), esto es, no tendría un deber de omitir su conducta, pero tampoco un derecho a llevarla a cabo, con el correlativo deber de tolerancia de terceros (p. 497). Ciertamente, que algunas causas de justificación entendidas como normas permisivas fundamenten auténticos derechos con un correlativo deber de tolerancia podría discutirse, aunque aquí se defiende esta posición. Sin embargo, en el caso de la eximente del artículo 20.7 CP el escenario es muy distinto. En este caso se trata de la justificación de la conducta, precisamente, por ejercer un derecho. No resultaría coherente entender que dicha causa de justificación se contiene en una norma permisiva de la que no deriva un auténtico derecho. Siendo así, al ejercicio de un derecho que justifica una conducta típica debe corresponderle un correlativo deber de tolerancia de terceros, que no pueden impedir, legítimamente, el ejercicio del referido derecho. Sobre la configuración de los derechos fundamentales atendiendo a la clasificación de HOHFELD, cfr. CABRA APALATEGUI, J. M., «Sobre la estructura y los límites de los derechos sociales», *Estudios de Deusto*, (1), 2018, pp. 207 ss. Este autor hace referencia al punto de vista de BÖCKENFÖRDE, que entendería que «la identificación del contenido de los derechos fundamentales, esto es, el conjunto de posiciones jurídicas constitucionalmente protegidas» sería dependiente de la teoría de los derechos fundamentales de la

implicaría que, por ejemplo, en el referido caso los diputados que estaban siendo increpados por los manifestantes no podían defenderse oponiendo a estos una actuación en legítima defensa o en estado de necesidad. Asimismo, la detención de algunos de los manifestantes podría haber sido ilícita(90). A este problema se refiere Roxin en relación con las acciones de protesta consistentes en cortes de carretera (*Sitzblockaden*). A su parecer, además de que la justificación de tales conductas constituiría una contradicción en sí misma por parte del Estado(91), en tanto en cuanto declarararía lícito que las decisiones

---

que partamos (p. 12); muy claro al respecto, definiendo el derecho de reunión y manifestación, entre otros, como un *derecho-libertad*, en los términos de HOHFELD (a este respecto, cfr. HOHFELD, W. N., *Fundamental Legal Conceptions. As Applied in Judicial Reasoning. And Other Legal Essays*, Yale University Press, 1919), y matizando que aquél implica no solo un *no derecho* correlativo sino, también, un *deber de abstención* frente al titular del *derecho-libertad*, GARCÍA AMADO, J. A., «Los derechos: sus clases y relaciones», en EL MISMO/SENDÍN MATEOS (dirs.), *Argumentación jurídica y conflictos de derechos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 22 ss. En cualquier caso, si pretendiera entenderse el 20.7 CP, por la afectación relevante de un bien jurídico-penal protegido, como una mera norma permisiva que no comporta un deber correlativo de tolerancia, debe destacarse que, al menos en el ámbito de las acciones de protesta que pudieran quedar amparadas por el derecho de reunión y manifestación del artículo 21 CE, el artículo 514.4 CP constituye una norma prohibitiva que impondría a terceros el deber de omitir cualquier conducta que impida el ejercicio del derecho. Por último, podría mantenerse que el deber de omitir el impedimento del ejercicio de un derecho deriva de la norma prohibitiva de las coacciones no justificadas.

(90) *A contrario sensu*, SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Protesta», *InDret*, (3), 2019, p. 3; refiriendo la existencia de un deber de tolerancia del Estado respecto de las conductas no prohibidas por razón de la concurrencia de una causa de justificación, EL MISMO, «Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia», *Discusiones*, (7), 2007, p. 28. Podría no ser ilícita, en cambio, la mera disolución de la manifestación, por cuanto la LO 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión, dispone, en su artículo 5, que se «procederá a disolver las reuniones y manifestaciones [...] [c]uando se produzcan alteraciones del orden público, con peligro para personas o bienes».

(91) Esta objeción podría entenderse, a mi parecer, como propia de una perspectiva puramente liberal, que entiende el disenso extrainstitucional como ilegítimo por norma. Algunas variantes modernas del republicanismo, sin embargo, parecerían ofrecer vías de legitimación (en el marco de la teoría política, por lo que habría de fundamentarse ulteriormente con arreglo a criterios jurídicos) de ese tipo de participación política, aun cuando se circunscriben a un ámbito reducido de supuestos que, por lo demás, debe explorarse todavía. Sobre esta posibilidad, VOLK propone lo que denomina «republicanismo del disenso» (*Republikanismus des Dissens*), basado en las tesis de autores como SKINNER o PETTIT, que admitiría el carácter agonal de la política. Este no serviría a la radicalización de los antagonismos, sino al esclarecimiento de las posiciones enfrentadas a fin de alcanzar un estadio de comprensión recíproca. Este proceso deberían asumirlo, a su juicio, las instituciones del Estado, que tendrían que habilitar nuevos canales institucionales para la expresión del disenso. Cfr. VOLK, C., «Zwischen Entpolitisierung und Radikalisierung-Zur Theorie von Demokratie und Politik in Zeiten des Widerstands», *Politische Vierteljahresschrift*, vol. 54, (1), 2013, *passim*.



alcanzadas por la mayoría parlamentaria sean combatidas por minorías que actúan fuera del ámbito del ejercicio de derechos fundamentales, considera que sería inadmisibles que los cuerpos policiales detuvieran a los manifestantes, por cuanto incluso una presunta infracción administrativa de desobediencia estaría justificada(92).

## 1.2 LA PROXIMIDAD DE LA CONDUCTA AL EJERCICIO DE UN DERECHO FUNDAMENTAL COMO CAUSA DE EXCLUSIÓN DEL INJUSTO PENAL

Mayor capacidad de rendimiento, en contraposición con la vía de exención de pena que refiere la jurisprudencia, parecería tener una solución en clave de exclusión del injusto penal. Como se ha referido antes, la configuración legislativa de la eximente del 20.7 CP, incluyendo la eximente incompleta relativa a aquélla, da cuenta de la posibilidad de concluir que una conducta cercana al ejercicio legítimo de un derecho presente una *antijuridicidad penal* atenuada. Esta posibilidad invita a concebir a ésta como un concepto gradual(93). Éste, lejos de negar la unidad del ordenamiento jurídico, asume dicha unidad reconociendo, no obstante, que cada uno de sus ámbitos se orienta a la consecución de sus propios fines, y es que el Derecho penal no sirve a la distinción entre lo prohibido y lo que es conforme a Derecho, sino a la distinción entre la conducta que constituye un injusto merecedor de pena y el resto de formas de conducta antijurídica(94). A este res-

(92) ROXIN, C., «Strafrechtliche Bemerkungen zum zivilen Ungehorsam», en Albrecht, P. A., (ed.), *Festschrift für Horst Schüler-Springorum zum 65. Geburtstag*, Heymanns, Colonia, 1993, p. 448: «En caso contrario, no estaría permitido el traslado de los manifestantes, sino que constituiría un ataque ilegítimo que justificaría la legítima defensa».

(93) KERN, E., «Grade der Rechtswidrigkeit», *ZStW*, 1952, pp. 255-291. Tomándolo como referencia a este respecto, GÜNTHER, H. L., «La clasificación de las causas de justificación en Derecho penal», en Mir Puig, S./Luzón Peña, D. M., (coords.), *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal*, Aranzadi, Pamplona, 1995, p. 58.

(94) SILVA SÁNCHEZ, J. M., *op. cit.*, 2010, p. 630. Asumiendo la distinción entre antijuridicidad y antijuridicidad penal, MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, 10.<sup>a</sup> ed., Reppertor, Barcelona, 2016, p. 149, nm. 9; SCHLEHOFER, «Vorbermerkung zu § 32», *MK-StGB*, 4.<sup>a</sup> ed., C. H. Beck, Múnich, 2020, núm. 3; PAEFFGEN, H./ZABEL, B., «Vorbermerkungen zu §§ 32 ff», en KINDHÄUSER, U./NEUMANN, U./PAEFFGEN, H., *Strafgesetzbuch*, 5.<sup>a</sup> ed., Nomos, Baden-Baden, 2017, nm. 41; afirmando, con referencias, que es indiscutido hoy en la doctrina que no todo lo que está prohibido constituye un injusto merecedor de pena, RÖNNAU, T., *op. cit.*, nm. 21. Asimismo, con amplias referencias a la parte de la doctrina que rechaza la distinción entre antijuridicidad y antijuridicidad penal, aduciendo que rompe con la unidad del ordenamiento jurídico, véase nm. 23. Con referencias a los partidarios de dicha distinción, véase nm. 24; Asumiendo, también, la referida distinción, aludiendo al caso de

pecto, debe destacarse la tesis de Günther, quien parte de que la unidad del ordenamiento jurídico no impide considerar razones específicas de exclusión del injusto en relación con un ámbito jurídico como el penal(95). Así como el Derecho penal cuenta con una fundamentación del injusto específica de su ámbito, lo mismo tendría que ocurrir con la fundamentación de la exclusión de aquél(96). Deberían contemplarse, pues, a su parecer, causas de exclusión del injusto penal, que llevan a renunciar a la desaprobación penal de la conducta (el merecimiento de pena)(97) sin declarar su licitud general. Esto significa que la conducta todavía puede ser considerada ilícita en el ámbito de otros sectores del ordenamiento, como el administrativo sancionador(98). Con tales premisas, Günther plantea la distinción entre las causas de justificación generales o no genuinas (*unechte Strafunrechtsausschließungsgründe*), que excluyen la antijuridicidad general de la conducta, y las causas de exclusión de injusto penal o causas de justificación genuinas (*echte Strafunrechtsausschließungsgründe*)(99). Entre estas últimas incluye, precisamente, la conducta

---

la comisión de un ilícito disciplinario por un funcionario público, JAKOBS, G., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, De Gruyter, Berlín, 1991, p. 352, nm. 5-6.

(95) GÜNTHER, H. L., *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß. Studien zur Rechtswidrigkeit als Straftatmerkmal und zur Funktion der Rechtfertigungsgründe im Strafrecht*, Heymanns, Colonia, 1983, p. 253. Señala el autor que incluso los fundadores de la doctrina del concepto unitario de antijuridicidad, FISCHER y ZITELMANN, consideraban admisibles las causas de exclusión de la ilicitud específicas de un ámbito jurídico; En este sentido se pronuncia, también, LARRAURI PIJOAN, E., *Justificación material y justificación procedimental en el derecho penal*, 1997, pp. 69-70; En contra de la propuesta de GÜNTHER, por considerar que los supuestos a los que se refiere podrían solucionarse «perfectamente a través de una interpretación teleológica restrictiva de los elementos de la justificación, del mismo modo que ya sucede en los tipos penales». DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «La categoría de la antijuridicidad en Derecho penal», en MIR PUIG, S./LUZÓN PEÑA, D. M., (coords.), *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal*, Aranzadi, Pamplona, 1995, p. 124.

(96) GÜNTHER, H. L., *op. cit.*, 1983, p. 254; de acuerdo, PERRON, «Principios estructurales de la justificación en los Derechos penales español y alemán», en MIR PUIG, S./LUZÓN PEÑA, D. M., (coords.), *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal*, 1995, p. 77.

(97) Entendiendo el merecimiento de pena como la forma jurídico-penal del principio constitucional de proporcionalidad, GÜNTHER, H. L., *op. cit.*, 1983, pp. 235 ss.; sobre esta cuestión, véase LAGODNY, O., *op. cit.*, pp. 43 ss.

(98) GÜNTHER, H. L., *op. cit.*, 1983, p. 256.

(99) GÜNTHER, H. L., *op. cit.*, 1983, pp. 257-260. Las primeras se basarían en razones justificantes metajurídicas y, al declarar lícita para todos los ámbitos jurídicos la conducta, contarían con requisitos demasiado estrictos, por lo que podrían sancionarse penalmente conductas ilícitas que, no obstante, no son merecedoras de pena. Las segundas, que serían necesarias por razón de lo antedicho, se orientarían al cumplimiento de los fines del Derecho penal. En el mismo sentido, GÜNTHER, H. L.,

próxima al ejercicio de un derecho fundamental. A su juicio, cuando el sujeto sobrepasa los límites de una autorización con rango constitucional o ejerce con demasiada intensidad un derecho de intervención, si bien se mantiene la antijuridicidad general de la conducta, puede descartarse su desaprobación penal(100). Habría, pues, como apuntó Reichert-Hammer, una zona intermedia entre el ejercicio del derecho de intervención más intenso que prevé el ordenamiento (refiriéndose a los derechos fundamentales) y la realización de la conducta que debe ser desaprobada por el Derecho penal, donde tendría su lugar la causa de exclusión del injusto penal de la conducta próxima a un derecho fundamental (*Strafunausschließungsgrund des grundrechtsnahen Verhaltens*)(101).

Desde esta perspectiva, resultaría razonable plantear, como ha hecho Silva Sánchez, que la concurrencia parcial de una causa de justificación, al disminuir significativamente el injusto, puede hacerlo insignificante para el Derecho penal(102), esto es, no merecedor de pena. A propósito de la sanción penal, en Alemania, de las conductas de *Containern*(103), Silva Sánchez propone acudir a la «infraestudiada categoría de las causas de exclusión del injusto penal –o del injusto punible–», que pueden descartar la intervención del Derecho

---

«Klassifikation der Rechtfertigungsgründe im Strafrecht», en SEEBODE, M. (ed.), *Festschrift für Günter Spindel zum 70. Geburtstag am 11. Juli 1992*, De Gruyter, Berlín, 1992, pp. 189-201. También, REICHERT-HAMMER, H., *op. cit.*, pp. 276 ss.; criticando esta denominación ideada por GÜNTHER y proponiendo, como más apropiada, la de «Strafwürdigkeitsausschließungsgrund» (causa de exclusión del merecimiento de pena), LAGODNY, O., *op. cit.*, 1996, p. 46.

(100) GÜNTHER, H. L., *op. cit.*, pp. 199-201. En concreto, sobre la aplicación del § 240.2 StGB, que tipifica las coacciones cuando el uso de la fuerza o la amenaza de un mal para conseguir el fin perseguido resulte reprochable, GÜNTHER, H. L., «Verwerflichkeit von Nötigungen trotz Rechtfertigungsnähe? Zugleich ein Beitrag zur Sitzblockadeproblematik», en ARZT et al. (eds.), *Festschrift für Jürgen Baumann*, Giesekeing, Bielefeld, 1992, pp. 213-226.

(101) REICHERT-HAMMER, H., *op. cit.*, p. 279, poniendo como ejemplo, en núm. 78, la manifestación que provoca una obstrucción que se dilata en el tiempo de forma excesiva.

(102) SILVA SÁNCHEZ, J. M., *op. cit.*, 2010, p. 655, valorando positivamente la tesis de GÜNTHER sobre la exclusión del injusto penal en el sentido apuntado.

(103) Estas consisten en el apoderamiento de productos alimenticios desechados por los supermercados por superar la fecha de caducidad o encontrarse deteriorados. El Juzgado penal de Fürstfeldbruck, en sentencia de 30 de enero de 2019, condenó por un delito de hurto a dos activistas que se apoderaron de productos caducados, desestimando el recurso de apelación contra la sentencia condenatoria el Tribunal Superior de Baviera en sentencia posteriormente confirmada por el Tribunal Constitucional alemán. Sobre este proceso penal y sobre la problemática jurídico-penal del fenómeno del *containern*, véase SILVA SÁNCHEZ, J. M., «El hurto de alimentos caducados ante el Bundestag», *InDret*, (2), 2021.

penal en caso de conductas que, si bien son típicas y antijurídicas, «carecen de merecimiento (conmutativo) y de necesidad abstracta de pena». Como el propio autor apuntaba, estas conductas han sido llevadas a cabo, en ocasiones, por «activistas contra el desperdicio de alimentos», por lo que, a su juicio, podría pensarse en el ejercicio de «alguna forma de derecho de protesta»(104). En la línea de lo referido, pues, no cuesta imaginar que en tales casos resulta razonable la exclusión del injusto penal por la proximidad de la conducta al ejercicio de un derecho fundamental, que en este caso podría ser el derecho de manifestación en forma de acto simbólico que comunica, por un lado, el rechazo de la criminalización de las conductas de *Containern* (comunicación vertical, dirigida al Estado) y, por el otro, el rechazo hacia la habitual práctica de desperdicio de alimentos (comunicación horizontal, dirigida a los conciudadanos)(105). También Robles Planas ha planteado la necesidad de reconocer la posibilidad de una exclusión del injusto penal que se diferencie de la justificación general de la conducta. Así, entiende que, en la línea de quienes han «manifestado la necesidad de filtrar del concepto de injusto penal ciertos supuestos en los que no podría afirmarse que la conducta fuera conforme a Derecho», quedaría «un espacio para la no prohibición penal que no tendría que ver con la idea de exculpación y sí con la ausencia de desvalor específico requerido para todo injusto penal»(106).

(104) SILVA SÁNCHEZ, J. M., *op. cit.*, 2021, p. 8.

(105) Sobre el carácter esencialmente comunicativo de las acciones de protesta y sus características se pronuncia, ampliamente, PROSS. Tres serían sus características nucleares: 1) Es una respuesta en contradicción con una comunicación anterior que se dirige al autor de esta última y a un público como tercera instancia, al que pretende unir a su oposición; 2) El tema de la protesta une a los tres sujetos referidos, puesto que les concierne a todos; 3) La acción de protesta reconoce, aunque indirectamente, las posiciones a las que se opone o a las instituciones a las que dirige su comunicación de oposición. Cfr. VIRGL, C., *Protest in der Weltgesellschaft*, Springer, Wiesbaden, 2011, pp. 26-29, que, de acuerdo con PROSS, define la acción de protesta como la acción que describe «dass man gegen eine abzusehende Entscheidung, Handlungskonsequenz oder dergleichen eingestellt ist und dies auch in irgendeiner Form kommuniziert». Entendiendo la protesta, cuando ocurre en público, como un proceso de «triangular communication», RUCHT, D., «The Spread of Protest Politics», en Dalton, R/Klingemann, H. D., (eds.), *The Oxford Handbook of Political Behavior*, Oxford University Press, Oxford, 2007, p. 709. Asimismo, exponiendo que los ciudadanos que protestan pretenden «realizar un acto comunicativo», al hilo de las reflexiones de HABERMAS sobre la desobediencia civil, véase GARCÍA RUIZ, A., «Protesta democrática», *Eunomía*, (15), 2018, p. 216.

(106) ROBLES PLANAS, R., *op. cit.*, 2014, pp. 194-195. A su juicio, esta opción resultaría forzosa para quienes conciben el injusto «de manera “ideal”, esto es, como lesión del Derecho en cuanto Derecho, como injusto cualificado por la negación del Derecho», en tanto en cuanto la conducta del ciudadano no se manifiesta como una deslealtad al Derecho. Expresando, de todos modos, sus dudas sobre el fundamento

Sin embargo, resulta de suma importancia la repercusión que puede tener la apreciación de causas de exclusión del injusto para los afectados por la conducta. En la propuesta de Günther, la víctima no tiene un deber de tolerancia, sino que puede ejercer incluso la legítima defensa(107). Ciertamente, asignar un deber de tolerancia a los afectados no atendería a la efectiva perturbación de sus derechos que implica el haber traspasado los límites del derecho fundamental en cuestión, haciendo de una conducta antijurídica una conducta permitida(108). Sin embargo, cabe cuestionarse si no es posible una solución distinta, en la que no se permita a los afectados ejercer la legítima defensa. A este respecto podría resultar de interés recuperar la tesis de Sternberg-Lieben que, siguiendo a Lenckner, propone distinguir entre dos clases de causas de justificación. Por un lado, las que dan lugar a un derecho de intervención (*Eingriffsrecht*) y a su correlativo deber de tolerancia del afectado, y, por el otro, las que solamente otorgan una facultad de actuación (*Handlungsbefugnis*), que permite al afectado actuar en estado de necesidad(109). El mismo efecto otorga Luzón Peña a la concurrencia de causas de exclusión de la tipicidad penal y de causas de justificación de la acción. Por un lado, no sería posible responder en legítima defensa, pero sí en estado de necesidad defensivo cuando

---

de esta exclusión del injusto penal, y planteando su relación con la idea de la inexigibilidad, pp. 195 ss.; reiterando que puede excluirse el injusto penal en el ámbito de la punibilidad respecto de conductas ya declaradas antinormativas, EL MISMO, *Teoría de las normas y sistema del delito*, Atelier, Barcelona, 2021, p. 120.

(107) GÜNTHER, H. L., *op. cit.*, 1983, p. 383. También ROBLES PLANAS entiende que estas causas de exclusión del injusto penal no generarían deberes de tolerancia. Cfr. ROBLES PLANAS, R., *op. cit.*, 2014, pp. 190,195.

(108) Sobre este problema y los intentos doctrinales por construir un nivel sistemático entre la antijuridicidad y la culpabilidad (de «justificación débil», en los términos del autor) que posibilite resolver ciertos casos próximos a la justificación sin, por un lado, desatender valorativamente (llevando la solución a la culpabilidad) la disminución del injusto y, por el otro, asignar deberes de tolerancia a los afectados, ampliamente (y en términos generales, pese a constituir el centro de atención la colisión de deberes), COCA VILA, *La colisión de deberes en Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2016, pp. 112-128.

(109) Cfr. STERNBERG-LIEBEN, D., «Vorbermerkungen zu den §§ 32 ff.», en SCHÖNKE, A/SCHRÖDER, H., *Strafgesetzbuch Kommentar*, 30.<sup>a</sup> ed., C. H. Beck, Múnich, 2019, núm. 10; una descripción de esta distinción entre derechos de intervención y meras facultades de actuación o autorizaciones para actuar, en referencia expresa a la tesis de LENCKNER, en RENZIKOWSKI, J., *Notstand und Notwehr*, Duncker & Humblot, Berlín, 1994, pp. 176-177. Este autor se muestra contrario, sin embargo, a la solución de LENCKNER consistente en otorgar la posibilidad de actuar en estado de necesidad a los afectados por la conducta a la que se anuda la facultad de actuación. A su juicio, tanto la facultad de actuación como el permiso o derecho de intervención generan un correlativo deber de tolerancia. Siendo así, considera más acertada una solución como la de la exclusión del injusto de GÜNTHER, que hace posible la legítima defensa al afectado, al no declararse la conformidad a Derecho del hecho.

concurrer lo que denomina causas de exclusión de la tipicidad penal, que contrapone, desde una concepción del tipo como tipo total de injusto, a las causas de justificación genuinas o causas de exclusión del injusto penal de Günther (aun reconociendo las similitudes entre ambos planteamientos)(110). Puesto que, a su juicio, solamente las agresiones penalmente típicas constituyen una agresión ilegítima(111), si concurre una de las causas de exclusión de la tipicidad penal, la legítima defensa está descartada (como ocurre ante las conductas justificadas), con lo que cabe únicamente actuar en estado de necesidad contra la fuente de peligro, en tanto en cuanto la conducta sigue siendo anti-jurídica para el resto del ordenamiento jurídico(112). Por otro lado, también descartaría la legítima defensa, permitiendo recurrir al estado de necesidad defensivo, en caso de concurrir una causa de justificación de la acción, subsistiendo el desvalor del resultado(113). En tales casos, no podría hablarse de agresión *ilegítima*, pero sí de la producción de un *mal* contra el que puede defenderse el afectado. Podría afirmarse únicamente, pues, la existencia de una «autorización o permisión de la acción», esto es, «un simple derecho a actuar, pero no a causar el resultado desvalorado»(114). También Gimbernat plantea una distin-

(110) LUZÓN PEÑA, D. M., *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, 3.<sup>a</sup> ed., 2016, nm. 13/59, 20/1-39. LUZÓN PEÑA, partidario de una noción de tipo como tipo total de injusto, distingue entre una primera clase de causas de atipicidad, que se basan en la inexistencia siquiera de un indicio de antijuridicidad, incluso extrapenal, y una segunda clase, que dan cuenta de la falta de gravedad de la conducta como para considerarla jurídico-penalmente relevante, pese a que «formalmente encaja en la descripción legal y materialmente sí que afecta de un modo jurídicamente no irrelevante a bienes jurídicos, por lo que en principio parece que concurre el tipo estricto, indiciario de la antijuridicidad». Aquí se prefiere una denominación como la empleada por GÜNTHER (causa de exclusión del injusto penal), aunque se rechaza que pueda hablarse de causas de justificación genuinas o no genuinas (el término *justificación* no puede designar la mera exclusión de la antijuridicidad penal, siendo que la conducta será, en la mayoría de los casos, antijurídica para otro sector del ordenamiento), o la que LAGODNY (véase núm. 56) utiliza en referencia a la propuesta de GÜNTHER (causa de exclusión del merecimiento de pena). Dicha preferencia se sostiene en tanto en cuanto se estaría aquí en un nivel valorativo muy distinto al de la tipicidad. Se trata, en este punto, de encontrar razones en torno a la causa de justificación de ejercicio de un derecho que permitan entender que el indicio de antijuridicidad penal puede compensarse, sin perjuicio de que la conducta siga siendo antijurídica para otro sector del ordenamiento.

(111) LUZÓN PEÑA D. M., *op. cit.*, 2016, nm. 23/28 ss.

(112) LUZÓN PEÑA, D. M., *op. cit.*, 2016, nm. 20/38-39.

(113) LUZÓN PEÑA, D. M., *op. cit.*, 2016, nm. 21/18 ss.

(114) LUZÓN PEÑA, D. M., *op. cit.*, 2016, nm. 21/21. Como ejemplo, refiere el autor el caso fortuito (además de otras circunstancias, como la de «error objetivamente invencible»), respecto del que no puede afirmarse que quien ocasiona el mal tenga un derecho a lesionar con el correlativo deber de tolerancia (que él denomina «deber de abstención») del afectado, pese a que no hay desvalor de acción.

ción similar (condicionada por su defensa de la tesis unitaria del estado de necesidad). A su juicio, ante las conductas amparadas por causas de justificación que conllevan una valoración positiva (entre las que incluye la legítima defensa) no cabe legítima defensa ni estado de necesidad. En cambio, si la causa de justificación cuyo supuesto de hecho concurre no trae causa de dicha valoración positiva (como ocurriría, a su parecer, en el caso del estado de necesidad por conflicto entre bienes equivalentes), cabe estado de necesidad(115).

Sin embargo, si recurriendo a la categoría de la exclusión del injusto penal de Günther se niega que la conducta sea penalmente antijurídica pese a que continúa siendo antijurídica para otro sector del ordenamiento difícilmente podrá, entonces, asignarse a quien la lleve a cabo una facultad de actuar. En realidad, ni siquiera se está afirmando un deber del Estado de tolerar la conducta, sino que solamente se niega la relevancia jurídico-penal de ésta(116). Tampoco encaja la exclusión del injusto penal en estos casos en la estructura de la causa de justificación solo de la acción ni en ninguno de los ejemplos que refiere Luzón Peña al respecto. Por último, no puede verse un claro paralelismo con el caso que plantea Gimbernat, en tanto en cuanto el ejercicio excesivo de un derecho fundamental está excluido, por completo (pese a su evidente proximidad), del supuesto que refiere el artículo 20.7 CP. La única vía posible entre las mencionadas sería la interpretación restrictiva del elemento de ilegitimidad del requisito de la legítima defensa de que concurra agresión ilegítima. Sin embargo, Luzón Peña parte de que lo que aquí se denomina causa de exclusión del injusto es, en realidad, una clase de causa de atipicidad (desde su concepción del tipo como tipo total de injusto), por lo que tampoco resultaría viable esta solución. Tampoco es viable esta opción atendiendo al planteamiento de Baldó Lavilla, que defendía una interpretación restrictiva del referido elemento que le llevaba a sostener que «la facultad de defensa presupone una agresión penalmente antijurídica». No obstante, matizaba que «[d]eberá entenderse por agresión, aquélla que, no estando amparada por una causa de justificación del catálogo del Código Penal o de otro de cualquier sector del Ordena-

---

(115) GIMBERNAT ORDEIG, E., «El estado de necesidad: un problema de antijuridicidad», en EL MISMO, *Estudios de Derecho penal*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 1981, p. 169.

(116) La subsunción de unos hechos en la causa de exclusión del injusto que constituiría el ejercicio excesivo del derecho de reunión y manifestación implicaría, en la mayoría de los casos, que tales hechos se subsumieran, asimismo, en el tipo de alguna de las infracciones administrativas que prevé la LO 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, para los excesos en el transcurso de manifestación públicas (incluida la ocupación de inmuebles como forma de acción de protesta, prevista en el artículo 37.7).

miento Jurídico, ponga en un peligro típico un bien jurídico-penal de forma objetiva y subjetivamente imputable a su autor»(117). En resumen, si la tipicidad resulta suficiente para constituir una agresión ilegítima, la concurrencia de una causa de exclusión del injusto penal no obstaría a que el afectado pudiera actuar en legítima defensa. Podría recurrirse, finalmente, a la doctrina de las restricciones ético-sociales de la legítima defensa(118), que podrían fundamentarse con arreglo al principio de solidaridad, pero que, en todo caso, solo pueden aceptarse si se emplean argumentos de carácter jurídico a tal fin(119). Esta opción, *a priori*, resulta preferible, por cuanto, como acertadamente apunta Rönnau, permitir la legítima defensa en tales casos puede llevar a una escalada de violencia que comporte «graves alteraciones de la paz jurídica»(120).

Frente a las soluciones referidas, resulta de especial interés la propuesta de Roxin, consistente en excluir la responsabilidad penal (*strafrechtlicher Verantwortlichkeit*) por falta de necesidad de pena. Refiriéndose, concretamente, a los supuestos de desobediencia civil(121), considera que puede excluirse la responsabilidad penal en

(117) BALDÓ LAVILLA, F., *Estado de necesidad y legítima defensa: un estudio sobre las «situaciones de necesidad» de las que derivan facultades y deberes de salvaguarda*, J. M. Bosch, Barcelona, 1994, pp. 278-279.

(118) Un resumen de los antecedentes históricos y del desarrollo doctrinal de las denominadas restricciones ético-sociales de la legítima defensa puede verse en RÖNNAU, T., «Grundwissen-Strafrecht: “Sozialethische” Einschränkungen der Notwehr», *JuS*, 2012, pp. 404-407; Crítico con el modo en que se ha articulado por parte de la doctrina la introducción de las denominadas restricciones ético-sociales de la legítima defensa, aunque admitiéndolas a través del recurso a la interpretación restrictiva del elemento de ilegitimidad de la agresión y del elemento de la necesidad racional del medio empleado, LUZÓN PEÑA, D. M., *op. cit.*, 2016, nm. 23/76 ss.

(119) Admitiendo tales restricciones, aunque destacando su necesario carácter excepcional, KÜHL, K., *op. cit.*, 2012, p. 194; también, BALDÓ LAVILLA, F., *op. cit.*, 1994, pp. 66, 77, 323; JAKOBS, G., *op. cit.*, 2.ª ed., 1991, p. 401; PALERMO, O., *La legítima defensa: una revisión normativista*, Atelier, Barcelona, 2006, pp. 341 ss.; al respecto, ampliamente, IGLESIAS RÍO, M. A., *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa. Consideración especial a las restricciones ético-sociales*, Comares, Granada, 1999, *passim*. Esta cuestión, sin embargo, debe quedar al margen por el momento, puesto que no es posible un mayor desarrollo en el marco de este trabajo.

(120) RÖNNAU, T., *op. cit.*, p. 24, nm. 26.

(121) Hace referencia ROXIN, en realidad, a los casos de desobediencia civil indirecta, esto es, a las acciones que no infringen la norma contra la que se protesta. Sobre esta, véase COHEN, C., «Civil Disobedience in a Constitutional Democracy», *The Massachusetts Review*, vol. 10, 1969, pp. 224-226: «It will be worth commenting, briefly and in conclusion, on what Gandhi called “offensive”, and others have called “indirect”, disobedience. For in this type of disobedience the dissenter violates laws (usually traffic laws or the laws of trespass) that he finds unobjectionable in themselves in order to protest still other laws, policies or orders that he thinks immoral and even wicked».



virtud del artículo 8 de la Ley Fundamental de Bonn, siempre que la acción de protesta cumpliera con ciertos requisitos. A su juicio, la culpabilidad de quien toma parte en la acción de protesta que sobrepasa los límites del artículo 8 GG se ve reducida doblemente. En primer lugar, el injusto se encuentra en el límite inferior de lo penalmente relevante por la insignificancia de la conducta y por la cercanía de esta a un derecho fundamental, por lo que lo mismo puede decirse de la culpabilidad que le corresponde. Y, en segundo lugar, la reprochabilidad de la conducta es mínima, por cuanto el autor la dirige al objetivo de contribuir al bien común. Esta doble disminución de la culpabilidad, aduce Roxin, debe llevar a la exclusión de la responsabilidad penal cuando no se opongan a ello razones preventivas, siempre que concurren una serie de circunstancias que denoten el carácter pacífico y acorde con la democracia constitucional de la acción de protesta: 1) Que la protesta se refiera a cuestiones existenciales que afecten a la generalidad de la población; 2) que el autor actúe por interés en el bien común; 3) que la norma infringida guarde relación con el destinatario de la acción de protesta; 4) que los manifestantes estén comprometidos con la democracia parlamentaria; 5) que se evite toda forma de violencia y resistencia a los agentes de policía; 6) que la afectación de los derechos de terceros sea mínima<sup>(122)</sup>. Ciertamente, si se atiende a que la solución de Günther mantiene la posibilidad de que los afectados por la conducta ejerzan la legítima defensa, podría objetársele a su tesis que la propuesta de Roxin soluciona, asimismo, el problema, sin necesidad de introducir la nueva categoría de la exclusión del injusto penal. Sin embargo, si la inaplicación de la norma de sanción, en términos de teoría de las normas, se debe a la ausencia de merecimiento de pena en este caso concreto, la solución que plantea Roxin, de carácter preventivo y centrada, pues, en la ausencia de necesidad de pena, no resulta adecuada. No se trata aquí de que, al tratarse de una protesta que no comunica contrariedad a la democracia parlamentaria deba negarse la necesidad de pena, sino de que la conducta de los manifestantes, en primer lugar, no merece pena. Las conductas que constituyen el ejercicio del derecho de manifestación (debidamente especificado) no es solo que no merezcan pena, sino

---

Acogiendo la terminología de COHEN, ARENDT, H., «Civil Disobedience», en LA MISMA, *Crises of the Republic*, Harcourt Brace Jovanovich, Nueva York, 1972, p. 56. Tomando, como puede leerse en núm. 19 y 20, la definición que hace ARENDT de la desobediencia civil y la glosa de COHEN, de quien toma el concepto de desobediencia civil indirecta, RAWLS, J., *Teoría de la justicia*, 2.ª ed., FCEE, México, 2014, p. 332: «no se requiere que el acto civilmente desobediente viole la misma ley contra la que está protestando».

(122) ROXIN, C/GRECO, L., *AT*, 5.ª ed., C. H. Beck, Múnich, 2020, p. 1141.

que no son contrarias a Derecho en modo alguno. En cambio, las conductas próximas al ejercicio del derecho de manifestación son contrarias a Derecho, pero este extremo no prejuzga que merezcan pena. Para dilucidar esta cuestión, a mi juicio, deben construirse grupos de casos que permitan identificar los elementos cuya concurrencia da lugar a la exclusión del injusto penal. No basta con señalar la proximidad de la conducta al ejercicio de un derecho o la insignificancia del exceso, sino que debe identificarse el elemento cuya ausencia impide hablar del ejercicio de un derecho y, a su vez, identificar qué otros elementos concurrentes permiten entender compensado el merecimiento de pena residual (que proviene de la afectación del bien jurídico protegido que implica la tipicidad de la conducta). En el caso del derecho de protesta (ya sea por la vía del 20.7 CP o por la del 20.5 CP si puede afirmarse una verdadera situación de necesidad), tendría que valorarse, por ejemplo, qué bienes jurídicos han sido afectados y con qué intensidad, el papel que cumplen a este respecto los fines de la protesta o si la acción de protesta trae causa del incumplimiento de un deber por parte del Estado(123).

## 2. La falta de capacidad de rendimiento del método ponderativo respecto de los casos de exceso en el ejercicio de un derecho fundamental

Con arreglo a lo expuesto, puede partirse de que resulta razonable excluir el merecimiento de pena de las conductas que se encuentran

---

(123) A este respecto puede ser de gran utilidad el desarrollo teórico de la justificación (moral) de la desobediencia civil. Exigiendo que la acción de protesta, para poder ser justificada, tenga como premisa el respeto de la autonomía, la igualdad y la dignidad, FRANKENBERG, G., «Ziviler Ungehorsam und Rechtsstaatliche Demokratie», *JuristenZeitung*, (6), 1984, pp. 266-275; señalando como requisito imprescindible para la justificación de la desobediencia civil que no se instrumentalice a terceros, HEFENDEHL, R./HOHMANN, O., «STGB § 240 Nötigung», en Joecks, W/Miebach, K. (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. IV, C. H. Beck, Múnich, 2017, Rn. 139-147; Excluyendo la justificación de la desobediencia civil que no se dirige a la consecución del bien común, véase ARENDT, H., *op. cit.*, 1972, p. 76, que argumentaba que una de las diferencias entre el desobediente civil y el criminal está en que el primero actúa en nombre y beneficio del colectivo, no de su propio interés; similar, HABERMAS, J., «Ziviler Ungehorsam-Testfall für den demokratischen Rechtsstaat. Wider den autoritären Legalismus in der Bundesrepublik», en GLOTZ (ed.), *Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1983, p. 35; Negando la justificación de la desobediencia civil que, pese a proclamarse pacífica o no violenta, lo que hace es «enmascarar la amenaza, la presión o la coacción que excluye y niega al “otro”», GARCÍA INDA, A., «Las raíces de la protesta. Algunas lecciones de Catonsville, 50 años después», *Revista de Fomento Social*, 73/3-4, 2018, p. 515.

tan próximas al ámbito de protección de un derecho fundamental que la mera atenuación de la pena no bastaría. Como se ha expuesto, la teoría conflictivista de los derechos concibe las normas que reconocen derechos fundamentales como mandatos de optimización. Este punto de partida lleva a promover su realización en la mayor medida posible, pero esa tendencia hace imposible evitar la colisión entre los diversos principios derivados del texto constitucional, por lo que debe resolverse la incompatibilidad entre estas normas *prima facie* mediante la ponderación(124). Ugartemendía Eceizabarrena, que afirma que la «técnica de la ponderación de intereses en conflicto» debe ser la que determine «qué interés debe prevalecer» en estos casos, entiende que, de preponderar el ejercicio del derecho alegado, la conducta constituirá un ejercicio legítimo del derecho en cuestión. Si, por el contrario, prepondera el «interés protegido por la norma penal», estaríamos frente al ejercicio de un derecho que debe considerarse «ilegítimo y por tanto antijurídico»(125), sin perjuicio de que, con arreglo al principio de proporcionalidad, pueda aplicarse la eximente incompleta del artículo 21.1 CP(126). El principal problema que plantea la ponderación de derechos fundamentales en el ámbito del Derecho penal es que la conducta de quien ejerce un derecho que no prepondera sobre otro, con el que presuntamente colisiona, no equivale, necesariamente, a una conducta merecedora de pena. A esto le sigue, además, que la ponderación tampoco ayuda a conocer si el ejercicio de un derecho que no prepondera merece la atenuación prevista para la eximente incompleta. Siendo así, puede concluirse que el juicio de ponderación no ofrece criterio alguno para saber si la referida conducta es merecedora de la pena que el juez penal determine correcta dentro del marco penal abstracto, si procede rebajar ésta en uno o dos grados por aplicación de la eximente incompleta o si, de aceptarse la exclusión del injusto penal, es antijurídica, aunque no merecedora de pena. Es por esta razón por la que Ugartemendía Eceizabarrena recurre al principio de proporcionalidad para aclarar que, de no preponderar el ejercicio del derecho por parte del sujeto activo, podría aplicarse la eximente incompleta. Sin embargo, el principio de proporcionalidad, sin ulteriores matices, no aporta nada. Que deba buscarse cierta proporción entre el ataque al bien jurídico protegido y la magnitud de la sanción no nos dice qué elementos son relevantes a fin de realizar el juicio de

---

(124) BERNAL PULIDO, C., «Estructura y límites de la ponderación», *Doxa*, (23), 2003, p. 226.

(125) UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, J. I., *op. cit.*, 2002, p. 16; EL MISMO, *op. cit.*, 2003, pp. 74, 150, 170, 174.

(126) UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, J. I., *op. cit.*, 2002, p. 16.

proporcionalidad ni qué valoración merece cada uno de ellos. En realidad, puede aquí reproducirse la crítica realizada por parte de la doctrina a la fundamentación de la teoría de la justificación basada en la ponderación de intereses en conflicto como principio rector(127), y es que, como expuso Baldó Lavilla, que consideraba acertada la objeción de formalismo realizada al principio de ponderación de intereses, este principio constituye únicamente un «instrumento “analítico” o “metodológico” –o, si se quiere, “matemático”», que «[r]esponde a la cuestión de cuándo una lesión o puesta en peligro de un interés jurídico-penalmente protegido debe considerarse justificada por la existencia de intereses preponderantes», pero que nada dice sobre «por qué debe prevalecer uno u otro», pregunta que requiere de «verdaderos principios “axiológicos”»(128).

La teoría especificacionista, por el contrario, obliga a dar cuenta de las razones de las que se infiere la existencia de un derecho(129). El proceso de especificación de los derechos permite identificar todos los elementos relevantes a efectos de subsumir una conducta en el ámbito del derecho que corresponda. Este proceso, por lo tanto, resulta de gran utilidad para resolver los casos de exceso en el ejercicio de un derecho, por cuanto a partir de la concurrencia parcial de los referidos elementos podemos subsumir la conducta bien en el ámbito de lo insignificante para el Derecho penal (cuando el desvalor de la tipicidad se vea compensado en gran medida), bien en el ámbito de la eximente incompleta o, incluso, ya en el espacio de las conductas típicas y plenamente antijurídicas (aquí se incluirían los casos que los partidarios de la teoría infraccionista denominarían de *abuso de derecho*).

---

(127) Sobre dicho principio como principio rector de la justificación penal, entre otros, LUZÓN PEÑA, D. M., *op. cit.* 2016, nm. 21/3; afirmando que la eximente de ejercicio de un derecho también se fundamenta en una ponderación de intereses, EL MISMO, «Ejercicio legítimo de derecho. Cuestiones generales», en NIETO MARTÍN et al. (eds.), *Libro Homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero. Un derecho penal humanista*, vol. I, BOE, Madrid, pp. 364-365.

(128) BALDÓ LAVILLA, F., *op. cit.*, 1994, pp. 40 ss.

(129) WEBBER, G., *op. cit.*, 2009. Muy claro al respecto, siguiendo a FINNIS, en p. 135: «It would seem, following Finnis, that the only way to specify the meaning of “right” in some claim of right ... will be to appeal to some principles which are pertinent in moral discourse but which are not expressed in terms of “rights”. These “principles” must be more basic than rights given that rights will be the conclusions to practical reasoning about how to specify the claim that “P has a right to  $\phi$ ”. Those underlying reasons (or principles) will serve as the justifications for rights. Rights will enter the stage only following, perhaps only as, “the final interaction of relevant practical reasons”».

#### IV. CONCLUSIÓN

El presente trabajo ha dado cuenta de lo inadecuado que resulta el modelo conflictivista de los derechos para la configuración del ejercicio de derechos fundamentales como causas de justificación y como causa de exclusión del injusto penal. Si bien puede salvarse la congruencia sistemática de justificar una conducta típica por el ejercicio de un derecho fundamental recurriendo a cualquiera de los dos modelos contrapuestos, esta elección lleva a resultados muy distintos al resolver tales supuestos. La adhesión al modelo conflictivista lleva a despojar a la afirmación del ejercicio de un derecho de la asignación de una posición jurídica efectiva (el ejercicio de un derecho no comporta un deber correlativo, pudiendo resultar antijurídico e, incluso, merecedor de pena), con lo que la reduce a la afirmación de un interés que debe ser ponderado con otro interés contrapuesto. Esta forma de resolver el caso desatiende las razones que otorgan fuerza normativa a un derecho e imposibilita establecer un punto de referencia respecto del que analizar si la conducta que no constituye el ejercicio legítimo de un derecho merece y necesita pena (esto es, hace imposible que la decisión sobre la (in)aplicación de la norma de sanción tenga como referencia el ámbito de protección definitivo del derecho correspondiente). La complejidad de su estructura tampoco favorece su correcta utilización por parte de la jurisprudencia, que acaba recurriendo a la metáfora del peso para resolver el caso sin explicitar su razonamiento.

Por el contrario, el modelo especificacionista de los derechos resulta coherente con una teoría de las normas que asigna deberes de tolerancia correlativos al ejercicio de derechos (colisionan, pues, únicamente las pretensiones de ejercer un derecho). Además, hace explícito su razonamiento, por lo que las razones que, junto con la consideración del contexto en que se producen los hechos, llevan a una determinada solución pueden ser controladas con arreglo a parámetros de racionalidad. El referido modelo hace posible contar con un marco de referencia (un ámbito de protección del derecho en cuestión) a partir del que concluir si se ha infringido o no la norma de conducta y si, infringida ésta, puede afirmarse el merecimiento y la necesidad de pena. En definitiva, en la teoría coherentista o especificacionista de los derechos puede encontrarse una vía adecuada para articular un tratamiento dogmático riguroso de los casos en que la pretensión de ejercer un derecho fundamental puede tener relevancia jurídico-penal.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- ALPACA PÉREZ, A., «Consideraciones sobre normas, derechos y deberes en el injusto penal», *InDret*, (1), 2022, pp. 265-306.
- AMAYA, A., «Virtudes, argumentación jurídica y ética judicial», *Diánoia*, vol. LVI, (67), 2011, pp. 135-142.
- APPEL, I., *Verfassung und Strafe. Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Strafens*, Duncker & Humblot, Berlín, 1998.
- ARENDRT, H., «Civil Disobedience», en ídem, *Crises of the Republic*, Harcourt Brace Jovanovich, Nueva York, 1972.
- STO. TOMÁS DE AQUINO, Suma Teológica, Parte I-II, Cuestión 95, Artículo 2.
- BALDÓ LAVILLA, F., *Estado de necesidad y legítima defensa: un estudio sobre las «situaciones de necesidad» de las que derivan facultades y deberes de salvaguarda*, J. M. Bosch, Barcelona, 1994.
- BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3.<sup>a</sup> ed., CÉPyC, Madrid, 2007.
- «Estructura y límites de la ponderación», *Doxa*, (23), 2003, p. 226.
- BRAND, C./WINTER, M., «Grundrechte als strafrechtliche Rechtfertigungsgründe», *JuS*, (2), 2021, pp. 113-117.
- BÖNTE, M., «Ziviler Ungehorsam im Klimanotstand», *HRRS*, (4), 2021, pp. 164-172.
- BÖSE, M., «Die Glaubens- und Gewissensfreiheit im Rahmen der Strafgesetze (insbesondere § 34 StGB)», *ZStW*, (1), 2001, p. 42.
- CABRA APALATEGUI, J. M., «Derechos en el contexto post-positivista. Algunas paradojas de la concepción», *Diálogos jurídicos. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo*, (3), 2018.
- «Sobre la estructura y los límites de los derechos sociales», *Estudios de Deusto*, (1), 2018,
- COCA VILA, I., *La colisión de deberes en Derecho penal. Concepto y fundamentos de solución*, Atelier, Barcelona, 2016.
- COHEN, C., «Civil Disobedience in a Constitutional Democracy», *The Massachusetts Review*, vol. 10, 1969, pp. 224-226.
- COHEN, E. F./GOSH, C., *Citizenship*, Polity Press, Cambridge, 2019.
- COLOMER BEA, D., «La doctrina del efecto desaliento como punto de conexión entre el Derecho penal y los derechos fundamentales», *CEFD*, (41), 2019, p. 105.
- CONTRERAS AGUIRRE, S. A., «Ley natural, *determinatio* y derecho positivo. Lo indiferente y las determinaciones del legislador», *Veritas*, (25), 2011, pp. 39-54.
- CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), «Art. 20.7 CP», *Comentarios al Código Penal. Parte General*, Marcial Pons, Barcelona, 2011.
- CUERDA ARNAU, M. L., «Proporcionalidad penal y libertad de expresión: la función dogmática del efecto desaliento», *RGDP*, (8), 2007.

- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «La categoría de la antijuricidad en Derecho penal», en Mir Puig, S./Luzón Peña, D. M., (coords.), *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal*, Aranzadi, Pamplona, 1995.
- EDMUNDSON, W. A., *An Introduction to Rights*, 2.<sup>a</sup>ed., Cambridge University Press, Nueva York, 2012
- ENGLÄNDER, A., «Vorbemerkung zu den §§ 32 ff.», en MATT, H./RENNIKOWSKI, J., *StGB*, Franz Vahlen, Múnich, 2013.
- FERNÁNDEZ NÚÑEZ, M., «La ponderación: análisis de la situación del debate en España», *Doxa*, (40), 2017, pp. 355-384.
- FERNÁNDEZ PERALES, F., «La relevancia jurídico-penal del exceso en el ejercicio de derechos fundamentales en el caso “Aturem el Parlament”. Comentario a la STC 133/2021, de 24 de junio», *InDret*, (4), 2021.
- FINNIS, J., *Natural Law & Natural Rights*, 2.<sup>a</sup> ed., Oxford University Press, Oxford, 2011.
- *Aquinas. Moral, Political, and Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 1998.
- FRANKENBERG, G., «Ziviler Ungehorsam und Rechtsstaatliche Demokratie», *JuristenZeitung*, (6), 1984, pp. 266-275.
- GARCÍA AMADO, J. A., «Los derechos: sus clases y relaciones», en EL MISMO/SENDÍN MATEOS (dirs.), *Argumentación jurídica y conflictos de derechos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- «Sobre ponderaciones y penas: a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Penal) 161/2015, en el caso del asedio al Parlamento de Cataluña», en el mismo/Cuerda Arnau (dirs.), *Protección jurídica del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- GARCÍA INDA, A., «Las raíces de la protesta. Algunas lecciones de Catonsville, 50 años después», *Revista de Fomento Social*, 73/3-4, 2018.
- GARCÍA RUIZ, A., «Protesta democrática», *Eunomía*, (15), 2018, pp. 209-219.
- GIMBERNAT ORDEIG, E., «El estado de necesidad: un problema de antijuricidad», en EL MISMO, *Estudios de Derecho penal*, 2.<sup>a</sup> ed., Civitas, Madrid, 1981.
- GONZÁLEZ COLLANTES, T., «El poder punitivo ante el ejercicio, los excesos y la desnaturalización del derecho de reunión y manifestación (a propósito de las acciones de Tsunami Democràtic)», *Revista General de Derecho penal*, (33), 2020.
- GÜNTHER, H. L., «La clasificación de las causas de justificación en Derecho penal», en Mir Puig, S./Luzón Peña, D. M., (coords.), *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal*, Aranzadi, Pamplona, 1995, pp. 45-65.
- «Klassifikation der Rechtfertigungsgründe im Strafrecht», en SEEBODE (ed.), *Festschrift für Günter Spendel zum 70. Geburtstag am 11. Juli 1992*, De Gruyter, Berlín, 1992, pp. 189-202.
- «Verwerflichkeit von Nötigungen trotz Rechtfertigungsnähe? Zugleich ein Beitrag zur Sitzblockadeproblematik», en Arzt et al. (eds.), *Festschrift für Jürgen Baumann*, Giesecking, Bielefeld, 1992, pp. 213-226.

- *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß. Studien zur Rechtswidrigkeit als Straftatmerkmal und zur Funktion der Rechtfertigungsgründe im Strafrecht*, Heymanns, Colonia, 1983.
- HABERMAS, J., «Ziviler Ungehorsam-Testfall für den demokratischen Rechtsstaat. Wider den autoritären Legalismus in der Bundesrepublik», en GLOTZ, P., (ed.), *Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1983.
- HEFENDEHL, R./HOHMANN, O., «StGB § 240 Nötigung», en JOECKS, W./MIEBACH, K. (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. IV, C. H. Beck, Múnich, 2017, Rn. 139-147
- HOHFELD, W. N., *Fundamental Legal Conceptions. As Applied in Judicial Reasoning. And Other Legal Essays*, Yale University Press, 1919.
- IGLESIAS/CARMONA/TOMÁS-VALIENTE/SÁNCHEZ, «Artículo 20», en Gómez Tomillo, M. (dir.), *Comentarios prácticos al Código Penal*, t. I., Aranzadi, Pamplona, 2015.
- IGLESIAS RÍO, M. A., *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa. Consideración especial a las restricciones ético-sociales*, Comares, Granada, 1999.
- JAKOBS, G., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, De Gruyter, Berlín, 1991.
- KERN, E., «Grade der Rechtswidrigkeit», *ZStW*, 1952, pp. 255-291.
- KÜHL, K., «Vor § 32», en Lackner, K./Kühl, K., *StGB*, 29.<sup>a</sup> ed., C. H. Beck, Múnich, 2018, núm. 28.
- *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 7.<sup>a</sup> ed., Vahlen, Múnich, 2012.
- LAGODNY, O., *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, Mohr Siebeck, Tubinga, 1996.
- LLANQUE, M., «Republikanismus», en Fuchs, D/Roller, E. (eds.), *Lexikon Politik. Hundert Grundbegriffe*, Reclam, Leipzig, 2009.
- LUZÓN PEÑA, D. M., «Ejercicio legítimo de derecho. Cuestiones generales», en Nieto Martín *et al.* (eds.), *Libro Homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero. Un derecho penal humanista*, vol. I, BOE, Madrid, pp. 355-372.
- *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, 3.<sup>a</sup> ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- MALDONADO MUÑOZ, M., *Derechos y conflictos. Conflictivismo y anticonflictivismo en torno a los derechos fundamentales*, Marcial Pons, Barcelona, 2021.
- «Conflictivismo y anti-conflictivismo en los derechos fundamentales», *Revista Jurídica de la universidad de Palermo*, (1), 2019, pp. 37-78.
- MARTÍN LORENZO, M., «Derechos fundamentales y sanción penal: Una cuestión del derecho sustantivo y del derecho a la legalidad penal», en Pérez Manzano *et al.* (coords.), *Estudios en homenaje a la profesora Susana Huerta Tocildo*, UCM, Madrid, 2020.
- MARTÍNEZ ZORRILLA, D., «Alternativas a la ponderación. El modelo de Susan L. Hurley», *Revista Española de Derecho Constitucional*, (86), 2009.
- MESTRE DELGADO, E., *La exigente de ejercicio legítimo de un derecho y las causas supralegales de justificación penal*, Edisofer, Madrid, 2001.



- MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, 10.<sup>a</sup> ed., Reppertor, Barcelona, 2016.
- MORALES PRATS, F., «Art. 20.7.<sup>o</sup>», en QUINTERO OLIVARES, G./EL MISMO (coords.), *Comentarios al Código Penal Español*, Aranzadi, Cizur Menor, t. I., 6.<sup>a</sup> ed., 2011.
- MORESO, J. J., «Ways of Solving Conflicts of Constitutional Rights: Proportionality and Specificationism», *Ratio Juris*, vol. 25, (1), 2012.
- *La Constitución: modelo para armar*, Marcial Pons, Barcelona, 2009.
- MÜNKLER, H./STRASSENBERGER, G., *Politische Theorie und Ideengeschichte. Eine Einführung*, 2.<sup>a</sup> ed., C. H. Beck, Múnich, 2020.
- MUÑOZ ARANGUREN, A., «Abuso del derecho y ponderación de derechos», *Doxa*, (41), 2018, pp. 35-48.
- OBERDIEK, J., «What's Wrong with Infringements (insofar as infringements are not wrong): A Reply», *Law and Philosophy*, (27), 2008, pp. 293-307.
- «Lost in Moral Space: On the Infringing/Violating Distinction and its Place in the Theory of Rights», *Law and Philosophy*, vol. 23, (4), 2004, pp. 325-346.
- OLMEDO CARDENETE, M. D., «Artículo 20.7», en COBO DEL ROSAL, M., (dir.), *Comentarios al Código Penal*, t. II., Edersa, Madrid, 1999.
- PALERMO, O., *La legítima defensa: una revisión normativista*, Atelier, Barcelona, 2006.
- PAEFFGEN, H./ZABEL, B., «Vorbemerkungen zu §§ 32 ff», en Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (eds.), *Strafgesetzbuch*, Nomos, Baden-Baden, 5.<sup>a</sup> ed., 2017.
- PÉREZ DEL VALLE, C., *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*, Dykinson, Madrid, 2019.
- PERRON, W., «Principios estructurales de la justificación en los Derechos penales español y alemán», en Mir Puig/Luzón Peña, (coords.), *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal*, Aranzadi, Pamplona, 1995.
- PRESNO LINERA, M. A., «Una crítica al uso de la teoría de la ponderación en los conflictos (aparentes) entre derechos fundamentales», en *Liber amicorum. Homenaje al profesor Luis Martínez Roldán*, Ediciones de la Universidad de Oviedo, Oviedo, 2016, pp. 575-587.
- RAWLS, J., *Teoría de la justicia*, 2.<sup>a</sup> ed., FCEE, México, 2014.
- REICHERT-HAMMER, H., *Politische Fernziele und Unrecht: ein Beitrag zur Lehre von der Strafrechtswidrigkeit unter besonderer Berücksichtigung der Verwerflichkeitsklausel des § 240 Abs. 2 StGB*, Duncker & Humblot, Berlín, 1991.
- RENIKOWSKI, J., *Notstand und Notwehr*, Duncker & Humblot, Berlín, 1994.
- ROBLES PLANAS, R., *Teoría de las normas y sistema del delito*, Atelier, Barcelona, 2021.
- «La tiranía de la proporcionalidad», en Chinguel Rivera, I/García Cavero, P. (coords.), *Derecho penal y persona. Libro homenaje al Prof. Dr. H. C. Mult. Jesús María Silva Sánchez*, Ideas, Lima, 2019, pp. 117-134.

- *Estudios de dogmática jurídico-penal. Fundamentos, teoría del delito y Derecho penal económico*, BdF, Buenos Aires, 2014.
- RÖNNAU, T., «Vorbemerkungen – Vor §§ 32 ff», *LK*, 13.<sup>a</sup> ed., De Gruyter, Leipzig, 2019.
- «Grundwissen-Strafrecht: “Sozialethische” Einschränkungen der Notwehr», *JuS*, 2012, pp. 404-407.
- ROSENAU, H., «Vor §§ 32 ff.», en SATZGER, H/SCHLUCKEBIER, W/WIDMAIER, G., *StGB Kommentar*, 2.<sup>a</sup> ed., Heymanns, Colonia, 2009.
- ROXIN, C., «Strafrechtliche Bemerkungen zum zivilen Ungehorsam», en ALBRECHT, P. A., (ed.), *Festschrift für Horst Schüler-Springorum zum 65. Geburtstag*, Heymanns, Colonia, 1993.
- ROXIN, C./GRECO, L., *Strafrecht Allgemeiner Teil. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, t. 1, 5.<sup>a</sup> ed., C. H. Beck, Múnich, 2020.
- RUCHT, D., «The Spread of Protest Politics», en DALTON, R/KLINGEMANN, H. D., (eds.), *The Oxford Handbook of Political Behavior*, Oxford University Press, Oxford, 2007.
- SCHMIDT, H. C., «Grundrechte als selbständige Strafbefreiungsgründe», *ZStW*, vol. 121, (3), 2009, pp. 645-670.
- *Grundrechte als verfassungsunmittelbare Strafbefreiungsgründe. Zu Methode und Praxis der Verfassungseinwirkung auf das materielle Strafrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2008.
- SCHLEHOFER, H., «Vorbemerkung zu § 32», *MK-StGB*, 4.<sup>a</sup> ed., C. H. Beck, Múnich, 2020.
- SHAFFER-LANDAU, R., «Specifying Absolute Rights», *Arizona Law Review*, (37), 1995, pp. 209-225.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M., «El hurto de alimentos caducados ante el Bundes-tag», *InDret*, (2), 2021.
- «Protesta», *InDret*, (3), 2019, p. 3
- *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2018.
- *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2.<sup>a</sup> ed., BdF, Buenos Aires-Montevideo, 2010.
- «Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia», *Discusiones*, (7), 2007, pp. 25-56.
- STERNBERG-LIEBEN, D., «Vorbemerkungen zu den §§ 32 ff.», en SCHÖNKE, A./SCHRÖDER, H., *Strafgesetzbuch Kommentar*, 30.<sup>a</sup> ed., C. H. Beck, Múnich, 2019.
- TIEDEMANN, K., *Verfassungsrecht und Strafrecht*, C. F. Müller, Heidelberg, 1990.
- THOMSON, J. J., «Some Ruminations on Rights», en PARENT (ed.), *Rights, Restitution, and Risk. Essays in Moral Theory*, Harvard University Press, Cambridge, 1986
- UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, J. I., *La eficacia justificante de los derechos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

- «La exigente de ejercicio legítimo de un derecho (20.7 CP). Algunas consideraciones desde una perspectiva constitucional», *R. V. A. P.*, (63), 2002.
- VELASCO, M., «Conflictos entre derechos y ponderación. Por qué los jueces no deberían abandonar la perspectiva deontológica», *Doxa*, (39), 2016.
- VIRGL, C., *Protest in der Weltgesellschaft*, Springer, Wiesbaden, 2011.
- VOLK, C., «Zwischen Entpolitisierung und Radikalisierung-Zur Theorie von Demokratie und Politik in Zeiten des Widerstands», *Politische Vierteljahresschrift*, vol. 54, (1), 2013, pp. 75-110.
- WEBBER, G., «On the Loss of Rights», en HUSCROFT, G., et al. (eds.), *Proportionality and the Rule of Law. Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014.
- *The Negotiable Constitution. On the Limitation of Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.
- WELLMAN, C. H., «On Conflicts between Rights», *Law and Philosophy*, vol. 14, (3/4), 1995, pp. 271-295.

Enfermedad mental y delito: José Ingenieros, lecturas  
y diálogos con la cultura de Córdoba (Argentina).  
El positivismo criminológico en los márgenes

JOSÉ DANIEL CESANO

Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho  
Buenos Aires

**RESUMEN**

*El presente trabajo tiene por objeto analizar el pensamiento criminológico de José Ingenieros en relación al delito y la enfermedad mental y las particularidades de su recepción por la cultura médica y jurídica de Córdoba (Argentina). Con este propósito se han consultado diversas fuentes representadas por obras de autores así como correspondencia entre Ingenieros y diversos representantes del espacio académico de Córdoba. Las particularidades de estos diálogos permiten ver los diversos matices que, en Argentina, asumió el positivismo criminológico.*

Palabras clave: *Criminología, positivismo criminológico, recepción.*

**ABSTRACT**

*The purpose of this paper is to analyze the criminological thought of José Ingenieros in relation to crime and mental illness and the particularities of its reception by the medical and legal culture of Córdoba (Argentina). For this purpose, various sources represented by works of authors have been consulted, as well as correspondence between Ingenieros and various representatives of the academic space of Córdoba. The particularities of these dialogues allow us to see the various nuances that, in Argentina, criminological positivism assumed.*

Keywords: *Criminology, criminological positivism, reception.*

SUMARIO: I. Introducción.–II. Enfermedad mental y delito en José Ingenieros. Algunas aproximaciones. 1. José Ingenieros y su experiencia como médico legal: El Servicio de Observación de Alienados. 2. Enfermedad mental y delito en el pensamiento de José Ingenieros.–III. Ingenieros y la cultura de Córdoba. 1. Introducción. 2. Lecturas entre médico legistas. 3. Lecturas entre juristas.–IV. Reflexiones conclusivas.–V. Bibliografía.

## I. INTRODUCCIÓN

Uno de los temas de recurrente interés que se observan en la agenda científica argentina de las primeras décadas del siglo pasado, estuvo representado por la cuestión de las relaciones entre la enfermedad mental y el delito; relaciones que se proyectaban sobre los contactos entre los saberes disciplinares que se ocupaban de éstos; especialmente entre la Criminología y la Ciencia del Derecho penal tal cual eran concebidas en ese espacio temporal. A indagar estos aspectos dedicamos este trabajo. Para lograr este cometido nos proponemos:

En primer lugar, realizar una *contextualización social* de algunos trabajos de José Ingenieros –vinculados con el delito y la enfermedad mental– relacionando para ello segmentos de vida y de experiencia de su autor con miras a reconstruir la existencia histórico-institucional de distintos espacios de sociabilidad a los que él mismo pertenecía; historiando sus redes de relaciones y la identificación de elecciones específicas en su sistema de pensamiento(1).

En segundo término también intentaremos visualizar el diálogo entre Ingenieros y algunos representantes de la cultura cordobesa; los más provenientes del ámbito de la medicina legal aunque también algunos vinculados con el quehacer jurídico. Así, hemos querido investigar cómo, determinados autores de la cultura interior, *leían* o *dialogaban* con Ingenieros. Por supuesto que, esta aproximación a las culturas interiores no implica descartar el análisis a nivel nacional a favor de una óptica puramente local o regional. De lo que se trata es de

---

(1) De acuerdo a la caracterización que realiza GRENDI, E., «¿Repensar la Microhistoria?», en Jacques Revel, *Juegos de escalas. Experiencias de microanálisis*, UNSAM EDITA, Buenos Aires, 2015, p. 275.

articular ambas perspectivas de análisis «integrando el contexto nacional con las dinámicas y tradiciones locales»(2).

## II. ENFERMEDAD MENTAL Y DELITO EN JOSÉ INGENIEROS. ALGUNAS APROXIMACIONES

### 1. José Ingenieros y su experiencia como médico legal: El Servicio de Observación de Alienados

Hacia 1899 José Ingenieros abandonó su militancia en el Partido Socialista, a cuya afiliación renunciará tres años más tarde. Por entonces, se produjo una firme y sostenida adscripción a nuevos espacios institucionales vinculados con las Enfermedades Nerviosas y la Medicina Legal, en el ámbito de la Facultad de Ciencias Médicas de la Universidad de Buenos Aires, en donde venía realizando sus estudios superiores, dedicándose a culminar su tesis doctoral. En junio de 1900 presentó, con ese propósito, una monografía titulada *Simulación de la locura por alienados verdaderos*(3). La misma fue solo un capítulo de otra obra que, a la sazón, se encontraba preparando y que fue editada en 1903 como *Simulación de la locura ante la Sociología Criminal y la Clínica Psiquiátrica, precedida por un estudio sobre la Simulación en la lucha por la vida en el orden biológico y social*(4).

¿Cuáles fueron los referentes en el espacio *académico y profesional* por el que hubo de transitar, por entonces, Ingenieros?

Dos fueron los profesores que gravitaron en su formación: José María Ramos Mejía, catedrático de Enfermedades Nerviosas y Francisco de Veyga, profesor de Medicina Legal(5).

Ramos Mejía se había doctorado en Medicina en 1879 con una tesis sobre *Apuntes clínicos sobre el traumatismo cerebral*; tema que

(2) Cfr. PLOTKIN, M. B., ZIMMERMANN, E., «Saberes de Estado en la Argentina, siglos XIX y XX», en Plotkin, M. B., Zimmermann, E. (compiladores), *Los saberes de Estado*, Edhasa, Buenos Aires, 2012, p. 16.

(3) BAGÚ, S., *Vida ejemplar de José Ingenieros. Juventud y plenitud*, Claridad, Buenos Aires, 1936, p. 63.

(4) Este libro fue merecedor, en 1904, del premio que otorgaba la Academia de Medicina, a través de la Facultad de Medicina porteña, al mejor trabajo publicado en el bienio 1902-1903, sobre medicina, cirugía o ciencias accesorias de aquella. Al respecto, cfr. BAGÚ, *Vida ejemplar...*, *op. cit.*, p. 84.

(5) TERÁN, O., *José Ingenieros: Pensar la Nación. Antología de textos*, Alianza, Buenos Aires, 1986, p. 35: «Simultáneamente dos de sus profesores de la Facultad de Medicina –José María Ramos Mejía y Francisco de Veyga– desempeñarán una reconocida influencia en la nueva etapa de Ingenieros (...)».

puso de manifiesto su temprana inclinación por el estudio de las enfermedades nerviosas y mentales(6). Un año antes había publicado *Neurosis de los hombres célebres en la historia argentina*. En 1887 fue nombrado titular de la cátedra de Enfermedades Nerviosas en la Facultad de Medicina de la Universidad de Buenos Aires. Por recomendación de de Veyga, y en atención a la vacancia producida, Ramos Mejía designó como Jefe de Clínica Médica de su cátedra a Ingenieros; cargo que éste desempeñó hasta 1905. Por su parte, Francisco de Veyga ocupó la titularidad de la Cátedra de Medicina Legal entre 1899-1911. Ingenieros fue su alumno y colaboró en varias iniciativas académicas que aquél le ofreciera(7). En este sentido, cuando de Veyga tomó la dirección de *La Semana Médica* convocó a Ingenieros para que colaborase: fue, en adelante, el cronista de las sesiones de la Sociedad Médica y un colaborador asiduo. Allí publicaría, el 10 de agosto de 1899, un comentario a un libro de Lombroso, bajo el título de *Etiología y terapéutica del delito*(8). Ante la desaparición de la revista *Criminología* –fundada por Pietro Gori y con la cual Ingenieros también colaboró(9)– de Veyga se decidió a conformar una nueva publicación periódica especializada, aun cuando con una mayor apertura temática. Sin embargo, en atención a que de Veyga debía ausentarse por un tiempo prolongado, llamó una vez más a Ingenieros para dejar en él la responsabilidad de su dirección. Así fue cómo se inicia-

(6) LOUDET, O. / LOUDET, O. E., *Historia de la Psiquiatría Argentina*, Troquel, Buenos Aires, 1971, pp. 107-108.

(7) BAGÚ, *Vida ejemplar...*, *op. cit.*, p. 59 señala: «Ingenieros fue en el curso el discípulo puntual y atento, que atisbaba su vocablo para prender en él un interrogante o ensayar, con su excusa, una hipótesis».

(8) BAGÚ, *Vida ejemplar...*, *op. cit.*, p. 60.

(9) Pietro Gori fue un jurista italiano, de filiación anarquista, que por razones políticas emigró a Argentina, en donde permaneció entre 1898 y 1902. Ingenieros colaboró en la revista *Criminología*, redactando reseñas bibliográficas y diversos artículos. Entre los artículos aparecidos en aquella publicación destaca «Criterios generales que orientan el estudio de los locos delincuentes», aparecido en febrero de 1900 y que, a la sazón, representaba el más enjundioso ensayo que había publicado sobre esta temática (BAGÚ, *Vida ejemplar...*, *op. cit.*, p. 61). Sobre las relaciones entre Ingenieros y Gori, cfr. CHAMI ROUVROY, T., MANULI, M., «La criminología de los revolucionarios. Los aportes de José Ingenieros y Pietro Gori en la formación del campo científico criminológico en la Argentina (1898-1916)», *Trabajadores. Ideologías y experiencias en el movimiento obrero. Revista de Historia*, año II, núm. 3, primer semestre de 2012, disponible en: [https://www.researchgate.net/publication/277807338\\_La\\_criminologia\\_de\\_los\\_revolucionarios\\_Los\\_aportes\\_de\\_Jose\\_Ingenieros\\_y\\_Pietro\\_Gori\\_en\\_la\\_formacion\\_del\\_campo\\_cientifico\\_criminologico\\_en\\_la\\_Argentina\\_1898-1916](https://www.researchgate.net/publication/277807338_La_criminologia_de_los_revolucionarios_Los_aportes_de_Jose_Ingenieros_y_Pietro_Gori_en_la_formacion_del_campo_cientifico_criminologico_en_la_Argentina_1898-1916) Accedido: 8/2/2016.

ron los *Archivos de Criminología, Medicina Legal y Psiquiatría*, cuyo primer número apareciera en enero de 1902(10).

Paralelamente a esta actividad académica, el joven Ingenieros desplegó una importante tarea profesional en diversos ámbitos.

Por una parte, bajo la dirección de Domingo Cabred, hizo una significativa experiencia en el *Hospicio de las Mercedes*.

Asimismo, y a propuesta del Director de la Penitenciaría Nacional, Antonio Ballvé, fue *Director del Instituto de Criminología*, entre 1907 y 1911(11).

En 1903 ingresó como Jefe de Clínica del *Servicio de Observación de Alienados de la Policía*, siendo designado, en enero de 1904, Director del *Servicio*, cargo que le cediera el propio de Veyga y que ocupó Ingenieros hasta 1911.

Detengámonos un instante en este espacio institucional.

En 1892 se habilitó el *Depósito de Contraventores*, en una antigua construcción, situada en la calle 24 de noviembre, de la ciudad de Buenos Aires. Es allí donde, el 24 de noviembre de 1902, por autorización del jefe de la policía, de Veyga instaló el *Servicio de Observación*. El Servicio «respondió al interés de estudiar la “mala vida” en las zonas marginales del espacio social urbano de Buenos Aires. La ciudad se había convertido desde esta perspectiva en un gran asilo donde se desarrollaban diversas formas de desviaciones sociales a las que el criminólogo estaba encargado de estudiar»(12). El universo de observados fueron «los personajes de la noche porteña, la gente de “mala vida”: “vagos”, “maricas”, prostitutas, “invertidos sexuales”, inmigrantes perdidos, borrachos, mendigos, “atorrantes”, pequeños delincuentes, “sospechosos”»,(13) en fin, una *clientela* captada por los mil quinientos policías de las patrullas que recorrían diariamente la ciudad.

---

(10) BAGÚ, *Vida ejemplar...*, *op. cit.*, p. 75.

(11) CAIMARI, L., «Psychiatrists, Criminals, and Bureaucrats. The production of scientific biographies in the Argentine penitentiary system (1907-1945)», en Mariano Plotkin (editor), *Argentina on the Couch: Psychiatry, State, and Society, 1880 to the Present*, University of New Mexico Press, 2003, p. 121.

(12) DOVIO, M. A., «La “mala vida” y el Servicio de Observación de Alienados en la revista Archivos de Psiquiatría, Criminología, Medicina Legal y Ciencias Afines (1902-1913)», *Sociológica*, año 26, número 74, Universidad Autónoma Metropolitana-Azcapotzalco, septiembre-diciembre de 2011, México, p. 90.

(13) WEISSMANN, P., «Francisco de Veyga. Prolegómenos de la clínica criminológica en la Argentina», disponible en: <http://www.polemos.com.ar/docs/temas/Temas7/1a.%20%20parte%20Francisco%20de%20Veyga.htm> Accedido: 9/2/2016



El *Servicio* se constituiría así en «un laboratorio vivo»(14); que permitió un «acopio abundante de observación clínica psiquiátrica»(15). Ya en su primer año, informaba el propio de Veyga «ingresaron al Servicio de Observación de Alienados 224 individuos, de los cuales 194 eran hombres y 30 mujeres. Posteriormente, 39 hombres y 2 mujeres fueron puestos en libertad y 4 de ellos diagnosticados como no alienados. A los restantes se les remitió a diferentes hospitales: 143 al Hospicio de Mercedes, 27 mujeres al Hospicio de Alienadas, 6 a otros centros hospitalarios por enfermedades recurrentes y 4 fueron reconocidos por médicos de tribunales»(16). En los años subsiguientes, el universo de sujetos ingresados fue aumentando, en forma significativa(17). Y con cada ingreso se levantaba una historia clínica(18): la que, cuando era redactada por Ingenieros, se caracterizaba por «su acendrado espíritu de observación analítica, su afinado sentido clínico y su inimitable poder de síntesis; (...) [encerrando] un cuadro somero pero completo (...) de la que fluía sin dificultad un diagnóstico siempre certero»(19).

## 2. Enfermedad mental y delito en el pensamiento de José Ingenieros

En 1908, como extracto de la *Revista de la Sociedad Médica Argentina*, Ingenieros publicó su libro *Los alienados delincuentes ante la ley penal*(20).

Como se desprende de lo expresado anteriormente, al tiempo de la redacción de este texto, Ingenieros ya tenía una significativa experiencia profesional vinculada con estas cuestiones –había trabajado

(14) LOUDET, O. / LOUDET, O.E., *Historia de la Psiquiatría Argentina*, op. cit., p. 129.

(15) Así lo señala FERNÁNDEZ, H., «Ingenieros Psiquiatra», *Nosotros. Revista mensual de Letras, Artes, Historia, Filosofía y Ciencias Sociales*. Número Extraordinario. A José Ingenieros, año XIX, núm. 199, Buenos Aires, diciembre de 1925, p. 566.

(16) De VEYGA, F., «Estadística de la Sala de Observación de Alienados», en *Archivos de Psiquiatría, Criminología, Medicina Legal y Ciencias Afines*, año II, Talleres Gráficos de la Penitenciaría Nacional, Buenos Aires, 1903, p. 42; citado por DOVIO, «La “mala vida” y el Servicio de Observación de Alienados (...)», op. cit., p. 91.

(17) FALCONE, R., *Genealogía de la locura. Discursos y prácticas de la alienación mental en el positivismo argentino (1880-1930)*, Letra Viva, Buenos Aires, 2012, p. 232.

(18) FALCONE, *Genealogía de la locura...*, op. cit., p. 232.

(19) FERNÁNDEZ, «Ingenieros Psiquiatra», op. cit., p. 567.

(20) «La Semana Médica», Imprenta de Obras de E. Spinelli.

durante un lustro en el *Servicio de Observación*–; pero, además, retomaba un tema que también había merecido su interés académico.

En efecto, en 1900, y mientras preparaba su tesis doctoral, Ingenieros decidió reunir en un volumen, bajo el título *Dos páginas de psiquiatría criminal*(21), dos artículos anteriormente publicados en la Revista *Criminología*. Se trataba de: «Criterios positivos para un estudio de los alienados delincuentes» y «La Sección Especial para alienados delincuentes en el Hospicio de las Mercedes, de Buenos Aires».

El autor señalaba en el prefacio de la obra la importancia y utilidad de los temas que se examinaban en ambos estudios: «Mejor que en otros terrenos» –decía Ingenieros– «aparece la utilidad social de la ciencia en el estudio de los problemas de la locura y el delito, pues da las reglas para que la sociedad se defienda de aquellos individuos en quienes las tendencias antisociales son la resultante de una anormalidad –degenerativa ó patológica– del órgano de sus funciones psíquicas. En este terreno no se piensa por el deleite de pensar; se piensa para aplicar útilmente los conocimientos que se adquieren de una manera lenta y progresiva. Los espíritus subjetivos harán siempre metafísica; la ciencia es objetiva, á base de observación y de experiencia, ó no es lo que debe ser»(22).

En cuanto a su contenido, el primer trabajo «tiene por objetivo esbozar los criterios generales que el autor –de conformidad con las más recientes tendencias científicas del evolucionismo determinista– se ha impuesto como guía en algunos estudios ya emprendidos sobre los alienados delincuentes»(23).

El segundo trabajo respondía al propósito de «hacer conocer la sección para alienados delincuentes establecidas en el Hospicio de las Mercedes, de Buenos Aires»; forma de reclusión que Ingenieros consideraba que ofrecía «asociadas las mayores ventajas para el tratamiento y la seguridad de estos enfermos»; al realizar «el manicomio

---

(21) INGENIEROS, J., *Dos páginas de psiquiatría criminal*, Librería Bredhal, Buenos Aires, 1900. Tanto en esta obra como en *Los alienados delincuentes ante la ley penal*, el autor conserva la escritura original de su apellido; el cual, con posterioridad, castellaniza. Sobre el texto de Ingenieros, Juan P. Ramos, señaló que: «...son apenas unas cuantas páginas, pero, tan nutridas de ideas y de sugerencias, que dan la sensación de que se está en presencia del nacimiento de una teoría constructiva tan amplia que puede llegar a ser la verdadera solución científica del enorme problema de la delincuencia humana, considerada desde el punto de vista de todos sus aspectos». RAMOS, J. P., «Ingenieros criminalista», en *Revista Nosotros*, número extraordinario, Buenos Aires, año XIX, número 199, diciembre de 1925, pp. 551-552.

(22) INGENIEROS, *Dos páginas...*, *op. cit.*, pp. 6-7.

(23) INGENIEROS, *Dos páginas...*, *op. cit.*, p. 7.

criminal dentro del manicomio general, agregando á aquél todas las ventajas de éste para la asistencia»(24).

La inquietud intelectual en esta temática, evidenciada en aquella temprana publicación, encontraría continuidad, en 1908, en la obra *Los alienados delincuentes* y, en 1913, en *Criminología*(25).

*Los alienados delincuentes* se estructura en seis acápites; titulados, respectivamente: a) Deficiencias de la legislación penal para las funciones de defensa social, b) Los alienados peligrosos en libertad, c) La alienación mental pretextada por delincuentes peligrosos, d) Las deficiencias de la ley penal favorecen la simulación de la locura, e) Abandono legal de los alienados delincuentes y f) Conclusiones.

El texto plantea tres aspectos que justifican su consideración: a) la forma discursiva utilizada por el autor, cuya trama se nutre de observaciones clínicas realizadas e, incluso, pericias practicadas, como modo argumentativo para fundar posicionamientos propios; b) su preocupación –recurrente en obras posteriores– por una legislación penal deficitaria en orden a la ausencia de consecuencias jurídicas para el autor de un comportamiento antijurídico, afectado por una enfermedad mental y c) las circunstancias específicas que caracterizaron la emisión y circulación de ideas, en el pensamiento de Ingenieros, con el propósito de evaluar el posible perfeccionamiento, profundización o innovación de sus formulaciones respecto de un marco geográfico cultural mayor(26). De estas cuestiones nos ocuparemos sucesivamente.

En *Los alienados delincuentes ante la ley penal* –y como, luego, haría en *Criminología*– la estructura argumentativa de Ingenieros se asienta, en parte, en exposiciones de casos clínicos (*observaciones*, le llama el autor) e informes médico-legales. El *caso clínico*, utilizado en estas estructuras discursivas, constituye «... un tipo de narración que sigue un modelo establecido desde el nacimiento de la clínica. El paciente es identificado por alguna abreviatura, se consigna su edad, origen y, de acuerdo con las teorías frenopáticas del siglo XIX, su temperamento. Inmediatamente después se informa la historia de la enfermedad actual, la historia clínica anterior, los exámenes y estudios realizados y, por último, el tratamiento prescripto. Se evita la pri-

(24) INGENIEROS, *Dos páginas...*, *op. cit.*, p. 8.

(25) INGENIEROS, J., *Criminología*, Jorro, Madrid, 1913; reedición Buena Vista Editores, Colección Criminología Argentina, Estudio Preliminar: María Carla Galfione, Córdoba, 2012. Las citas que aquí realizamos se refieren a esta reedición.

(26) Este aspecto permitirá, en su caso, visibilizar ciertas especificidades de nuestros científicos locales. Con respecto a este aspecto, en el ámbito de la historia de las ideas en general, cfr. DOTTI, J. E., *Las vetas del texto*, 2.ª ed., Las Cuarenta, Buenos Aires, 2011, pp. 15-16,

mera persona testimonial del médico que intervino en el tratamiento y se adopta, en cambio, una tercera persona narrativa que sustenta la autoridad de la narración construida»(27).

En esta obra Ingenieros efectúa dieciséis observaciones clínicas. Sin embargo, no todas asumen el formato recién señalado. En efecto, si bien, en la mayoría de casos, la narración de la observación sigue fielmente la estructura indicada, hay uno en que, bajo ese nombre, el autor incluye la transcripción de un informe pericial de su autoría(28).

Varios aspectos pueden visualizarse a partir de la lectura de estas observaciones:

a) En cuanto al universo de los casos observados, de los dieciséis, nueve se referían a extranjeros –italianos, españoles y un uruguayo–. El dato es relevante porque está reflejando la alta representatividad del elemento inmigrante entre la clientela captada por el sistema penal. Ya entonces Ingenieros formularía un juicio severo respecto de este colectivo. En efecto, en la observación número catorce, el autor se refiere a Alejandro Puglia, inmigrante italiano, como uno más de quienes se incorporaba «á la legión de desequilibrados que el viejo mundo nos remite entreverados con la inmigración sana y laboriosa, buscando en este país un campo de acción más propicio á su actividad mórbida»(29). Consecuente con este pensamiento, en 1913, en su obra *Criminología*, Ingenieros sentaría las bases «del complejo programa de "profilaxia" del delito en cuatro aspectos a ser considerados: la legislación social, la "profilaxia" de la inmigración, la educación social del niño y la readaptación social de malvivientes y mendigos. Esta "profilaxia" aboga por la evitación de que ciertos grupos sociales endosen a otros su población criminal, en tanto que cada Estado debe preocuparse de sanear su ambiente mediante una "defensa social organizada"»(30). Ingenieros daba así «el puntapié inicial en la lucha por el saneamiento de los inmigrantes (...)»(31).

b) La mayoría de los casos expuestos por Ingenieros fueron fruto de la labor del autor ya sea en el *Servicio de Observación de Alienados* o en el *Instituto de Criminología* de la Penitenciaría Nacional(32).

(27) SALTO, G. N., «El caso clínico: narración, moral y enfermedad», *Filología*, XXIV, 1-2, 1989, Homenaje a Enrique Pezzoni, Instituto de Filología y Literaturas Hispánicas «Dr. Amado Alonso», Universidad de Buenos Aires, p. 259, nota núm. 2.

(28) INGENIEROS, *Los alienados...*, *op. cit.*, pp. 56-78, observación clínica, núm. 10.

(29) INGENIEROS, *Los alienados...*, *op. cit.*, p. 101.

(30) FALCONE, *Genealogía de la locura*, *op. cit.*, p. 229.

(31) FALCONE, *Genealogía de la locura*, *op. cit.*, p. 229.

(32) También, en alguno de los casos, se limita a compilar observaciones realizadas por Helvio Fernández, en el Hospital de las Mercedes.

Esto pone en evidencia *el maridaje entre servicios psiquiátricos, policíacos y penitenciarios*(33). Este *maridaje* puede interpretarse en una doble dirección: por una parte la inserción de la psiquiatría, como un *saber de Estado*, que evidencia el proceso de medicalización de la denominada *cuestión social*, pero al mismo tiempo resulta configurativo de ámbitos que permiten a Ingenieros obtener un nutrido elenco de material para sus observaciones científicas; con miras a iniciar un proceso de comunicación con los ambientes científicos extranjeros, especialmente europeos(34).

c) Algunas de las *observaciones clínicas* realizadas reflejan, asimismo, ciertas extrapolaciones «de los caracteres de los individuos a la raza, con todo el determinismo que esta clase de operaciones implica»(35). Así, en la observación número once, Ingenieros, describía a Leandro Brandán, argentino, nacido en la Provincia de San Luis y a quien se le atribuía la lesión de su patrona, expresando: «Es de raza criolla y presenta numerosos estigmas degenerativos y atávicos, imputables, en parte, á la cruza de raza indígena y blanca»(36).

En cuanto a los desarrollos científicos efectuados por Ingenieros, con respecto a esta temática, es posible advertir una línea de continuidad entre este libro y sus obras posteriores.

El núcleo central de la argumentación de Ingenieros transita sobre dos ejes interrelacionados: por una parte la crítica del autor a la legislación penal de la época respecto a la falta de consecuencias jurídicas para quien cometiese un hecho antijurídico en estado de alienación; y, por otro, las derivaciones que aquellas deficiencias producían en orden

(33) Así lo advierte FERNÁNDEZ, C. B., «Las historias de vida en José Ingenieros», *Anclajes*, vol. 13, núm. 13 (2009), p. 75. Disponible en: <http://ojs.fchst.unlpam.edu.ar/ojs/index.php/anclajes/article/view/90/79> Accedido: 12/2/2016.

(34) Esto lo advierte claramente CAIMARI, L., «Notas sobre un derrotero. Ingenieros y el proyecto criminológico», *Políticas de la memoria. Anuario de investigación e información del CeDInCI*, núm. 13, Buenos Aires, verano de 2012-2013, p. 64: «Es Ingenieros, y no otro, quien logra la inserción de su Instituto en la Penitenciaría Nacional (...). Pero lo que le interesa de ese logro es, sobre todo, la disponibilidad de materia para sus estudios (que luego constituirán su libro *Criminología*), que le aseguran un lugar en la escena científica internacional. Sus intervenciones son, en buena medida, modos de participación en un foro que tiene sede principal en Europa –aunque su revista impulse un diálogo importante con colegas brasileños, cubanos, mexicanos».

(35) FERNÁNDEZ, «Las historias de vida en José Ingenieros», *op. cit.*, p. 81. Aclara la autora que «la raza era una confusa noción que oscilaba desde lo histórico-cultural hasta lo biológico, una idea que había sido prestigiada por el romanticismo, el positivismo, la sociología evolucionista y la mayor parte de las corrientes del pensamiento de la época» (Fernández, *op. cit.*, p. 81).

(36) INGENIEROS, *Los alienados...*, *op. cit.*, p. 89.

a la simulación de los imputados, como estrategia exculpatoria. En todo caso, *el precio a pagar*; en la opinión de Ingenieros, era un debilitamiento de la defensa social.

Entre 1908 y 1913, fecha en que se publicaran, respectivamente, *Los alienados delincuentes* y *Criminología*, se encontraba vigente el Código penal de 1887.

¿Qué disponía este texto respecto de la alienación?

El artículo 81, inciso 1.º, del Código penal de 1887 preceptuaba que estaba exento de pena el que hubiese cometido el hecho «en estado de locura, sonambulismo, imbecilidad absoluta ó beodez completa é involuntaria; y generalmente, siempre que el acto haya sido resuelto y consumado en una perturbación cualquiera de los sentidos ó de la inteligencia, no imputable al agente, y durante el cual este no ha tenido conciencia de dicho acto ó de su criminalidad»(37).

En el libro de 1908 Ingenieros señalaba: «Las fórmulas en que la legislación vigente compromete el orden social, faltando á sus funciones fundamentales de defensa, contra el delito, son tres: 1.º En presencia de delincuentes alienados, cuya temibilidad está probada por sus actos peligrosos, la justicia los declara irresponsables y los pone en libertad, colocándoles en situación de poder continuar una conducta criminal ya traducida por actos delictuosos bien caracterizados. 2.º En aquellos delincuentes más intensamente degenerados, cuyo sentido moral los hace más adaptables á vivir en sociedad, suelen alegarse esas anomalías psíquicas como causas eximentes de pena, tendiendo á identificar esos estados anómalos con la “locura” que el código declara irresponsables y libre de penalidad. 3.º El reconocimiento de la locura como causante de irresponsabilidad y eximente de pena, es la causa principal de la simulación de la locura, considerada como un recurso defensivo del delincuente en la lucha contra el ambiente penal»(38).

La argumentación recién sintetizada fue mantenida por el autor en su obra de 1913. En efecto, lo que más preocupaba a Ingenieros eran los peligros prácticos derivados de la temibilidad de los irresponsables: un delincuente reconocido alienado y, por ende, irresponsa-

---

(37) Este texto tenía como fuente el proyecto Tejedor. Sobre el clima de ideas contrapuestas que produjo el Código de 1887, cfr. CESANO, J. D., *Criminalidad y discurso médico legal* (Córdoba 1916-1938), Ed. Brujas, Buenos Aires, 2013, pp. 58-68; y CESANO, J. D., *Consecuencias jurídico-penales y enfermedad mental. Cultura jurídica y codificación argentina (1877-1921)*, Ed Brujas, Córdoba, 2021, pp. 17-49.

(38) INGENIEROS, *Los alienados...*, *op. cit.*, p. 22. En la observación clínica número diez, que se realiza bajo el formato de una pericia médico legal, Ingenieros efectúa una interpretación del texto del artículo 81, inciso 1.º, del Código Penal (cfr. *Los alienados...*, *op. cit.*, pp. 73-78).

ble –decía el autor– «queda fuera de la ley y puede recuperar su libertad; con ello se fomenta la alegación de la locura como causa eximente de pena, sin advertir que el delincuente alienado es tan peligroso como los otros delincuentes (y en ciertos casos mucho más). Basta pensar que si la sociedad tiene el derecho de recluir preventivamente a los alienados que no han delinquido, no puede negársele el de recluir a los que (...) han atentado contra la seguridad de sus semejantes»(39).

Es indudable que el pensamiento de Ingenieros, aunque resultó tributario de un clima de ideas determinado, en diálogo con perfiles intelectuales muy jerarquizados de la comunidad científica de la época, forma parte de una conducta teórico-práctica inserta *en un marco social específico*. El caso de Ingenieros no escapa a esa certera apreciación que formulara Dotti, para otros pensadores, en el sentido que es el aspecto contextual el que da a nuestros autores un sello de originalidad «pues es en vistas de ese contexto que adquieren su sentido más personal la selección referencial y el tratamiento de temas diversos en nuestro país»(40)

Si se compara la perspectiva analítica de Ingenieros con ciertos referentes de la comunidad científica coetánea (V.gr. Cesare Lombroso) se puede advertir como aquélla se *particulariza* al introducir, como factor prevaeciente, la explicación psicopatológica en la etiología del delito. La especificidad del delincuente estaba dado, en la concepción del médico palermitano, «menos por la dimensión morfológica –evidenciada en la presencia de “estigmas físicos”– que por la psiquiatría: era en la psicopatología del delincuente donde había que buscar la causa del delito»(41). Justamente, en *Los alienados delincuentes* ya está perfectamente estructurada esta premisa *diferenciadora*. Esto se evidencia en la trama argumentativa de varias de las observaciones clínicas que efectúa y, especialmente, por el *punte* que tiende el autor *entre locura, inadaptación al medio y necesidad de*

(39) INGENIEROS, *Criminología*, *op. cit.*, p. 83.

(40) DOTTI, *Las vetas del texto*, *op. cit.*, p. 16.

(41) PLOTKIN, M. B., *José Ingenieros. El hombre que lo quería todo*, Ed. Edhasa, Buenos Aires, 2021, p. 80. Por su parte, señala FALCONE, *Genealogía del delito*, *op. cit.*, p. 235, que: «Ingenieros intenta argumentar sobre el pasaje de lo morfológico a lo psicológico, pues es el primero que introduce la teoría psicológica para poder explicar la etiología del delito». De la misma opinión, GALFIONE, M. C., «“Delincuente”, “anormal” y “peligroso”: bases conceptuales para la intervención clínica de la criminalidad en José Ingenieros», *Estudios de Filosofía Práctica e Historia de las Ideas*, volumen 15, núm. 2, Mendoza, diciembre de 2013, p. 18.

*defensa social.* (42) Es, también, en este libro en donde nuestro autor retoma, con toda fuerza, el tema de la simulación de la locura, resaltando la significación de la indagación psicopatológica orientada a descubrirla y la importancia de este saber como herramienta que coadyuva a la defensa social, al no permitir que falsos casos de enajenación se viesan favorecidos por un sistema normativo que, en esta materia, se mostraba altamente deficitario.

Son por estas razones que el libro *Los alienados delincuentes* permite, tempranamente, distinguir una de las singularidades que caracterizó el pensamiento criminológico de Ingenieros: el lugar adjudicado a la psicopatología, en el diagnóstico del delito (43); rasgo que, además de responder a una estrategia personal de inserción en la comunidad científica internacional –al reclamar para sí el diseño de *un modelo clasificador* del delincuente propio, que se apartaba de las propuestas de Lombroso y Ferri (44) y que, de hecho, el propio Ingenieros se encargó de difundir (45)– también conduce al reclamo de preeminencia

---

(42) Quizá, la más arquetípica sea la observación relativa a Puglia (caso núm. 14) en donde señala: «La anormalidad individual, el carácter y las tendencias de cada sujeto, pueden diferir profundamente mientras no perjudiquen a los otros miembros del agregado social; pero la tolerancia está limitada en el terreno de aquellas actividades que pueden ser nocivas para el grupo ó alguno de sus miembros. Por eso, socialmente, se considera que un individuo está alienado cuando las diferenciaciones de su funcionamiento psíquico hacen inadaptable su conducta al ambiente en que vive. El límite entre el desequilibrio y la locura está señalado por la capacidad ó incapacidad de inadaptación al medio. En el caso que estudiamos, las anomalías mentales de Puglia son tan profundas que su conducta es antisocial, en la forma más peligrosa de inadaptación: el delito de sangre» (INGENIEROS, *Los alienados...*, *op. cit.*, p. 114).

(43) CAIMARI, «Notas sobre un derrotero (...)», *op. cit.*, p. 65.

(44) Señala FALCONE, *Genealogía del delito*, *op. cit.*, p. 234, que en el V Congreso Internacional de Psicología, celebrado en Roma, en 1905, Ingenieros criticó la clasificación de los «tipos criminales» que efectuaran Lombroso y Ferri: «No era posible encerrar al delincuente» –recuerda Del Greco (uno de los asistentes a aquel evento, cuyo testimonio rescata Falcone)– dentro de los límites de esta o aquella casilla (...). Era necesario indagarlo y reconstruirlo libremente teniendo presente el fenómeno psicológico (...) Era una idea revolucionaria, un cambio de perspectiva (...). Se orientaba hacia otra ciencia en rápido crecimiento, hacia la psicología científica». En forma coincidente, Caimari expresa: «En su énfasis en los factores psíquicos, la “escuela psicopatológica” argentina allí promovida [en la Revista Archivos de Psiquiatría, Criminología y Ciencias Afines], se diferenciaba muy explícitamente de la biologicista y la ambientalista. La clasificación “de autor” que la representaba constituyó el tema central del libro de Ingenieros, Criminología (1913)» (cfr. CAIMARI, L., «La Antropología Criminal y la recepción de Lombroso en América Latina», en Silvio Montaldo y Paolo Tappero (eds.), *Cesare Lombroso cento anni dopo*, UTET Libreria, 2009, p. 5).

(45) Lo hizo en su colaboración para el diario *La Nación*, en su edición del día Sábado 1 de Julio de 1905, bajo el título «Lombroso y los hombres pobres», en donde realizó una crónica del V Congreso Internacional de Psicología.



cia de la autoridad médico-psiquiátrica-psicológica «en la elaboración del diagnóstico de la Historia Criminológica»(46) y a la significación de aquel mismo saber, en su articulación con la justicia penal, al momento de evaluar los posibles casos de simulación. De hecho, en su libro *Criminología*, Ingenieros dedicaría todo un capítulo –el cuarto– al valor de la psicopatología en la antropología criminal(47); consolidando así la línea argumental que venía desarrollando en trabajos anteriores.

Otro aspecto vinculado con lo anterior se relaciona con el posicionamiento de Ingenieros respecto a lo que algunos autores contemporáneos denominaban casos de *semirresponsabilidad*; estado mental que según el médico palermitano favorecía la simulación de la locura, transformándose así en causa impunidad. En *Criminología*, luego de reproducir el célebre debate –sobre el que luego volveremos– entre Joseph Grasset(48) y Gilbert Ballet(49) sobre esta cuestión, Ingenieros protestaba contra «(...) lo que se acostumbraba llamar “responsabilidad atenuada”, entendiendo que la cuestión no [podía] (...) plantearse de esa manera: la sociedad [debía] (...) preguntarse, simplemente, si el procesado [era] (...) peligroso o no lo [era] (...)»(50); y mientras esto no lograra determinarse había «que tender a individualizar la pena, proporcionándola a los caracteres mentales del delincuente y no al delito cometido»(51). En esa inteligencia, concluía Ingenieros argumentando que: «(...) al delincuente “semiloco” se le pone en libertad aunque sea peligroso, so pretexto de que es “irresponsable” o “semi-responsable”. De allí nace la posibilidad de una psiquiatría forense irregular y peligrosa, destinada a librar criminales so pretexto de desequilibrio mental. Los casos prácticos que pudieran citarse a este respecto son innumerables (...). En algunos se trata de delincuentes degenerados (no alienados) que alegan la locura y son puestos en libertad. Muchos de ellos reinciden en el delito y son nue-

(46) CAIMARI, «Notas sobre un derrotero (...)», *op. cit.*, p. 65.

(47) INGENIEROS, *Criminología*, *op. cit.*, pp. 113-122.

(48) GRASSET, J., *Semi-locos y semi-responsables*, versión castellana, prólogo y notas de Genaro González Carreño, 1908, Sáenz de Jubera Hermanos, Editores, Madrid.

(49) BALLETT, G., *L'expertise médico-légale et la question de responsabilité*, Paris, l'Harmattan, 1999. Se trata de la reedición del trabajo presentado por el autor en el congreso de médicos alienistas y neurólogos franceses y de países francoparlantes reunido en Ginebra, el 1.º de agosto de 1907.

(50) INGENIEROS, *Criminología*, *op. cit.*, p. 85.

(51) INGENIEROS, *Criminología*, *op. cit.*, p. 85. Asimismo, y en idéntico sentido, cfr. «Las ciencias nuevas y las leyes viejas», en *La universidad del porvenir y otros escritos*, Ediciones Meridion, Buenos Aires, 1956, p. 273.

vamente liberados. En otros, trátase de verdaderos alienados que son puestos en libertad al ser declarados tales, repitiendo nuevamente sus actos delictuosos antes de ser reclusos en un hospicio»(52).

### III. INGENIEROS Y LA CULTURA DE CÓRDOBA

#### 1. Introducción

El segundo cometido de este trabajo consistirá en indagar la existencia de diálogos y lecturas que la cultura de Córdoba realizara, sobre la temática que aquí tratamos, con relación a la obra de Ingenieros; tanto por parte de sus colegas médico-legistas como por algunos juristas.

#### 2. Lecturas entre médico-legistas

¿Coincidían las ideas desarrolladas por Ingenieros con las mantenidas por las figuras de mayor gravitación en el ámbito de la medicina legal cordobesa?

La respuesta a este interrogante exige analizar los *contextos intelectuales*; esto es: cómo un texto responde a otros textos, los comenta o los desacredita. Estos contextos intelectuales se basan en el lenguaje, en cómo un autor se refiere a otros autores u otros textos con los cuales entra en diálogo(53). En palabras de Skinner: «comprender cualquier texto presupone la comprensión de sus relaciones con otros textos»(54).

El examen de distintos registros detectados permite observar, en ciertos aspectos, una continuidad en la clave de análisis; continuidad que –por lo que también señalaremos luego– no debe confundirse con una absoluta homogeneidad.

Básicamente este segmento de la indagación la haremos a partir de dos figuras centrales en la medicina legal cordobesa, entre los años 1916 a 1929. Nos referimos a Alberto Stucchi y a Gregorio Bermann.

Entre 1916 y 1918, Alberto Stucchi, profesor suplente de medicina legal en la Facultad de Ciencias Médicas de la Universidad Nacional

---

(52) INGENIEROS, *Criminología*, *op. cit.*, p. 87.

(53) Cfr. GONZÁLEZ GARCÍA, J. M., «Retórica y cambio de contextos en Quentin Skinner», en Enrique Bocardo Crespo (Editor), *El giro contextual. Cinco ensayos de Quentin Skinner y seis comentarios*, Ed. Tecnos, Madrid, 2007, p. 381.

(54) Cfr. «Entrevista: Quentin Skinner», *As muitas faces da história*, Ed. Maria Lucía Pallares – Burke, Brazilia, 2000, p. 232.

de Córdoba –quien mantuvo correspondencia epistolar con Ingenieros(55)– elaboró su *Manual de Medicina Legal*, en tres tomos; el primero editado en «La Semana Médica» y los otros dos en el establecimiento gráfico de Bautista Cubas. Justamente en el tercer tomo de esta obra se advierte una utilización frecuente de los trabajos de Ingenieros; especialmente en su capítulo segundo, titulado «Etiología criminal», en donde, por ejemplo, reproduce el cuadro de los factores determinantes del delito que Ingenieros desarrollara en su obra *Criminología*(56); o, en el capítulo cuarto, en donde se ocupa de la clasificación de los delincuentes que desarrollara Ingenieros; concluyendo a su respecto que «Esta clasificación rigurosamente clínica es (...), hoy por hoy, la más completa conocida, por cuyo motivo está casi universalmente aceptada por la mayoría de los criminólogos»(57).

Asimismo, hacia 1918, Stucchi había criticado la solución que brindaba el Código de 1887 en materia de inimputabilidad; argumentando la existencia de una completa desarmonía entre las nuevas orientaciones científicas y la legislación penal, basada en la doctrina clásica. Y si bien el autor no realiza una cita directa de la opinión de Ingenieros, su congruencia con el parecer de las ideas desenvueltas por el médico palermitano, *en este punto*, perfecta. Dice al respecto Stucchi en su trabajo «La responsabilidad del punto de vista médico-legal», publicado en la *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*: «Los estudios psicopatológicos y sociológicos de estos últimos tiempos han contribuido a disminuir notablemente la responsabilidad, aumentando cada día más el número de sujetos que escapan a toda acción penal, por cuyo motivo, la reforma de la ley es una medida que se impone si se quiere evitar los grandes abusos que a diario se cometen en beneficio de la delincuencia, explotando precisamente, las modernas doctrinas. De éste punto de vista puede fácilmente colegir el lector, cuan incongruentes resultan muchas de las disposiciones que nuestro código contiene en la parte pertinente»(58). Y al igual que

---

(55) En efecto, en el «Fondo José Ingenieros» del Centro de Documentación e Investigación de las Culturas de Izquierdas en Argentina (en adelante CEDINCI), detectamos una carta de Stucchi a Ingenieros, fechada el 8/4/1917, en donde el profesor cordobés le agradece al médico palermitano por los comentarios críticos de un material que aquél le había remitido. Código de referencia AR ARCEDINCI FA-021-A-6-1-2096.

(56) STUCCHI, A., *Manual de Medicina legal*, t. III, Bautista Cubas, Córdoba, 1918, p. 17.

(57) STUCCHI, *Manual...*, T.º III, *op. cit.*, p. 42.

(58) STUCCHI, A., «La responsabilidad del punto de vista médico-legal», *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, año V, núm. 3, Córdoba, Mayo de 1918, pp. 25-26.

Ingenieros, Stucchi se oponía a que, a través de la alegación de problemas psicopatológicos, se llegase a la irresponsabilidad del autor del hecho y, así, a su sustracción de toda acción penal(59).

Otra figura que también ocupó la cátedra de Medicina Legal y Toxicología de la Facultad de Medicina cordobesa fue Gregorio Bermann. Su titularidad la alcanzó, luego de haber ejercido como suplente a partir de 1921, en 1929. Bermann, había nacido en Buenos Aires, el 1.º de septiembre de 1894; graduándose de médico en 1919(60), en la Facultad de aquella Universidad. Su radicación en Córdoba de manera definitiva –por cuanto antes había tenido algunas residencias temporales entre 1916 y 1918– se ubica en 1921.

¿Qué conexiones se advierten entre este autor y el posicionamiento teórico de Ingenieros?

Por de pronto debe tenerse presente que Bermann tuvo un trato personal muy directo con Ingenieros; especialmente –y según lo señaló el propio Bermann– entre 1916 a 1921(61). De hecho en una entrevista publicada en la Revista *España Médica* que se le realizó a Bermann en Madrid, en el mes de mayo de 1930, éste reconoció entre sus principales maestros a Ingenieros, Alejandro Korn y Chistofredo Jakob(62). Y en el «Fondo Ingenieros» del CEDINCI se preservan numerosas cartas que son testimonios de esta relación fluida; algunas de ellas cuando aún Bermann no se había radicado definitivamente en Córdoba y otras, cuando ya éste estaba afinado en nuestra Ciudad. Del primer período destaca una carta fechada el 5 de mayo de 1916,

(59) STUCCHI, «La responsabilidad...», *op. cit.*, p. 26: «(...) cuando mayor es el grado de degeneración y más manifiesta la anomalía psíquica, mayor es el grado de temibilidad del delincuente y más difícil su convivencia social. (...) si se reflexiona que la sociedad tiene derecho de recluir preventivamente al alienado que no delinque (...) con mayor razón debe tenerlo con aquel que ha atentado ya contra la vida de alguno; por consiguiente, él debe ser objeto de una reclusión o guarda más segura, si se quieren prevenir los nuevos desmanes que fatalmente puede cometer».

(60) Junto a medicina, Bermann realizó estudios de filosofía en la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad Nacional de Buenos Aires. Allí se destacó como activista del Centro de Estudiantes y colaborador en la cátedra de historia de la filosofía, dictada por Alejandro Korn. Al respecto, cfr. CELENTANO, A., «Determinismo y psiquiatría: una lectura de la tesis de Gregorio Bermann», en Marisa Miranda – Gustavo Vallejo (compiladores), *Darwinismo social y eugenesia en el mundo latino*, Siglo XXI de Argentina Editores, Buenos Aires, 2005, p. 602.

(61) Cfr. BERMANN, G., *José Ingenieros. El civilizador-El moralista-Lo que le debe nuestra generación*, M. Gleizer Editor, Buenos Aires, 1926, p. 23.

(62) Cfr. *España Médica*, año XXI, núm. 589, 1 de junio de 1930, Madrid, p. 21. El texto puede ser consultado *on line* en: <http://hemerotecadigital.bne.es/issue.vm?id=0005165231>.

en donde Bermann remite material bibliográfico a Ingenieros(63), y otra de 1918. Esta última(64) es una tarjeta postal que Bermann la encabeza con las palabras «Mi distinguido Maestro». Allí Bermann le refiere a Ingenieros que se encuentra en Córdoba en carácter de delegado de la Federación Universitaria de Buenos Aires ante los estudiantes cordobeses abocados «a un conflicto con la vieja y ruinoso universidad». Como se podrá apreciar son tiempos de la reforma universitaria, lo cual se desprende de la misma esquila cuando Bermann expresa: «soplan vientos de renovación en la mediterránea ciudad, y la sangre moza hierve y los viejos se hallan escandalizados. Han clausurado la Universidad pero se corre el gran peligro de que el Poder Ejecutivo nombre interventor...». La postal concluye con esta manifestación, entre signos de exclamación: «¡Usted sería tan bien recibido!». Las cartas, ciertamente continuaron y así encontramos otras fechadas el 4 de abril de 1923(65) y el 9 de julio de 1923(66); en donde nuevamente se visualiza un intercambio de materiales.

Pero volvamos nuevamente a nuestro interrogante inicial: ¿cómo fueron las lecturas y los diálogos de Bermann con Ingenieros en relación a la enfermedad mental y el delito?

La respuesta a esta pregunta no es unívoca. Y no lo es porque la evolución intelectual de Bermann permite observar, en muchos aspectos, una superposición de estratos de ideas provenientes de tradiciones diversas; entre ellas las lecturas sobre Freud, aspecto interesante en el pensamiento de Bermann a quien puede considerarse una de las vías de ingreso del pensamiento del médico vienés en la Argentina(67).

---

(63) CEDINCI, «Fondo José Ingenieros», Código de referencia: AR ARCE-DINCI FA-021-A-6-1-212.

(64) CEDINCI, «Fondo José Ingenieros», Código de referencia: AR ARCE-DINCI FA-021-A-6-1-213.

(65) CEDINCI, «Fondo José Ingenieros», Código de referencia: AR ARCE-DINCI FA-021-A-6-1-214.

(66) CEDINCI, «Fondo José Ingenieros», Código de referencia: AR ARCE-DINCI FA-021-A-6-1-215.

(67) En efecto, expresan MICELI, C., ROJAS BREU, G., «Gregorio Bermann y el movimiento positivista argentino: su temprana producción como criminólogo», *Revista de Historia de la Psicología Argentina, Presencia del discurso psicológico en las publicaciones periódicas en Argentina (1900-1962)*, 2008, núm. 1, p. 111 (disponible en: [http://23118.psi.uba.ar/academica/carrerasdegrado/psicologia/informacion\\_adicional/obligatorias/034\\_historia\\_2/Archivos/inv/revista\\_virtual\\_historia\\_de\\_la\\_psicologia.pdf](http://23118.psi.uba.ar/academica/carrerasdegrado/psicologia/informacion_adicional/obligatorias/034_historia_2/Archivos/inv/revista_virtual_historia_de_la_psicologia.pdf)) que: «Pueden distinguirse tres etapas en la producción del autor: la primera, que se puede delimitar a partir de la edición de su tesis, “El determinismo en la ciencia y en la vida” (Bermann, 1920) y de su participación en la Revista de Criminología, Psiquiatría y Medicina legal, en la que se evidencia una clara postura positivista; un segundo momento, hacia los años 30’ donde comienza a ser influido por el pensamiento de Freud que se introduce en la Argentina, y que tiene un fuerte canal de expre-

Con todo, por ahora nos interesa concentrarnos en los primeros tramos de la biografía intelectual de Bermann. Y la consideración de estas producciones nos permite visualizar importantes puntos de contacto entre Ingenieros y Bermann(68).

En efecto, en 1920 Bermann escribió un libro intitulado *El determinismo en la ciencia y en la vida*(69), el cual era producto de una revisión y ampliación de su tesis para optar al título de Doctor en medicina de la Universidad de Buenos Aires. Este primer libro es una buena muestra del impacto de la obra de Ingenieros, en tanto Bermann se muestra fuertemente alineado con el paradigma positivista que, pese a su notorio declive europeo, tras la Gran Guerra, continuaba vigente a nivel local. Esto puede apreciarse al comienzo de esta obra cuando se establece, frente al triunfo del determinismo en las ciencias naturales durante el siglo XIX, el evidente y alarmante contraste con el campo de las ciencias del espíritu. En este sentido Bermann lleva adelante una revisión crítica tanto de las diversas teorías del libre albedrío como de las formulaciones del fatalismo moral, que lo llevará a plantear, en los diversos capítulos del libro, una fundamentación y reivindicación de la extensión ilimitada del determinismo naturalista. La lectura de esta obra permite ver diversas conexiones entre su autor e Ingenieros como cuando, por ejemplo, Bermann criticó los postulados de la escuela clásica referidos a la necesidad de que, para que una acción fuese calificada de delictuosa y resultase punible, debía ser fruto de la voluntad consciente del autor(70) o al refutar a Grasset respecto de su tesis de la responsabilidad atenuada o semirresponsabilidad; señalando –como años antes lo había hecho Ingenieros– que «La teoría de los semi-res-

---

sión en la revista “Psicoterapias” por él dirigida (de 1936 a 1939); y un tercer momento, hacia los años 50’, en la que se opera su alejamiento del psicoanálisis, y detenta una postura crítica hacia éste (en gran parte fundada más en su concepción ideológica, por su adhesión al partido comunista, que por divergencias conceptuales), orientando su trabajo hacia la construcción de una psiquiatría social, cuyos lineamientos estarán plasmados en la Revista Latinoamericana de Psiquiatría, por él dirigida (entre 1951 y 1954, conjuntamente con Claudio Araujo Lima de Brasil)». De gran importancia sobre estos aspectos, vide SCHOLTEN, H., FERRARI, F., *Los freudismos de Gregorio Bermann. Un recorrido sinuoso (1920-1962)*, Vol. 1, Ed. Brujas, Córdoba, 2018.

(68) De la misma opinión, CELENTANO, A., «El humanismo de Gregorio Bermann», en *El pensamiento latinoamericano del siglo XX ante la condición humana*, Coordinador General para Argentina, Hugo Biagini. Versión digital a cargo de José Luis Gómez-Martínez: <http://www.ensayistas.org/critica/generales/C-H/argentina/bermann.htm>. Allí expresa este autor que, a través de sus primeras obras, «Bermann se inscribe en las posiciones positivistas de fuerte presencia en el campo intelectual argentino». También coinciden con este parecer MICELI – ROJAS BREU, «Gregorio Bermann y el movimiento positivista argentino: su temprana producción como criminólogo», *op. cit.*, p. 111.

(69) Buenos Aires, Sociedad Cooperativa «Nosotros», Libertad 543, 1920.

(70) BERMAN, *El determinismo...*, *op. cit.*, p. 157.

pensables es altamente perniciosa por los peligros que entraña, según ha sido demostrado repetidas veces; y esto debiera bastar para desecharla en absoluto (...)»(71). Durante la primera mitad de la década de 1920, la actividad de Bermann quedará absorbida en gran parte por tareas académicas, vinculadas con la cátedra de Medicina Legal y Toxicología y la Dirección de la Biblioteca Mayor de la Universidad. En este período también puede observarse la publicación de varios artículos e incluso pericias médicas, especialmente en la *Revista de Criminología, Psiquiatría y Medicina Legal*. Producto de aquellos desvelos son sus artículos: «Ideas directrices en Psicopatología Médico Legal»(72); «Conceptos básicos en Psiquiatría Médico Legal»(73); «Informe Médico Legal sobre un delincuente nato homicida»(74); y «Sobre los diagnósticos “tardíos” en Psiquiatría Médico Legal»(75). Estos trabajos, en su consideración puntual, se caracterizaron por no introducir elementos demasiado innovadores en el horizonte científico de Bermann; retomando los lineamientos generales de la *Criminología* de Ingenieros; a quien cita en varias ocasiones.

Antes de clausurar este aspecto, permítasenos indicar otro punto de coincidencias entre los tres autores; nos referimos a una cuestión recurrente que se refleja en sus trabajos analizados y que se vincula con la preocupación por la simulación de la locura. En este sentido, Stucchi, en su *Manual* dedica interesantes páginas al análisis de los elementos que juzga como eficaces para descubrir los casos de simulación y distinguirlos de aquellas hipótesis que representan auténticas situaciones de alienación. Al respecto el autor enfatiza la importancia que reviste el examen directo del procesado; el cual supone la evaluación, por parte del perito, de distintos parámetros: características del acto criminal y sus formas de ejecución; los móviles del delito; la época en que estalla

(71) BERMANN, El determinismo..., *op. cit.*, p. 151. Es interesante observar como Bermann, entre las páginas 149 a 152 de dicho libro, sintetiza el rico contenido de la disputa que había tenido lugar en el marco del congreso de médicos alienistas y neurólogos reunido en Ginebra en 1907. Respecto de las distintas ponencias allí vertidas y, en especial, para conocer la opinión de Gilbert Ballet, cfr. Ballet, *L'expertise...*, *op. cit.*, pp. 1-75.

(72) BERMANN, G., «Ideas directrices en Psicopatología Médico-Legal», *Revista de Criminología, Psiquiatría y Medicina Legal*, Buenos Aires, VII, 1920, pp. 646-660.

(73) BERMANN, G., «Conceptos básicos en Psiquiatría Médico Legal», *Revista de Criminología, Psiquiatría y Medicina Legal*, Buenos Aires, 1921, VIII, pp. 3-29.

(74) BERMANN, G., «Informe Médico Legal sobre un delincuente nato homicida», *Revista de Criminología, Psiquiatría y Medicina Legal*, Buenos Aires, 1922, IX, 336-360.

(75) BERMANN, G., «Sobre los diagnósticos “tardíos” en Psiquiatría Médico-Legal ¿Delirio sistematizado de persecuciones fugaz en un anciano?», *Revista de Criminología, Psiquiatría y Medicina Legal*, Buenos Aires, 1923, X, pp. 486-499.

la locura; la exageración en las respuestas; etcétera(76). Por su parte, Bermann, en sintonía con lo argumentado por Ingenieros, observaba con un dejo de amargura cómo, algunos procesos judiciales célebres, «han puesto de manifiesto la tendencia de los peritos de la acusación o de la defensa de servir a las partes, en desmedro de la verdad, que es su único interés legítimo»(77). Ahora bien: no describiríamos adecuadamente estas lecturas de Stucchi y Bermann si nos limitásemos a subrayar únicamente las coincidencias con el pensamiento de Ingenieros. En efecto, el análisis de los trabajos de los catedráticos de la universidad de Córdoba muestra también, en algunos aspectos, críticas o alejamientos respecto de las estructuras argumentales del médico palermitano.

Así Stucchi se apartó del posicionamiento de Ingenieros en la medida en que éste —como ya lo hemos analizado más arriba— negaba la posibilidad de admitir hipótesis de semirresponsabilidad. Por el contrario Stucchi, sin desconocer la postura de Ingenieros(78), consideraba que se debía «aceptar diferentes grados de responsabilidad, porque (...) es materialmente imposible dividir a la humanidad psicológicamente en dos categorías bien netas: los completamente sanos de mente, y por consiguiente, absolutamente responsables, y los enteramente enfermos e irresponsables. Entre estos dos extremos, existe una serie intermedia respetable (fronterizos) compuesta por individuos tarados en diversos grados que solo ofrecen una responsabilidad proporcional»(79). Tal posicionamiento respondía a las ideas de Grasset; quien en 1908 fundamentó, desde la perspectiva clínica, la existencia de los semi-locos; como una tercera categoría que se situaba entre «el bloc de los cuerdos responsables y el de los locos irresponsables»; categoría a la cual, el profesor de Montpellier, vinculaba con la idea de responsabilidad atenuada(80).

Hay un aspecto interesante en esta discrepancia entre Ingenieros y Stucchi. La misma se refiere a que la lectura realizada por Stucchi respecto de la obra de Grasset *constituye una interpretación más ajustada del pensamiento del autor francés; si se la compara con la que realizara Ingenieros*. En efecto, como se recordará, Ingenieros insistía

---

(76) Cfr. STUCCHI, *Manual...*, *op. cit.*, t. I, pp. 430-432.

(77) BERMAN, «La obra científica de José Ingenieros. Conferencia inaugural», *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, año XVI, núm. 3-4, Córdoba, mayo-junio de 1929, p. 123.

(78) A quien, en este aspecto, cita de manera expresa en la p. 30 de «La responsabilidad...», obra citada.

(79) STUCCHI, «La responsabilidad...», *op. cit.*, p. 31.

(80) GRASSET, *Semi-locos...*, *op. cit.*, p. 401. La demostración clínica de la existencia de esta tercera categoría la realiza el autor en el capítulo tercero de su libro (pp. 89-188).



en el riesgo que representaba esta tercera categoría en atención a que, al semiloco, que había cometido una conducta delictiva, se lo ponía en libertad aunque fuese peligroso. Sin embargo éste no era el parecer de Grasset. Para Grasset, frente a los semi-locos nocivos «la defensa social debe ser severa, tan severa, por lo menos, como respecto de los cuerdos plenamente responsables. Y, en cierto límite, las armas para esa defensa deben ser las mismas contra los semi-locos y contra los cuerdos»(81). Esto, desde luego, no significaba renunciar, en algunos casos a una posterior interdicción civil para esta categoría; la cual comenzaría después de haber expirado la pena. Por eso, Grasset, epilogaba su pensamiento con esta afirmación: «El loco no es más que un enfermo, el cuerdo no es más que un culpable, el semi-loco es una cosa y la otra; para él no se debe elegir entre la cárcel y el asilo, son necesarias ambas cosas»(82).

Por su parte –y tal cual lo anticipamos– también Bermann, en algunos aspectos, se mostró crítico respecto de Ingenieros. Esto sucedió, especialmente, cuando se refirió a la clasificación de los criminales que aquél proponía en su obra *Criminología*. En efecto, en la conferencia inaugural que diera Bermann al asumir la titularidad de la cátedra de Medicina Legal, publicada en la *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, en 1929, sostuvo que la clasificación de Ingenieros fallaba en sus fundamentos teóricos y en su aplicación. Ello así por cuanto sólo excepcionalmente «es afectado uno solo de los grupos artificiales de facultades mentales en que divide al psiquismo: no puede fundarse una clasificación sobre base tan deleznable. En segundo lugar, toda clasificación basada sobre la psicología y la psicopatología debe fracasar, porque el delito y el delincuente no se definen exclusivamente por su psiquismo perturbado, sino principalmente por su actividad morbosa, por sus reacciones anti-sociales. El delito y el delincuente tienen sobre todo interés práctico y científico por su relación con el medio social, por su inadaptabilidad, por los perjuicios que ha cometido o que puede ocasionar en la vida y bienes de sus semejantes. Una norma psicológica es insuficiente; la clasificación debe ser clínico social»(83).

De lo expuesto hasta aquí pueden verse ciertas características de las lecturas locales de las obras de Ingenieros; lecturas que, tanto en el caso de Stucchi como Bermann, muestran coincidencias bastante fuertes; aunque no posicionamientos canónicos o acrílicos.

---

(81) GRASSET, *Semi-locos...*, *op. cit.* p. 367.

(82) GRASSET, *Semi-locos...*, *op. cit.* p. 367.

(83) BERMAN, G., «La obra científica de José Ingenieros (...)», *op. cit.*, p. 119.

### 3. Lecturas entre juristas

¿Cuál fue la lectura que, de Ingenieros, realizaron algunos de los representantes de la cultura jurídica de Córdoba?

Sin duda menor que la de sus colegas médicos; pero no por ello inexistente.

Uno de los juristas cordobeses de mayor gravitación del giro de siglo fue Cornelio Moyano Gacitúa. Moyano Gacitúa fue autor de dos obras de gran aliento; concretamente: *Curso de ciencia criminal y derecho penal argentino* y *La delincuencia argentina ante algunas cifras y teorías*. Sin embargo el catedrático de la Universidad de Córdoba no se refirió allí a los aportes de Ingenieros. Estas obras se publicaron, respectivamente, en 1899 y 1905; y si bien, en ambos libros, consideró algunos aspectos vinculados con la enfermedad mental y el delito –en el primero al abordar la eximentes de responsabilidad(84) y en el segundo cuando analizó, en el capítulo IV, acápite 8.º, la cuestión de la salubridad de la población nacional(85)– no se advierten en aquellas páginas los ecos de Ingenieros; lo cual, al menos respecto del libro de 1899, resultaba absolutamente entendible por una cuestión temporal en razón de que, como ya lo hemos expuesto al inicio de este trabajo, por entonces, Ingenieros aún no había hecho publicaciones de gran difusión sobre esta temática, dado que su opúsculo *Dos páginas de psiquiatría criminal* y su tesis, recién se publicarían en 1900 y 1905. Pese a que no advertimos, en estos trabajos, muestras claras de lecturas de Moyano Gacitúa en relación a Ingenieros, esto no significa que, entre ambos, no existiera relación. En efecto, en el archivo del CEDINCI se conservan dos documentos que visibilizan estos contactos. El primero es una carta manuscrita de Moyano Gacitúa, fechada el 19/06/1900, en donde éste le agradece a aquel el envío de su trabajo *Dos páginas de psiquiatría criminal*(86). El segundo está representado por una tarjeta personal que le remitiera el jurista, el 20/11/1906, en donde se excusaba de asistir al banquete de recepción de José Ingenieros a su retorno de Europa(87).

El sucesor de la cátedra de Moyano Gacitúa fue Julio Rodríguez de la Torre. Sus programas de la asignatura tampoco contenían refe-

---

(84) MOYANO GACITÚA, C., *Curso de ciencia criminal y derecho penal argentino*, Félix Lajouane, Editor, Buenos Aires, 1899, p. 338 ss.

(85) MOYANO GACITÚA, C., *La delincuencia argentina ante algunas cifras y teorías*, Casa Editora – F. Domenici, Córdoba, 1905, p. 121 ss.

(86) CEDINCI, «Fondo José Ingenieros», Código de referencia: AR ARCE-DINCI FA-021-A-6-1-1543.

(87) CEDINCI, «Fondo José Ingenieros», Código de referencia: AR ARCE-DINCI FA-021-A-6-1-1544.

rencias bibliográficas, con lo cual es difícil conocer, a partir de esta fuente, la circulación, en los ámbitos jurídicos de Córdoba, de las ideas de Ingenieros. Por su parte, en uno de los pocos trabajos publicados por de la Torre que hemos podido localizar, tampoco se observa un empleo de las obras de aquél. Nos referimos, concretamente, a su trabajo titulado «Derecho Penal» –al parecer, por su estructura, una primera parte de lo que sería un desarrollo escolar de la materia que quedó trunco– que publicó en la *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba* en 1924. Es curioso que, cuando abordó allí el concepto de criminología, de la Torre no hizo ninguna alusión al libro homónimo de Ingenieros; limitándose a reproducir las definiciones de Franz von Liszt, Raffaele Garofalo y Julius Vargha. De cualquier manera, y aunque sin haber acudido a la referencia bibliográfica, hay un pasaje de este trabajo que quizá pueda interpretarse como una pista para sostener ciertas lecturas, de parte de este autor, respecto del médico palermitano. Hemos dicho que uno de los aportes centrales de Ingenieros fue el de poner en valor la psicopatología, respecto de la explicación causal del delito. Pues bien, al respecto, de la Torre expresó: «Indicar como necesario el estudio del hombre ante todo y sobre todo, no es, aceptar una “concepción puramente biológica” del delito, sino significar que entendemos que el estado psico-patológico debe tener prelación a todo otro análisis de observación, en cuanto al delincuente se refiera, y en seguida el de la importancia de todos aquellos factores sociales que corresponde o constituyen la política social, pues que hemos afirmado que el delito es un fenómeno social, ya se le considere aisladamente o en relación a un conjunto de delitos» (88). Esta referencia al estado psicopatológico –cuestión no muy desarrollada por los horizontes más conservadores de la escuela positiva italiana– puede ser indiciario de ciertas apropiaciones de la obra de Ingenieros por parte del jurista cordobés.

Si hasta aquí aparece un tanto diluida la presencia de Ingenieros no sucederá lo mismo a partir de 1926 cuando, primero en su carácter de interino y, luego, al alcanzar la titularidad, la Cátedra de Derecho Penal fue ejercida por Pablo Mariconde. A partir de ese año y en los subsiguientes (1927, 1928 y 1929), los programas de la asignatura incluyen, como bibliografía, a la obra de José Ingenieros *Criminología*. En efecto, en su primer tramo de la jefatura de la Cátedra –ya que su pensamiento, con el tiempo se fue actualizando– Mariconde evidenció un fuerte influjo de las doctrinas positivistas, de corte italiano. El programa de 1929, se caracterizó por establecer dos tipos de biblio-

---

(88) RODRÍGUEZ DE LA TORRE, J., «Derecho Penal», *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, Córdoba, 1924, p. 5.

grafía: una específica para las primeras unidades introductorias y una general, al finalizar el programa. En ambas está presente la *Criminología* de Ingenieros. En la parte propedéutica se la adscribe a la Boli-lla III, la cual está destinada al tratamiento de la ciencia de la criminalidad y de la defensa social. Allí aparecen temas muy caros al positivismo italiano más ortodoxo, con influencias de Ferri –como por ejemplo el abordaje de los sustitutivos penales–, juntamente con otros que ponen de relieve, claramente, la lectura de Ingenieros; como lo relativo a la psicopatología criminal. Pese a lo anterior, la fragmentaria obra de Mariconde –correspondiente a este período–, aun cuando claramente alineada al ideario de la *Scuola positiva* –como lo demuestran sus trabajos «El elemento biológico y social en la noción del delito y de la peligrosidad criminal»(89) (1934), «La idea del “tipo criminal” y el principio de la evolución»(90) (1936) y «La noción sociológica del delito y la Constitución Argentina»(91) (1939)–, no reflejan ni en su aparato erudito ni en su argumentación, un empleo de la obra de Ingenieros.

Hacia 1926, el profesor suplente de Derecho Penal, Sebastián Soler, comenzó una tarea de crítica respecto de los postulados de la escuela positiva. Si bien Soler, a partir de 1933, se radicaría en la Ciudad de Rosario, en donde ejerció la magistratura, lo cierto es que continuó en vinculación con la Universidad de Córdoba; de allí que también consideremos aquí su pensamiento; como parte de esta cultura local. Este autor, en 1934, publicó en la *Revista de Criminología, Psiquiatría y Medicina Legal*, un breve artículo titulado «Presupuestos metódicos de los estudios criminalísticos», en donde concluyó que la «designación criminología no corresponde propiamente a una entidad científica autónoma: es una mera hipótesis de trabajo, por cuanto en su esfera pueden coincidir y coinciden los intereses de ciertas ramas especiales derivadas de la Antropología, de la Psicología, de la Sociología y del Derecho. No existe un método unitario correspondiente a ese campo común de interés, sino que los aportes se operan bajo las condiciones teóricas y metódicas propia de cada una de las

---

(89) MARICONDE, P., «El elemento biológico y social en la noción del delito y de la peligrosidad criminal», *Revista de Criminología, Psiquiatría y Medicina Legal*, año XXI, núm. 125, Buenos Aires, septiembre-octubre, 1934, p. 597 ss.

(90) MARICONDE, P., «La idea del “tipo criminal” y el principio de la evolución», *Revista Psiquiatría y Criminología*, año I, núm. 5, Buenos Aires, septiembre-octubre, 1936, p. 375 ss.

(91) MARICONDE, P., «La noción sociológica del delito y la Constitución Argentina», *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Universidad Nacional de Córdoba, año III, Marzo-Junio de 1939, p. 337 ss.

ciencias de que provienen»(92). Hemos mencionado la conclusión de este texto porque, en su construcción argumental, Soler utiliza expresamente el texto de Ingenieros *Criminología* y, más allá de su lectura crítica, lo concreto es que está demostrando, en este autor, una circulación del texto del médico palermitano. De hecho, años más tarde, cuando se publicó el primer volumen del *Derecho penal argentino* de Soler, en 1940, al ocuparse de la Criminología y Enciclopedia de las Ciencias Penales, el autor volvería a incorporar, dentro del aparato erudito de este apartado, referencias a este libro de Ingenieros.

Otro caso ilustrativo para la indagación de los contactos de Ingenieros con la cultura jurídica cordobesa, lo representa la relación epistolar entre éste y Enrique Martínez Paz. En el archivo del CEDINCI se pueden encontrar cuatro cartas dirigidas por Martínez Paz a Ingenieros; las que se fechan: el 16 de octubre de 1911 –y en donde el profesor cordobés le realiza un envío de material bibliográfico–; el 19 de marzo de 1913 –en donde éste le efectúa comentarios críticos en relación a las obras de Ingenieros *Principios de psicología biológica* y *Sociología argentina*(93)–; el 3 de noviembre de 1913 –en la que Martínez Paz efectúa comentarios respecto del libro *Criminología* y le refiere a Ingenieros sobre la creación, en Córdoba, del Instituto de Criminología(94)–; el 7 de febrero de 1919 –en donde el catedrático cordobés le enviaba a Ingenieros algunos materiales y realizaba comentarios respecto a investigaciones propias–; y el 16 de marzo de 1921 –en donde se verifica una nueva remisión de materiales bibliográficos–. Hemos podido analizar dos cartas que el médico palermitano le escribiera a Martínez Paz; una de ellas está fechada el 21 de agosto de 1913 y la otra 26 de diciembre del mismo año(95). La primera carta es una respuesta de Ingenieros –que a la sazón estaba realizando una estancia de estudio e investigación en Heidelberg, orientado a las ciencias sociales y filosofía– donde le agradecía la remisión del trabajo titulado *La enseñanza del derecho* y en la cual Ingenieros compartía reflexiones sobre el estado de las universidades europeas; especialmente en orden a las diferencias advertidas entre las enseñanzas de las ciencias naturales y sociales. La segunda carta con-

(92) SOLER, S., «Presupuestos metódicos de los estudios criminalísticos», *Revista de Criminología, Psiquiatría y Medicina Legal*, año XXI, Buenos Aires, enero-febrero, 1934, p. 587 ss.

(93) CEDINCI, «Fondo José Ingenieros», Código de referencia: AR ARCE-DINCI FA-021-A-6-1-1376.

(94) CEDINCI, «Fondo José Ingenieros», Código de referencia: AR ARCE-DINCI FA-021-A-6-1-1377.

(95) Archivo particular Familia Caeiro-Gavier. Agradecemos al Dr. Agustín Caeiro habernos facilitado el acceso a dichas cartas.

tiene elementos de mayor interés para el análisis que venimos efectuando. La epístola es la respuesta que da Ingenieros a Martínez Paz respecto de la misiva que éste le enviara el 3 de noviembre del mismo año. Allí Ingenieros, en devolución a los comentarios que le hiciese el profesor de Córdoba tras la lectura de su obra *Criminología*, le expresaba –citamos textual–: «muchas observaciones que tendré en buena cuenta, no obstante la diversidad de nuestros puntos de vista que usted [en referencia a Martínez Paz] ha sabido definir tan acertadamente. Las posiciones teóricas no nos impiden, sin embargo, converger y concordar en la acción: ideales de cultura, como móviles y progreso ético-social, como objetivos». Buena prueba de ello –continuaba Ingenieros– «son sus trabajos docentes y este Instituto Criminológico [,] cuyo programa tuvo la bondad de enviarme». La carta finalizaba con la siguiente referencia: «Soy amigo del Dr. Cárcano y creo que se podrá contar con él para cualquier iniciativa intelectual en Córdoba». La misiva resulta interesante por cuanto, como puede apreciarse, testimonia cómo consideraba Ingenieros la tarea que Martínez Paz venía realizando en relación al, por entonces, novísimo Instituto de Criminología; creado durante la gestión del Gobernador Ramón J. Cárcano. Dicho Instituto fue concebido con el objeto de estudiar, en forma sistematizada, la población criminal de la provincia y de su relación con el medio físico y social. La primera comisión encargada de su puesta en marcha se integraba por profesionales que provenían de tres campos diversos: ciencias médicas (Virgilio Ducceschi y Nicánor Sarmiento), derecho (Enrique Martínez Paz, Julio Rodríguez de la Torre, Nicasio Salas Oroño y Lisardo Novillo Saravia) y técnica penitenciaria (Antonio Amaya)(96). Al diseñar las pautas de trabajo del Instituto, y como propuesta metodológica para el estudio de los internos, se incluía la adopción de fichas criminológicas, muy similares a las desarrolladas por Ingenieros durante su gestión del Instituto de Criminología, en la Penitenciaría Nacional(97).

#### IV. REFLEXIONES CONCLUSIVAS

De todo cuanto venimos analizando es posible extraer algunas conclusiones. Las mismas discurren sobre dos ejes centrales: uno, relativo al pensamiento de Ingenieros en relación al tema que nos con-

---

(96) LUCIANO, M., «La versión local del reformismo penitenciario. Córdoba, 1908-1916», en *Revista de Historia de las Prisiones* núm.1, año 2015, p. 110.

(97) LUCIANO, «La versión (...)», *op. cit.*, p. 110.

vocó; y el otro referido a las lecturas, apropiaciones y circulación de sus obras criminológicas en la cultura cordobesa.

En relación al primer aspecto ha sido posible observar cómo el libro *Los alienados delincuentes* constituyó un texto que, en alguna medida, prefiguró los trabajos posteriores de Ingenieros; especialmente aquellas opiniones que profundizaría, años más tarde, al publicar su obra *Criminología*.

Desde otra perspectiva, es muy notorio cómo el ejercicio profesional en diversos espacios institucionales (V.gr. Servicio de Observación de Alienados e Instituto de Criminología) suministró a Ingenieros la materia prima con la cual nutriría la argumentación científica de algunos de sus escritos, a través de la exposición del caso u observación clínica; aspecto evidenciado en el libro de 1908; pero que estuvo presente en otras producciones científicas posteriores del autor.

En cuanto a su pensamiento puntual vinculado con la enfermedad mental y el delito –que trasuntan los diversos textos a que nos refiriéramos– es indudable que el aporte central de Ingenieros, especialmente si se lo analiza en el concierto del ideario positivista en cuyo contexto se desarrollaron, consistió en visibilizar el factor psicopatológico en la explicación de la etiología de la criminalidad. Desde luego que, como puede observarse de su enunciación de los factores determinantes del delito contenida en su libro *Criminología*, éstos no se reducen a aquél, aunque el valor de la psicopatología es alzaprimado porque, en sus palabras, el crimen «no se produce sin que exista una perturbación de la actividad psicológica respecto del ambiente social»; perturbación que «puede ser estable, transitoria o simplemente accidental»(98). Junto a este rasgo, que particulariza en cierta medida al positivismo argentino, advertimos también otras tres ideas que permean su doctrina. Por una parte, la crítica respecto a la legislación penal por entonces vigente –el Código de 1887, que no preveía consecuencias jurídico penales para el agente que cometiese un hecho delictivo bajo el signo de una enfermedad mental– y la necesidad de que ésta se reformase, teniendo en cuenta los nuevos horizontes de la psiquiatría que demostraban la peligrosidad de estos sujetos. Una segunda idea, íntimamente vinculada con la anterior, reclamaba de los expertos médicos que eran llamados a intervenir en los procesos judiciales criminales una gran rigurosidad en su tarea; particularmente para detectar los casos de simulación de la locura que, en virtud del ordenamiento positivo, podrían conducir –si no eran detectadas en la forma en que correspondía– a injusticias frente a situaciones impunes. Finalmente

---

(98) INGENIEROS, *Criminología*, op. cit., p. 110.

también se destaca en el pensamiento de Ingenieros su descreimiento respecto de que existiesen casos de semi-responsabilidad.

Con relación al segundo eje propuesto –esto es: cómo fueron las lecturas de las obras de Ingenieros y qué grado de circulación tuvieron las mismas en la cultura cordobesa– también podemos efectuar algunas aproximaciones. Por de pronto, en el ámbito del espacio médico legal, éstas fueron significativas. Los dos profesores de la asignatura en la Facultad de Ciencias Médicas de la Universidad Nacional de Córdoba, especialmente entre los años 1916 a 1930, utilizaron, en la elaboración de su manual o en los artículos científicos, conceptos y argumentos que provenían de sus interpretaciones del sentido de los textos de Ingenieros; en algunos casos, como verdaderas apropiaciones del pensamiento de aquel aunque, también, en algunas situaciones, reflexionando críticamente sobre esas obras; apartándose, incluso, de sus conclusiones; tal como sucediera con Stucchi y su oposición frente a la tesis de Ingenieros que rechazaba la doctrina de la semi-responsabilidad; o del propio Bermann, que objetó aspectos de las clasificaciones de su maestro. También fue posible constatar que estas relaciones no se limitaron a la lectura sino que incluyeron comunicaciones epistolares.

Con respecto al espacio jurídico estas operaciones no tuvieron la misma intensidad. Por de pronto se verificaron algunos diálogos epistolares tempranos –en 1913– entre Enrique Martínez Paz e Ingenieros; vinculados, en cierta forma, a aspectos de la praxis institucional, tal cual lo viéramos con relación al Instituto de Criminología, creado en Córdoba, y que tuvo en aquel jurista uno de los integrantes de la primera Comisión designada para su gobierno.

Desde una perspectiva académica, el uso de la obra de Ingenieros, en este ámbito (el jurídico), estuvo más circunscripta al libro *Criminología*, que en alguna medida representó un insumo para la discusión, desarrollada en forma más explícita en la tercera década del siglo pasado, vinculada con las relaciones existentes entre éste saber y la ciencia jurídico penal; especialmente en un momento en donde, al interno de la academia cordobesa, comenzaba a vislumbrarse un cuestionamiento de las doctrinas del positivismo criminológico; lo que tuvo lugar a partir de la obra de Soler, quien inició un esfuerzo tendente a la diferenciación disciplinar. En este sentido, la vocación envolvente de la Criminología y sus efectos sobre las actitudes de ciertos juristas locales frente a la ley, condujeron a Soler a negar estatuto científico al saber criminológico; y justamente, para demostrar aquella vocación y sus puentes con cierto organicismo de tinte bio-psicológico, apeló a la ejemplificación con la postura del médico palermitano.



## V. BIBLIOGRAFÍA

- BAGÚ, S., *Vida ejemplar de José Ingenieros. Juventud y plenitud*, Editorial Claridad, Buenos Aires, 1936.
- BALLET, G., *L'expertise médico-légale et la question de responsabilité*, Paris, l'Harmattan, 1999.
- BERMANN, G., «Ideas directrices en Psicopatología Médico-Legal», *Revista de Criminología, Psiquiatría y Medicina Legal*, Buenos Aires, VII, 1920.
- «Conceptos básicos en Psiquiatría Médico Legal», *Revista de Criminología, Psiquiatría y Medicina Legal*, Buenos Aires, 1921, VIII.
- «Informe Médico Legal sobre un delincuente nato homicida», *Revista de Criminología, Psiquiatría y Medicina Legal*, Buenos Aires, 1922, IX.
- «Sobre los diagnósticos “tardíos” en Psiquiatría Médico-Legal ¿Delirio sistematizado de persecuciones fugaz en un anciano?», *Revista de Criminología, Psiquiatría y Medicina Legal*, Buenos Aires, 1923, X.
- *El civilizador-El moralista-Lo que le debe nuestra generación*, M. Gleizer Editor, Buenos Aires, 1926.
- «La obra científica de José Ingenieros. Conferencia inaugural», *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, año XVI, núm. 3-4, Córdoba, mayo-junio de 1929.
- CAIMARI, L., «Psychiatrists, Criminals, and Bureaucrats. The production of scientific biographies in the Argentine penitentiary system (1907–1945)», en Mariano Plotkin (editor), *Argentina on the Couch: Psychiatry, State, and Society, 1880 to the Present*, University of New Mexico Press, 2003.
- «La Antropología Criminal y la recepción de Lombroso en América Latina», en Silvio Montaldo y Paolo Tappero (eds.), *Cesare Lombroso cento anni dopo*, UTET Librería, 2009.
- «Notas sobre un derrotero. Ingenieros y el proyecto criminológico», *Políticas de la memoria. Anuario de investigación e información del CeDInCI*, núm. 13, Buenos Aires, verano de 2012-2013.
- CELENTANO, A., «Determinismo y psiquiatría: una lectura de la tesis de Gregorio Bermann», en Marisa Miranda – Gustavo Vallejo (compiladores), *Darwinismo social y eugenesia en el mundo latino, Siglo XXI de Argentina Editores*, Buenos Aires, 2005.
- CESANO, J. D., *Criminalidad y discurso médico lega (Córdoba 1916-1938)*, Ed. Brujas, Buenos Aires, 2013.
- *Consecuencias jurídico-penales y enfermedad mental. Cultura jurídica y codificación argentina (1877-1921)*, Ed. Brujas, Córdoba, 2021.
- CHAMI ROUVROY, T., MANULI, M., «La criminología de los revolucionarios. Los aportes de José Ingenieros y Pietro Gori en la formación del campo científico criminológico en la Argentina (1898-1916)», *Trabajadores. Ideologías y experiencias en el movimiento obrero*. Revista de Historia, año II, núm. 3, primer semestre de 2012.
- DOTTI, J. E., *Las vetas del texto*, 2.<sup>a</sup> ed., Las Cuarenta, Buenos Aires, 2011.
- DOVIO, M. A., «La “mala vida” y el Servicio de Observación de Alienados en la revista Archivos de Psiquiatría, Criminología, Medicina Legal y Cien-

- cias Afines (1902-1913)», *Sociológica*, año 26, número 74, Universidad Autónoma Metropolitana-Azcapotzalco, septiembre-diciembre de 2011, México.
- FALCONE, R., *Genealogía de la locura. Discursos y prácticas de la alienación mental en el positivismo argentino (1880-1930)*, Ed. Letra Viva, Buenos Aires, 2012.
- FERNÁNDEZ, H., «Ingenieros Psiquiatra», *Nosotros. Revista mensual de Letras, Artes, Historia, Filosofía y Ciencias Sociales. Número Extraordinario. A José Ingenieros*, año XIX, núm. 199, Buenos Aires, diciembre de 1925.
- FERNÁNDEZ, C. B., «Las historias de vida en José Ingenieros», *Anclajes*, vol. 13, núm. 13 (2009).
- GALFIONE, M. C., «“Delincuente”, “anormal” y “peligroso”: bases conceptuales para la intervención clínica de la criminalidad en José Ingenieros», *Estudios de Filosofía Práctica e Historia de las Ideas*, volumen 15, núm. 2, Mendoza, diciembre de 2013.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J. M., «Retórica y cambio de contextos en Quentin Skinner», en Enrique Bocardó Crespo (editor), *El giro contextual. Cinco ensayos de Quentin Skinner y seis comentarios*, Tecnos, Madrid, 2007.
- GRASSET, J., *Semi-locos y semi-responsables*, versión castellana, prólogo y notas de Genaro González Carreño, 1908, Sáenz de Jubera Hermanos, Editores, Madrid.
- GRENDI, E., «¿Repensar la Microhistoria?», en Jacques Revel, *Juegos de escalas. Experiencias de microanálisis*, UNSAM EDITA, Buenos Aires, 2015.
- INGENIEROS, J., *Dos páginas de psiquiatría criminal*, Librería Bredhal, Buenos Aires, 1900.
- *Los alienados delincuentes ante la ley penal*, 1908, La semana Médica, Imprenta de obras de E. Spinelli, Buenos Aires, 1908. Reedición: *Los alienados delincuentes ante la ley penal. Sistema penitenciario*. Estudio preliminar de José Daniel Cesano y Jorge A. Núñez, Colección Criminología Argentina, Buena Vista, Córdoba, 2016.
- *Criminología*, Jorro, Madrid, 1913. Reedición Buena Vista Editores, Colección Criminología Argentina, Estudio Preliminar: María Carla Galfione, Córdoba, 2012.
- «Las ciencias nuevas y las leyes viejas», en *La universidad del porvenir y otros escritos*, Ediciones Meridion, Buenos Aires, 1956.
- LOUDET, O. – LOUDET, O. E., *Historia de la Psiquiatría Argentina*, Troquel, Buenos Aires, 1970.
- LUCIANO, M., «La versión local del reformismo penitenciario. Córdoba, 1908-1916», en *Revista de Historia de las Prisiones*, núm. 1, año 2015.
- MARICONDE, P., «El elemento biológico y social en la noción del delito y de la peligrosidad criminal», *Revista de Criminología, Psiquiatría y Medicina Legal*, año XXI, núm. 125, Buenos Aires, septiembre-octubre, 1934.

- «La idea del “tipo criminal” y el principio de la evolución», *Revista Psiquiatría y Criminología*, año I, núm. 5, Buenos Aires, septiembre-octubre, 1936.
- «La noción sociológica del delito y la Constitución Argentina», *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Universidad Nacional de Córdoba, año III, marzo-junio de 1939.
- MOYANO GACITÚA, C., *Curso de ciencia criminal y derecho penal argentino*, Félix Lajouane, Editor, Buenos Aires, 1899.
- *La delincuencia argentina ante algunas cifras y teorías*, Casa Editora – F. Domenici, Córdoba, 1905.
- PLOTKIN, M. B., *José Ingenieros. El hombre que lo quería todo*, Edhasa, Buenos Aires, 2021.
- PLOTKIN, M. B., ZIMMERMANN, E., «Saberes de Estado en la Argentina, siglos XIX y XX», en Mariano Ben Plotkin – Eduardo Zimmermann (compiladores), *Los saberes de Estado*, Edhasa, Buenos Aires, 2012.
- RAMOS, J. P., «Ingenieros criminalista», en *Revista Nosotros*, número extraordinario, Buenos Aires, año XIX, número 199, diciembre de 1925.
- RODRÍGUEZ DE LA TORRE, J., «Derecho Penal», *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, Córdoba, 1924.
- SALTO, G. N., «El caso clínico: narración, moral y enfermedad», *Filología*, XXIV, 1-2, 1989, Homenaje a Enrique Pezzoni, Instituto de Filología y Literaturas Hispánicas «Dr. Amado Alonso», Universidad de Buenos Aires.
- SCHOLTEN, H., FERRARI, F., *Los freudismos de Gregorio Bermann. Un recorrido sinuoso (1920-1962)*, vol. 1, Ed. Brujas, Córdoba, 2018.
- SOLER, S., «Presupuestos metódicos de los estudios criminalísticos», *Revista de Criminología, Psiquiatría y Medicina Legal*, año XXI, Buenos Aires, enero-febrero, 1934.
- STUCCHI, A., *Manual de Medicina legal*, t. III, Bautista Cubas, Córdoba, 1918.
- STUCCHI, A., «La responsabilidad del punto de vista médico-legal», *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, año V, núm. 3, Córdoba, mayo de 1918.
- TERÁN, O., *José Ingenieros: Pensar la Nación. Antología de textos*, Alianza, Buenos Aires, 1986.

# SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

## Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

GEMMA MARTÍNEZ GALINDO

Abogada. Profesora Contratada Doctora de Derecho Penal  
y Coordinadora del Máster en Ciberdelincuencia de UNIR.

### CONSTITUCIÓN

#### ARTÍCULO 14

##### *Derecho a la igualdad de armas*

«Podemos sistematizar la doctrina constitucional sobre el derecho a la igualdad de armas en el proceso penal, siguiendo la ya citada STC 130/2002, de 3 de junio, y a riesgo de incurrir en reiteraciones, en los siguientes términos: a) “La primera y más importante garantía debida del proceso penal, a los efectos de que este pueda tenerse por un juicio justo, es indudablemente aquella que impone al juez (hasta el punto de constituir parte de su estatuto constitucional, artículo 117.1 CE), y en lo que ahora interesa, al juez penal, la inquebrantable obligación de someterse de forma exclusiva y sin desfallecimiento o excepciones al ordenamiento jurídico. Especialmente, a las normas procesales que establecen la forma en la que debe ejercer su función jurisdiccional en los procesos penales. Pues su estricta sujeción a la Ley, en este caso, a la Ley procesal, garantiza la objetividad e imparcialidad del resultado de su enjuiciamiento del asunto que se someta a su examen.

La estricta sujeción del juez a la ley penal sustantiva y procesal que rige sus actos y decisiones constituye la primera y más importante garantía del juicio justo en la medida en que dicha sujeción asegura a las partes en el proceso que el Juez penal es un tercero ajeno a los intereses en litigio y, por tanto, a sus titulares y a las funciones que desempeñen en el proceso. Alejamiento que le permite decidir justamente la controversia, situándose por encima de las partes acusadoras e imputadas. Por esta razón le está vedado constitucionalmente asumir en el proceso funciones de parte (STC 18/1989, de 30 de enero, FJ 1, con cita de la STC 53/1987, de 7 de mayo, FFJJ 1 y 2), o realizar actos en relación con el proceso y sus partes que puedan poner de manifiesto que ha adoptado una previa posición a favor o en contra de una de ellas, lo que es aún más relevante cuando se trata del imputado en el proceso penal (por todas STC 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 5)” (STC 130/2002, FJ 3, y, con posterioridad, SSTC 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 14, y 12/2011, de 28 de febrero, FJ 3).

“De ahí que la imparcialidad objetiva del juez penal resulta sin duda una garantía esencial y debida del proceso penal justo. El juez debe garantizar que el órgano judicial ha actuado de forma que se excluya toda duda legítima sobre su neutralidad. Hemos tenido ocasión de afirmar que en esta materia ‘las apariencias son muy importantes porque lo que está en juego es la confianza que, en una sociedad democrática, los tribunales deben inspirar al acusado y al resto de los ciudadanos’ (STC 162/1999, FJ 5)” (STC 130/2002, FJ 3). Muy expresivamente, “la justicia no solo debe realizarse, también debe verse que se realiza” [En palabras de la STEDH de 26 de octubre de 1984, De Cubber c. Bélgica, § 26, “según un adagio inglés citado en la sentencia Delcourt de 17 enero 1970, [...] justice must not only be done: it must also be seen to be done”; expresión reiterada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, (entre otras, en las SSTEDH de 15 de octubre de 2009, caso Micallef c. Malta, § 98, y de 22 de octubre 2019, caso Deli c. Moldavia, § 36)]. “También hemos sostenido que aquel puede traspasar el límite que le impone el principio acusatorio cuando, perdiendo su apariencia de juez objetivamente imparcial, ha llevado a cabo una actividad inquisitiva encubierta al desequilibrar la inicial igualdad procesal de las partes en litigio, al respaldar una petición de una de ellas formulada en clara conculcación de lo dispuesto en la legalidad sustantiva o procesal y que puede deparar un perjuicio a la otra (STC 188/2000, de 10 de julio, FJ 2)”.

“El derecho a un proceso judicial con todas las garantías (art. 24.2 CE), por lo tanto, otorga al acusado y procesado el derecho a exigir del juez penal la observancia inexcusable de una actitud neutra respecto de las posiciones de las partes en el proceso, lo que obviamente tiene lugar si actúa en el proceso penal con estricta sujeción a lo que las normas procesales establecen. Esta estricta sujeción a lo dispuesto en la ley procesal garantiza su neutralidad y asegura la igualdad procesal entre las partes en el proceso. Pues esa igualdad, que constituye un principio constitucional de todo proceso integrado en el objeto del derecho a un proceso judicial con todas las garantías (art. 24.2 CE), significa que los órganos judiciales vienen constitucionalmente obligados a aplicar la ley procesal de manera igualitaria, de modo que se garantice a todas las partes, dentro de las respectivas posiciones que ostentan en el proceso y de acuerdo con la organización que a este haya dado la ley, el equilibrio de sus derechos de defensa, sin conceder trato favorable a ninguna de ellas en las condiciones de otorgamiento y utilización de los trámites comunes, a no ser que existan circunstancias singulares determinantes de que ese equilibrio e igualdad entre las partes solo pueda mantenerse con un tratamiento procesal distinto que resulte razonable, y sea adoptado con el fin precisamente de restablecer dichos equilibrio e igualdad (STC 101/1989, de 5 de junio, FJ 4)” (STC 130/2002, FJ 3)».

(STC 121/2021, de 2 de junio. Recurso de amparo 1406-2020. D. Santiago Martínez-Vares García. *BOE* 7-7-2021).

## ARTÍCULO 15

### *Prohibición de ser sometido a torturas o malos tratos*

«Los instrumentos internacionales suscritos por España en materia de derechos humanos, fuente interpretativa de los derechos fundamentales previstos en nuestra Constitución por mor de lo dispuesto en su artículo 10.2, establecen ciertas obligaciones que los Estados deben respetar para asegurar la protección contra la práctica de la tortura. Así, y por lo que al presente recurso de amparo afecta, el artículo 12 de

la Convención de la Organización de las Naciones Unidas de 10 de diciembre de 1984 contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (instrumento de ratificación por España de 19 de octubre de 1987 –“BOE” de 9 de noviembre), señala que “todo Estado parte velará porque, siempre que haya motivos razonables para creer que dentro de su jurisdicción se ha cometido un acto de tortura, las autoridades competentes procedan a una investigación pronta e imparcial”. En el mismo sentido, el artículo 9 de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en su sesión núm. 3452, de 9 de diciembre de 1975, dispone que “siempre que haya motivos razonables para creer que se ha cometido un acto de tortura tal como se define en el artículo 1 (‘A los efectos de la presente Declaración, se entenderá por tortura todo acto por el cual un funcionario público, u otra persona a instigación suya, inflija intencionalmente a una persona penas o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidar a esa persona o a otras. No se considerarán tortura las penas o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de la privación legítima de la libertad, o sean inherentes o incidentales a esta, en la medida en que estén en consonancia con las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos’), las autoridades competentes del Estado interesado procederán de oficio y con presteza a una investigación imparcial”.

Por su parte, el Tribunal Europeo ha reconocido reiteradamente que el artículo 3 del CEDH (“Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”) constituye uno de los principios fundamentales de toda sociedad democrática, prohibiendo en términos absolutos “la tortura o los tratos o penas inhumanos o degradantes, independientemente de las circunstancias y el comportamiento de la víctima” (STEDH 6 de abril de 2000, *Labita c. Italia*, § 119). Este tribunal también ha precisado que no todo maltrato puede ser considerado “tortura”, siendo necesario que el mismo alcance un mínimo de gravedad para suponer afectación del artículo 3 CEDH. En definitiva, “[l]a apreciación de este requisito es relativo por su propia naturaleza; depende del conjunto de las circunstancias del caso, y especialmente del carácter y del contexto del trato o de la pena y de sus modos de ejecución, de su duración, de sus efectos físicos y mentales y, a veces, del sexo, de la edad, y de la salud de la víctima” (STEDH de 7 de julio de 1989, *Soering c. Reino Unido*, § 100). Como un segundo grado tras la tortura se encuentran, según el mismo tribunal, los tratos inhumanos que son definidos como “los sufrimientos físicos o psíquicos provocados voluntariamente con una intensidad particular” (STEDH de 25 de abril de 1978, *Tyrer c. Reino Unido*, § 129) y los tratos degradantes conceptualizados, a su vez, como aquellos que “han disminuido la dignidad humana de las víctimas o ha despertado en ellas sentimiento de miedo, angustia e inferioridad capaces de humillarlas y degradarlas” (STEDH de 11 de diciembre de 2003, *Yankov c. Bulgaria*, § 104). Esta misma sentencia señala que para determinar si un trato puede ser considerado “degradante” en el sentido del artículo 3 CEDH habrá que valorarse “si su objeto es humillar y degradar a la persona en cuestión y si, en lo que respecta a las consecuencias, afectó negativamente a su personalidad de una manera incompatible con el artículo 3 CEDH, siendo que, incluso, la ausencia de tal propósito no puede descartar de manera concluyente la determinación de una violación del artículo 3 (SSTEDH de 19 de abril de 2001, *Peers c. Grecia*, § 74; 15 de julio de 2002, *Kalashnikov c. Rusia*, § 101; 11 de diciembre de 2003, *Yankov c. Bulgaria*, § 105)”.

En relación con ello, el Tribunal de Estrasburgo ha distinguido, a su vez, entre la posible violación del artículo 3 del CEDH en su parte sustancial y la posible violación

de dicho precepto en su vertiente procesal. Así, para declararse una violación sustancial del artículo 3 del CEDH debe apreciarse, más allá de toda duda razonable, que el demandante fue sometido a malos tratos, alcanzando un mínimo de gravedad. En este sentido, abunda el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que las acusaciones de malos tratos deben ser apoyadas “por elementos de prueba apropiados”, pudiendo dicha prueba “resultar de un conjunto de indicios o de presunciones no refutadas, suficientemente graves, precisos y concordantes” (STEDH de 28 de septiembre de 2010, San Argimiro Isasa c. España, § 58).

El aspecto procesal, por el contrario, cobra relevancia “cuando el tribunal no puede llegar a ninguna conclusión sobre la cuestión de si hubo o no tratos prohibidos por el artículo 3 del Convenio debido, al menos en parte, al hecho de que las autoridades no reaccionaron de una forma efectiva a las quejas formuladas por los denunciantes” (STEDH de 17 de octubre de 2006, Danelia c. Georgia, § 45). En estos casos, el Tribunal Europeo Derechos Humanos recuerda que, cuando un individuo afirma de manera argumentada haber sufrido, de manos de la policía o de otros servicios equiparables del Estado, malos tratos contrarios al artículo 3 CEDH, esta disposición, combinada con el deber general impuesto al Estado por el artículo 1 CEDH de “reconocer a toda persona bajo su jurisdicción, los derechos y libertades definidos [...] [en el] Convenio”, requiere, implícitamente, que haya una investigación oficial efectiva. Esta investigación, a semejanza de la que resulta del artículo 2, debe poder conducir a la identificación y al castigo de los responsables (SSTEDH de 27 de septiembre de 1995, McCann y otros c. Reino Unido, § 161; de 11 de julio de 2000, Dikme c. Turquía, § 101, y de 8 de marzo de 2011, Beristain Ukar c. España, § 28). Si no fuera así, el propio artículo 3 CEDH quedaría vacío en la práctica siendo posible “para agentes del Estado abusar de los derechos de quienes están bajo su control con virtual impunidad” (STEDH de 28 de octubre de 1998, Assenov y otros c. Bulgaria, § 102).

En efecto, en numerosas ocasiones el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, debido a la ausencia de elementos probatorios suficientes, ha concluido no poder afirmar con certeza, de acuerdo con su propia jurisprudencia, que el demandante fue sometido, durante su arresto y su detención, a los malos tratos alegados. Ahora bien, cuando la imposibilidad de determinar más allá de toda duda razonable que el demandante fue sometido a malos tratos contrarios al artículo 3 CEDH “se desprende en gran medida de la ausencia de una investigación profunda y efectiva por las autoridades nacionales tras la denuncia presentada por el demandante por malos tratos”, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado violado el artículo 3 CEDH en su vertiente procesal (SSTEDH de 8 de marzo de 2011, Beristain Ukar c. España, § 39, 41 y 42; de 28 de septiembre de 2010, San Argimiro Isasa c. España, § 65, y de 2 de noviembre de 2004, Martínez Sala y otros c. España, § 156 y 160).

En sus pronunciamientos más recientes, la jurisprudencia del mismo tribunal ha hecho especial hincapié en la necesidad de que la investigación efectiva haya de evaluarse con mayor rigor cuando el denunciante se encuentra en una situación de detención incomunicada, lo que exige un mayor esfuerzo, por parte de las autoridades, para esclarecer los hechos denunciados (SSTEDH de 7 de octubre de 2014, asunto Ataun Rojo c. España; de 7 de octubre de 2014, asunto Etxebarria Caballero c. España; de 5 de mayo de 2015, asunto Arratibel Garciandia c. España, y de 31 de mayo de 2016, asunto Beortegui Martínez c. España). Esto no implica, en modo alguno, que la necesidad de investigación efectiva sea predicable, únicamente, respecto a supuestos de torturas, tratos inhumanos o degradantes cometidos durante una detención incomunicada, sino que es en estos casos, precisamente, cuando la investigación ha de imponerse y evaluarse con mayor rigor dada cuenta que los alegados malos tratos fueron producidos “en una

situación de aislamiento y de total ausencia de comunicación con el exterior, un tal contexto que exige un mayor esfuerzo, por parte de las autoridades internas, para determinar los hechos denunciados” (SSTEDH de 7 de octubre de 2014, *Etxebarria Caballero c. España*, § 47, y 19 de enero de 2021, *González Etayo c. España*, § 60).

Este mayor rigor es igualmente predicable respecto a los malos tratos cometidos sobre menores edad “dada la naturaleza fundamental de los derechos garantizados por el artículo 3 CEDH y su especial vulnerabilidad” por lo que los poderes públicos “tienen la obligación inherente de protegerlos contra los malos tratos” (SSTEDH de 28 de enero de 2014, *O’Keeffe c. Irlanda*, § 145, y de 4 de junio de 2020, *Association Innocence en Danger et Association Enfance et Partage c. Francia*, § 157).

Por ello mismo, son numerosos los pronunciamientos del Tribunal Europeo Derechos Humanos en que se ha estimado un incumplimiento de las obligaciones positivas procesales derivadas del artículo 3 CEDH en casos en los que, aunque los alegados malos tratos no habían tenido lugar en el marco de detenciones incomunicadas, la investigación desarrollada por los órganos judiciales no había sido apurada mediante las diligencias indispensables para el esclarecimiento de los hechos. Es el caso, por ejemplo, de la STEDH de 24 de julio de 2012, *B. S. c. España*, en el que se declaró la violación de los aspectos procesales del artículo 3 CEDH en el supuesto de sobreseimiento de una denuncia donde se alegaban malos tratos producidos durante una actuación policial realizada en la vía pública, o la STEDH de 9 de marzo de 2021, *López Martínez c. España*, respecto al archivo de una denuncia por agresiones policiales presuntamente acaecidas durante el desalojo de un establecimiento de hostelería.

(.../...)

Señalábamos en la STC 12/2013, de 28 de enero, que es necesario que “las sospechas de comisión de torturas se revelen como susceptibles de ser despejadas mediante una investigación eficaz. En este sentido hemos afirmado que ‘respecto a la investigación de indicios de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes sufridos bajo la custodia de autoridades policiales, de los acuerdos internacionales firmados por España y del propio tenor del artículo 15 CE se desprende un especial mandato de agotar cuantas posibilidades razonables de indagación resulten útiles para aclarar los hechos. En estos supuestos, en los que el valor superior de la dignidad humana puede verse comprometido con motivo de una situación especial en la que el ciudadano se encuentra provisionalmente bajo la custodia física del Estado, es necesario acentuar las garantías, de tal modo que el ordenamiento constitucional pueda amparar al ciudadano fácticamente desprotegido ante cualquier sospecha de excesos contra su integridad física o moral’ (por todas, SSTC 224/2007, de 22 de octubre, FJ 3; 34/2008, de 25 de febrero, FJ 6; 52/2008, de 14 de abril, FJ 2; 107/2008, de 22 de septiembre, FJ 2; y 63/2010, de 18 de octubre, FJ 2)”.

Por ello mismo, hemos venido considerando que “vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva en este ámbito que no se abra o que se cierre la instrucción cuando existan sospechas razonables de que se ha podido cometer el delito de torturas o de tratos inhumanos o degradantes denunciado, y cuando tales sospechas se revelen como susceptibles de ser despejadas” (entre otras, las SSTC 34/2008, de 25 de febrero, FJ 6; 52/2008, de 14 de abril, FJ 2, y 63/2010, de 18 de octubre, FJ 2). Consecuentemente, para determinar cuándo se ha producido una violación del derecho del artículo 24 CE vinculado con el artículo 15 CE es preciso valorar dos elementos: (i) en primer lugar, que existan razonables sospechas de haberse cometido un delito de tortura o de tratos inhumanos o degradantes. Estas sospechas no deben limitarse, claro está, a aquellos casos en los que el demandante aporte un importante material probatorio que sirva para acreditar la existencia de las mismas dado que es, precisamente,



“la probable escasez de pruebas existente en este tipo de delitos, lo que debe alentar, por un lado, la diligencia del instructor para la práctica efectiva de las medidas posibles de investigación y, por otro, ante la dificultad de la víctima de aportar medios de prueba sobre su comisión, hacer aplicable el principio de prueba como razón suficiente para que se inicie la actividad judicial de instrucción” (SSTC 107/2008, de 22 de septiembre, FJ 2; 123/2008, de 20 de octubre, FJ 2, y 40/2010, de 19 de julio, FJ 2), y (ii) en segundo lugar, que la sospecha de comisión de torturas se revelen como susceptibles de ser despejadas mediante una investigación eficaz. En este sentido el tribunal ha afirmado que “respecto a la investigación de indicios de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes sufridos bajo la custodia de autoridades policiales, de los acuerdos internacionales firmados por España y del propio tenor del artículo 15 CE se desprende un especial mandato de agotar cuantas posibilidades razonables de indagación resulten útiles para aclarar los hechos” (por todas, SSTC 224/2007, de 22 de octubre, FJ 3; 34/2008, de 25 de febrero, FJ 6; 52/2008, de 14 de abril, FJ 2; 107/2008, de 22 de septiembre, FJ 2, y 63/2010, de 18 de octubre, FJ 2).

Esta necesidad de agotar los medios posibles de indagación, como precisamos en la STC 153/2013, de 9 de septiembre, FJ 4 b), con cita de otras anteriores, no supone que “[...] ‘se practiquen todas y cada una de las diligencias solicitadas o imaginables, pero sí que en un contexto aún de incertidumbre acerca de lo acaecido se practiquen aquellas que a priori se revelen susceptibles de despejar tales dudas fácticas. Si hay sospechas razonables de maltrato y modo aún de despejarlas no puede considerarse investigación oficial eficaz la que proceda al archivo de las actuaciones’ (STC 34/2008, de 25 de febrero, FJ 8). De este modo, ‘la tutela judicial será así suficiente y efectiva ex art. 24.1 CE si se ha producido una investigación oficial eficaz allí donde se revelaba necesaria. Esta exigencia no comporta la apertura de la instrucción en todo caso, ni impide la clausura temprana de la misma. Tampoco impone la realización de todas las diligencias de investigación posibles o propuestas. Tales obligaciones conducirían a instrucciones inútiles en perjuicio de los intereses de los imputados y de una racional gestión de los recursos de la administración de justicia’ (SSTC 34/2008, de 25 de febrero, FJ 6; 123/2008, de 20 de octubre FJ 2; 63/2010, de 18 de octubre, FJ 2, y 131/2012, de 18 de junio, FJ 2). Resulta así posible no proseguir con nuevas diligencias de investigación en aquellos casos en que o bien no persistan sospechas razonables sobre los hechos denunciados o bien incluso persistiendo ya se han agotado los medios razonables y eficaces de investigación. El canon de investigación suficiente se refiere así tanto a la inexistencia de sospechas razonables, como a la utilidad de continuar con la instrucción (SSTC 34/2008, de 25 de febrero, FJ 8; 52/2008, de 14 de abril, FJ 5, y 63/2008, de 26 de mayo, FJ 4)’.

Todo lo anterior pone de manifiesto el carácter eminentemente circunstancial de la apreciación del panorama indiciario que obliga a las autoridades a no concluir la investigación, manteniendo así el necesario equilibrio entre la firmeza que la preservación del Estado de Derecho exige en la investigación de las conductas delictivas o irregulares cometidas al amparo del ejercicio del poder y la necesidad de salvaguardar el crédito de ese mismo Estado de Derecho frente a una eventual ‘estrategia destinada a abrir o mantener abierto el mayor tiempo posible el proceso penal, para erosionar el crédito de las instituciones democráticas o para obtener la identidad de los agentes intervinientes en la lucha antiterrorista, poniendo en peligro su vida o la continuidad de su labor’ [STC 12/2013, de 28 de enero, FJ 3, a) in fine]’.

Con base en esta doctrina hemos estimado el amparo en supuestos en que se había concluido la instrucción sin haber tomado declaración al denunciante [por todas, SSTC 34/2008, de 25 de febrero, FJ 8; 52/2008, de 14 de abril, FJ 5, 107/2008, de 22 de septiembre, FJ 4; 63/2010, de 18 de octubre, FJ 3 b); 131/2012, de 18 de

junio, FJ 5; 153/2013, de 9 de septiembre, FJ 6, y 39/2017, de 24 de abril, FJ 4], sin haber oído al letrado de oficio que asistió al detenido en dependencias policiales (SSTC 52/2008, de 14 de abril, FJ 5; 130/2016, de 18 de julio, FJ 5, y 144/2016, de 19 de septiembre, FJ 4), sin haber recibido declaración a los profesionales sanitarios que asistieron al denunciante (STC 52/2008, de 14 de abril, FJ 5), o sin haber identificado, y tomado declaración, a los agentes de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado bajo cuya custodia se encontraba el denunciante (SSTC 107/2008, de 22 de septiembre, FJ 4; 40/2010, de 19 de julio, FJ 4; 144/2016, de 19 de septiembre, FJ 4, y 39/2017, de 24 de abril, FJ 4)».

(STC 166/2021, de 4 de octubre. Recurso de amparo 206-2021. Ponente: D. Ricardo Enríquez Sancho. *BOE* 9-11-2021).

## ARTÍCULO 17.1

### *Prisión provisional. Adopción sin poner de manifiesto las actuaciones del expediente*

«La doctrina sentada en las SSTC 83/2019, de 17 de junio, FFJJ 3 a 5; 94/2019 y 95/2019, de 15 de julio, FFJJ 3 a 5, y 180/2020, de 14 de diciembre, FFJJ 4 y 5, es la siguiente:

a) “Con carácter general, corresponde al juez instructor velar por que el detenido, una vez que se encuentra a su disposición (art. 17.2 CE), sea debidamente informado de sus derechos y garantías procesales (arts. 17.3 CE y 118 y 520 LECrim), procurando que esa información se le facilite por escrito de forma inmediata y, en todo caso, con anterioridad a alguno de los momentos en los que pueda verse comprometida la efectividad de su derecho de defensa. Particularmente destacables son los momentos de recibirle declaración y de decidir sobre su situación personal. Deberá asegurarse también el instructor de la adecuada comprensión por el justiciable, puesto bajo su custodia, del elenco de derechos que le asisten ex art. 520 LECrim, de los que se le entregará además copia escrita” (SSTC 95/2019, FJ 6; 94/2019, FJ 6, y 83/2019, FJ 6). “Mientras que el derecho a ser informado sobre los hechos investigados y sobre las razones que han llevado al detenido a presencia judicial debe ser promovido directamente por el instructor, proporcionando de oficio al investigado y a su defensa cuantos detalles fácticos y jurídicos sean necesarios, por expresivos en tal sentido (art. 520.2 inciso 1 LECrim), los restantes derechos enumerados en el artículo 520.2 LECrim y, entre ellos, el acceso a los materiales del expediente relacionados con su privación de libertad que resulten esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad [art. 520.2 d) LECrim] requieren, en cambio, de la rogación por el interesado, quien después de informado del derecho que le asiste en tal sentido habrá de exteriorizar su voluntad de hacer uso del derecho o derechos de que se trate” (SSTC 95/2019, FJ 6; 94/2019, FJ 6, y 83/2019, FJ 6).

(.../...)

“Corresponde ahora perfilar el acceso al expediente que, vinculado a la comparecencia del art. 505 LECrim y en garantía de su libertad personal, incumbirá al investigado o encausado con el fin de rehuir una situación de indefensión (art. 17.1 CE, en relación con el art. 24.1 CE). El sentido constitucional de estos derechos lleva a interpretar que, desde el momento en que el órgano judicial haya

informado de que se va a celebrar esta comparecencia, estará habilitado el investigado para expresar, por sí o a través de su abogado, su voluntad de acceder al expediente con la finalidad de tomar conocimiento de lo necesario para rebatir la procedencia de las medidas cautelares privativas de libertad que puedan interesar las acusaciones. Dado que es precisamente esta su finalidad, el uso del derecho que le asiste no podrá posponerse más allá del momento en que, durante la propia comparecencia, una vez expuestas sus alegaciones por las acusaciones, llegue el turno de intervención de la defensa del interesado. Y ello porque ha de ser con anterioridad a que el órgano judicial adopte una decisión sobre la libertad del investigado cuando este, potencialmente afectado por la medida cautelar que vaya a interesarse, tenga la oportunidad de requerir, por sí o a través de su representante en el proceso, ese acceso al expediente que le permita disponer de aquellos datos que, como consecuencia de las diligencias practicadas, puedan atraer una valoración judicial última de pertinencia de la medida cautelar privativa de libertad que se solicite, conforme a los fines que la justifican” (STC 83/2019, FJ 6). “Mostrada por el justiciable o por su defensa la voluntad de hacer uso del derecho reconocido en el art. 520.2 d) LECrim, compete al órgano judicial darle efectividad del modo más inmediato y efectivo posible, interrumpiendo, si fuere preciso, la comparecencia ya iniciada, sin perjuicio de su reiteración en fase posterior” (STC 83/2019, FJ 6).

(.../...)

El secreto sumarial habrá de convivir en estos casos con una accesibilidad al sumario que constriña el nivel de conocimiento por el investigado del resultado de la investigación a aquello que resulte esencial –en el sentido de sustancial, fundamental o elemental– para un adecuado ejercicio de su defensa frente a la privación de libertad, siempre previa solicitud expresa por su parte en tal sentido” (STC 95/2019, FJ 6).

d) “Determinados por el instructor los elementos fundamentales del caso en clave de privación de libertad, la efectividad de la garantía requiere que la información se suministre al interesado por el mecanismo que resulte más idóneo, a criterio del órgano judicial: extracto de materiales que obren en las actuaciones, exhibición de documentos u otras fuentes de prueba, entrega de copias o de cualquier otro soporte o formato, siempre que garantice el ajuste con los datos obrantes en el expediente y permita un adecuado uso en términos de defensa (STC 21/2018, de 5 de marzo, FJ 6). No basta, por tanto, con la información que verbal y genéricamente pueda proporcionarse en tal sentido.

El transcurso del tiempo provoca, pues, efectos tanto en la privación provisional o preventiva de libertad como en la declaración sumarial de secreto, operando como indudable factor a ponderar en su convivencia con el interés del investigado en conocer el contenido íntegro de las actuaciones, de modo que a medida que avance el periodo de investigación los intereses del investigado irán sobreponiéndose al interés en el mantenimiento del secreto. Por todo ello, si la virtualidad del secreto puede operar como valor preponderante en los comienzos de la investigación en la que se decreta, bien por ponderación de los intereses en presencia (art. 301 y 302 LECrim), bien por mandato legal y sin necesidad de expresa declaración en el caso de adoptarse medidas de investigación tecnológica [art. 588 bis d) LECrim], pudiendo provocar incluso que el derecho de defensa del investigado sobre el que se ejecuta una medida cautelar personal privativa de libertad tropiece con parcelas de investigación descono-

cidas, no es menos cierto que el paso del tiempo debilita aquel interés, que puede predominar en un principio”».

(STC 80/2021, de 19 de abril. Recurso de amparo 1692-2019. Ponente: D. Alfredo Montoya Melgar. BOE 19-5-2021).

## ARTÍCULO 17.4

### *Habeas corpus. Vulneración del derecho por no resolverlo con celeridad y por inadmitirlo sin fundamento*

«El procedimiento de *habeas corpus* se sustenta sobre dos notas que le son propias; de una parte, la ya citada de la celeridad, en el sentido de que, con la mayor rapidez posible, el juez haga cesar la vulneración del derecho a la libertad; y, de otro lado, la intermediación, entendida esta última como la presencia del detenido ante el juez. Al respecto, el Tribunal ha declarado que “la esencia de este proceso consiste, precisamente, en que el juez compruebe personalmente la situación de la persona que pida el control judicial, siempre que se encuentre efectivamente detenida, es decir, ‘haber el cuerpo’ de quien se encuentre detenido para ofrecerle una oportunidad de hacerse oír, y ofrecer las alegaciones y pruebas (STC 37/2008, de 25 de febrero, FJ 3)” (STC 12/2014, de 27 de enero, FJ 3, y 72/2019, de 20 de mayo, FJ 2, por todas).

De conformidad con las anteriores afirmaciones generales, el procedimiento de *habeas corpus* está derechamente encaminado a que un juez examine, con celeridad, la situación de privación no judicial de libertad de una persona, y se pronuncie, mediante resolución motivada, sobre las causas o las condiciones en que aquella se haya producido y esté teniendo lugar, a fin de proporcionar tutela efectiva al detenido.

A partir del instante de su presentación, la solicitud debe provocar una inmediata respuesta motivada del órgano judicial (art. 1 LOHC), que podrá ser de inadmisión, denegando la tramitación del procedimiento, o de estimación o desestimación de aquella si supera aquel trámite inicial, pero, en todo caso, constituye la expresión de un mandato constitucional dirigido al órgano judicial que contiene la exigencia de una respuesta expresa y argumentada en derecho de este, debiendo tener como referente esencial de su razonamiento, la alegada vulneración del derecho a la libertad que se denuncia.

(.../...)

Veamos, a continuación, los distintos supuestos que pueden suceder:

a) En primer lugar, abordamos el supuesto que no ha suscitado ninguna duda y que se refiere al caso en que el recurrente apoye su pretensión de amparo en la eventual vulneración del artículo 17.4 CE cuando el órgano judicial, después de admitida a trámite la solicitud de *habeas corpus* e incoado el correspondiente procedimiento, oída en comparecencia la persona privada de libertad, asistida de letrado y con intervención del Ministerio Fiscal, dicte resolución desestimando la solicitud. En tal caso no será precisa la interposición del incidente extraordinario de nulidad de actuaciones para la presentación de la demanda de amparo. Consideramos que el órgano judicial ha conocido y resuelto sobre el hecho de la privación de libertad, de las causas que la motivaron, del tiempo de permanencia en aquella situación, así como de las demás condiciones en que la misma tuvo lugar, por lo que ha dado una respuesta motivada y proporcionado debida tutela al privado de libertad. Este supuesto resulta extensible,

también, a los denominados recursos de amparo “mixtos”, esto es a los que las quejas sobre el derecho a la libertad personal del artículo 17 CE, van dirigidas, de una parte, contra la actuación de las autoridades y funcionarios no judiciales y, de otro lado, contra el órgano judicial que, de conformidad con el artículo 17.4 CE, haya controlado la privación de libertad y las condiciones de esta.

b) La cuestión se localiza en la segunda modalidad de supuestos, esto es en el de los casos en que el juez ha denegado la incoación del procedimiento de *habeas corpus* y la demanda de amparo denuncia la vulneración del artículo 17.4 CE, bien de modo exclusivo, bien en combinación con otras quejas derivadas de la actuación de autoridades o funcionarios no judiciales. En estos casos la doctrina de este tribunal no ha sido uniforme en lo que respecta a la exigencia del incidente extraordinario de nulidad de actuaciones para entender agotada la vía judicial previa. Como queda reflejado en el apartado A) de este fundamento jurídico, se han sucedido hasta tres etapas que han discurrido por diferentes alternativas, pasando desde el inicial punto de partida, en que no era requerida la interposición del incidente, hasta llegar a la exigencia del mismo e incluso, en algún pronunciamiento, delimitando la formalización de aquel incidente el agotamiento de la vía judicial para la queja apoyada en el artículo 17.4 CE.

(.../...) El Tribunal, matizando su anterior doctrina, declara que no es necesario el planteamiento del incidente de nulidad de actuaciones para el agotamiento de la vía judicial, cuando la demanda de amparo alegue vulneración del derecho a la libertad personal mediante el procedimiento de *habeas corpus*. Igualmente, este tribunal declara, que al igual que en otras ocasiones y respecto de otros supuestos (SSTC 31/2019, de 28 de febrero, FJ 3, y 112/2019, de 3 de octubre, FJ 3), la interposición de un incidente de nulidad de actuaciones contra la resolución judicial que inadmite a trámite un procedimiento de *habeas corpus* no podrá considerarse un recurso manifiestamente improcedente y, en consecuencia, su interposición no podrá determinar la extemporaneidad del recurso de amparo por alargamiento indebido de la vía judicial.

(.../...) Precisamente, en relación con esta garantía de la rapidez en la decisión judicial sobre la admisibilidad de una solicitud de *habeas corpus*, este tribunal ha declarado que “resulta conveniente subrayar la necesidad de que estas solicitudes de *habeas corpus* de los detenidos se tramiten con la conveniente urgencia y agilidad, por cuanto la razón de ser de esta garantía específica de la libertad se encuentra precisamente en que sean verificadas con prontitud por un juez la legalidad y las condiciones de la detención, quedando, por ello, desvirtuado este procedimiento si se tramita con demoras, posponiéndose el traslado del detenido a presencia judicial. Sin que puedan considerarse un impedimento para adoptar este comportamiento las inconveniencias o incomodidades que para el órgano judicial pudieran originarse por la petición del *habeas corpus* por el detenido en ciertas horas [...] de la noche, porque también en ese espacio temporal el juzgado de instrucción se encuentra en funciones de guardia” (STC 95/2012, de 7 de mayo, FJ 3).

También, el tribunal ha destacado que “el art. 17.4 CE, al regular este procedimiento de *habeas corpus*, se refiere a la ‘inmediata puesta a disposición judicial’ de la persona detenida y que el artículo 7 de la propia Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, de *habeas corpus*, establece como primera medida que debe seguir el juez en estos casos la de ordenar a la autoridad a cuya disposición se halle la persona privada de libertad que ‘la ponga de manifiesto ante él, sin pretexto ni demora alguna’, pudiendo, incluso, personarse ‘en el lugar donde aquella se encuentre’” (STC 95/2012, FJ 3, antes citada).

(.../...) Los únicos motivos constitucionalmente legítimos para no admitir un procedimiento de *habeas corpus* son los basados en la falta del presupuesto necesario de una situación de privación de libertad no acordada judicialmente o en el incumplimiento de los requisitos formales a los que se refiere el artículo 4 LOHC. Esta jurisprudencia es reiterada, constante e inequívoca (entre otras, SSTC 21/2014, de 10 de febrero, FJ 2; 32/2014, de 24 de febrero, FJ 2; 195/2014, de 1 de diciembre, FJ 3; 42/2015, de 2 de marzo, FJ 2, y 204/2015, de 5 de octubre, FJ 2, entre las más recientes):

“Por tanto, se hace necesario reiterar una vez más que este tribunal ha declarado que el procedimiento de *habeas corpus* no puede verse mermado en su calidad o intensidad; y que el control judicial de las privaciones de libertad que se realicen a su amparo debe ser plenamente efectivo, y no solo formal, para evitar que quede menoscabado el derecho a la libertad, ya que la esencia histórica y constitucional de este procedimiento radica en que el juez compruebe personalmente la situación de quien pide el control judicial, siempre que la persona se encuentre efectivamente detenida, ofreciéndole una oportunidad de hacerse oír (STC 95/2012, de 7 de mayo, FJ 4). Por otra parte, también es preciso recordar que es a los órganos judiciales a los que corresponde la esencial función de garantizar el derecho a la libertad mediante el procedimiento de *habeas corpus* controlando las privaciones de libertad no acordadas judicialmente; que en esa función están vinculados por la Constitución; y que tienen la obligación de aplicar e interpretar las leyes según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos (art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

El frecuente incumplimiento de esta jurisprudencia constitucional, que se pone de manifiesto con ocasión de los sucesivos recursos de amparo que se van presentado, es motivo de muy alta preocupación para el Tribunal Constitucional en una materia que suscita especial sensibilidad desde el punto de vista del respeto a los derechos fundamentales y que constituye uno de los fundamentos elementales del estado de Derecho desde el punto de vista histórico e institucional. No resulta fácilmente comprensible que, tras el extenso número de resoluciones dictadas por este Tribunal sobre esta cuestión, la jurisprudencia constitucional en la materia siga sin ser trasladada al quehacer cotidiano de todos los que participan en la labor de tramitación judicial de los procedimientos de *habeas corpus* y que por esta razón deban seguir admitiéndose recursos de amparo que se acogen a la alegación del incumplimiento de la jurisprudencia constitucional como motivo de especial trascendencia constitucional” (SSTC 72/2019, FJ 2, y 181/2020, de 14 de diciembre, FJ 6, ya citados)».

(STC Pleno 73/2021, de 18 de marzo. Recurso de amparo 7439-2019. Ponente: D. Antonio Narváez Rodríguez. BOE 23-4-2021).

## ARTÍCULO 18.1

### *Derecho al honor en relación con el derecho a la libertad de expresión en redes sociales*

«En la STC 23/2010, de 27 de abril, FJ 3, recordamos que la libertad de expresión comprende, junto con la mera expresión de juicios de valor, la crítica de la conducta de otros, aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espí-

ritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática. En el marco amplio que se otorga a la libertad de expresión quedan amparadas, según nuestra doctrina, “aquellas manifestaciones que, aunque afecten al honor ajeno, se revelen como necesarias para la exposición de ideas u opiniones de interés público” (por todas, SSTC 107/1988, de 8 de junio, FJ 4; 171/1990, de 12 de noviembre, FJ 10; 204/2001, de 15 de octubre, FJ 4, y 181/2006, de 19 de junio, FJ 5).

Esa exigencia de necesidad de la expresión utilizada para la transmisión de la opinión, a la que se han referido también las sentencias impugnadas, ha sido enfatizada de modo constante por nuestra doctrina. Así, hemos indicado que “el derecho a la libertad de expresión, al referirse a la formulación de ‘pensamientos, ideas y opiniones’, sin pretensión de sentar hechos o afirmar datos objetivos, dispone de un campo de acción que viene solo delimitado por la ausencia de expresiones sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas” (STC 79/2014, de 28 de mayo, FJ 6 y jurisprudencia allí citada).

Y es por ello que la Constitución no reconoce un pretendido derecho al insulto, de modo que no cabe utilizar, en ejercicio del derecho a la libertad de expresión constitucionalmente protegida, expresiones formalmente injuriosas (SSTC 107/1988, de 8 de junio, FJ 4; 105/1990, de 6 de junio, FJ 8; 200/1998, de 14 de octubre, FJ 5, y 192/1999, de 25 de octubre, FJ 3). Esta exigencia de necesidad de la expresión o manifestación utilizada, determina que no se puedan justificar las expresiones de carácter absolutamente vejatorias (SSTC 204/2001, de 15 de octubre, FJ 4; 174/2006, de 5 de junio, FJ 4, y 9/2007, de 15 de enero, FJ 4); es decir, quedan proscritas “aquellas que, dadas las concretas circunstancias del caso, y al margen de su veracidad o inveracidad, sean ofensivas u oprobiosas y resulten impertinentes para expresar las opiniones o informaciones de que se trate” (STC 41/2011, de 11 de abril, FJ 5, y jurisprudencia allí citada), pues estas difícilmente podrían quedar amparadas por el derecho a la libertad de expresión al ser la dignidad de la persona fundamento mismo del orden político y la paz social (art. 10.1 CE) y piedra angular sobre la que se vertebró el sistema de los derechos y deberes fundamentales, y también, por tanto, de la libertad de expresión que la recurrente vindica.

Es decir, pese a la importancia de la libertad de expresión, en tanto que además “garantiza un interés constitucional: la formación y existencia de una opinión pública libre” (STC 235/2007, de 7 de noviembre, FJ 4, reiterada por la STC 79/2014, de 28 de mayo, FJ 6), constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y una de las condiciones primordiales de su progreso (en el mismo sentido SSTEDH asunto *Castells c. España*, de 23 de abril de 1992, § 42; asunto *Fuentes Bobo c. España*, de 29 de febrero de 2000, § 43; asunto *Stoll c. Suiza*, de 10 de diciembre de 2007, § 101; asunto *Movimiento raeliano c. Suiza*, de 13 de julio de 2012, § 48, y asunto *Morice c. Francia*, de 23 de abril de 2015, § 124), y por ello su ejercicio, como el del resto de derechos fundamentales está sometido a límites constitucionales (STC 65/2015, de 13 de abril, FJ 3), no solo derivados del necesario respeto de los derechos fundamentales de los demás, sino inherentes a su propia naturaleza y sentido. De la propia Constitución se deriva que la libertad de expresión tiene su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título Primero y especialmente –se recalca– “en el derecho al honor, a la intimidad, [y] a la propia imagen” (art. 20.4 CE).

El derecho al honor, en tanto que derecho de la personalidad, derivado de la dignidad humana, opera como un límite específico de la libertad de expresión (art. 20.4 CE). Dicha limitación aparece reconocida en tratados e instrumentos internacionales que son parámetro interpretativo de los derechos y libertades (art. 10.2 CE). El Pacto inter-

nacional de derechos civiles y políticos en el párrafo tercero de su artículo 19 prevé que la libertad de expresión entraña deberes y responsabilidades especiales, de ahí que pueda estar sujeta a restricciones expresamente fijadas por la ley, siempre que sean necesarias para asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás.

Ciertamente es posible que, a pesar de producirse una intromisión en el derecho al honor, la misma no se considere ilegítima si se revela como necesaria para lograr un fin constitucionalmente legítimo, es proporcionada para alcanzarlo y se lleva a cabo de un modo necesario para procurar una mínima afectación del ámbito garantizado por este derecho. Es por ello que nuestra doctrina ha amparado la crítica de la conducta de otros, aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, siempre que sea necesaria para transmitir la opinión y proporcionada para exteriorizarla. El ejercicio de la libertad de expresión no puede servir de excusa para el insulto, ni tampoco ser un instrumento para menoscabar la dignidad del ser humano y su propio valor como persona. Es en la dignidad, entendida como “valor espiritual y moral inherente a la persona”, que “lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás” (STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 8) donde se encuentra el “germen o núcleo de unos derechos que le son inherentes” (STC 53/1985 FJ 3), entre los que se encuentra el derecho al honor (art. 18.1 CE) y también la libertad de expresión al posibilitarse con su ejercicio el libre desarrollo de la personalidad del ser humano.

(.../...)

Este tribunal ha reiterado que el contenido del derecho al honor “es lábil y fluido, cambiante” (STC 170/1994, de 7 de junio, FJ 4), de tal suerte que una de sus características principales consiste en ser “un concepto jurídico normativo cuya precisión depende de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento” (STC 180/1999, de 11 de octubre, FJ 4; en similares términos, SSTC 112/2000, de 5 de mayo, FJ 6; 297/2000, de 11 de diciembre, FJ 7; 49/2001, de 26 de febrero, FJ 5, y 46/2002, de 25 de febrero, FJ 6). Ahora bien, el grado de indeterminación del objeto de este derecho no llega a tal extremo que impida identificar como “su contenido constitucional abstracto” la preservación de “la buena reputación de una persona, protegiéndola frente a expresiones o mensajes que le hagan desmerecer en la consideración ajena al ir en su descrédito o menosprecio o que sean tenidas en el concepto público por afrentosas” (STC 180/1999, de 11 de octubre, FJ 4).

Dicho de otro modo, el honor “no solo es un límite a las libertades del artículo 20.1.a) y d) de la Constitución, expresamente citado como tal en el núm. 4 del mismo artículo, sino que también es, en sí mismo considerado, un derecho fundamental protegido por el artículo 18.1 de la Constitución, que, derivado de la dignidad de la persona, confiere a su titular el derecho a no ser escarnecido o humillado ante uno mismo o ante los demás” (SSTC 85/1992, de 8 de junio, FJ 4; 297/2000, de 11 de diciembre, FJ 7, y 204/2001, de 15 de octubre, FJ 7). En consecuencia, el mencionado derecho fundamental protege frente al “desmerecimiento en la consideración ajena” (STC 52/2002, de 25 de febrero, FJ 4), pues lo perseguido por el artículo 18.1 CE “es la indemnidad de la imagen que de una persona puedan tener los demás” (STC 180/1999, FJ 5).

Es preciso también referir, “que el honor que la Constitución protege es también el que se expone y acredita en la vida profesional del sujeto, vertiente esta de la actividad individual que no podrá ser, sin daño para el derecho fundamental, menospreciada sin razón legítima, con temeridad o por capricho [respecto al “prestigio profesional” a estos efectos, STC 223/1992, de 14 de diciembre, FJ 3; en términos no diferentes, SSTC 9/2007, de 15 de enero, FJ 3; 41/2011, FJ 5 c), y 216/2013, FJ 5]. La



simple crítica a la pericia profesional en el desempeño de una actividad no debe confundirse, sin más, con un atentado al honor, cierto es, pero la protección del artículo 18.1 CE sí defiende de “aquellas críticas que, pese a estar formalmente dirigidas a la actividad profesional de un individuo, constituyen en el fondo una descalificación personal, al repercutir directamente en su consideración y dignidad individuales [...]” (STC 65/2015, de 13 de abril, FJ 3).»

(STC 93/2021, de 10 de mayo de 2021. Recurso de amparo 3223-2019. Ponente: D. Santiago Martínez-Vares García. *BOE* 15-6-2021).

### ARTÍCULO 18.3

#### *Derecho al secreto de las comunicaciones y a la intimidad. Captación de las comunicaciones orales en el interior de un vehículo*

«Hemos tenido la oportunidad de afirmar (STC 25/1981, de 14 de julio, FJ 5), que los derechos fundamentales de los que gozan todos los ciudadanos ostentan un doble carácter. “En primer lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no solo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un estatus jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Pero al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto esta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución (art. 1.1)”.

Entre los derechos fundamentales que la norma constitucional reconoce se encuentra la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE), y el derecho al secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial (arts. 18.3 CE). Este último derecho, en su vertiente positiva pero implícita –señalaba la STC 34/1996, de 11 de marzo, FJ 4– consagra la libertad de las comunicaciones y explícitamente su reserva. Por lo tanto, el concepto jurídico de lo secreto, visto desde tal perspectiva, tiene un carácter formal y abstracto en consecuencia, ya que “se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado”. En definitiva, se pretende garantizar la “impenetrabilidad de la comunicación” por terceros con eficacia *erga omnes*, tanto para los ciudadanos de a pie (lo que la doctrina alemana denomina *Drittwirkung*) como para los agentes de los poderes públicos.

Este tribunal, en la STC 114/1984, de 29 de noviembre, haciéndose eco de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH de 2 de agosto de 1984, *Malone c. Reino Unido*), afirmó que el concepto de secreto de la comunicación cubría no solo el contenido de la comunicación, sino también la identidad subjetiva de los interlocutores. Así, declaramos en aquella ocasión que “rectamente entendido”, el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones del artículo 18.3 CE “consagra la libertad de las comunicaciones, implícitamente, y, de modo expreso, su secreto, estableciendo en este último sentido la interdicción de la interceptación o del conocimiento antijurídicos de las comunicaciones ajenas. El bien constitucionalmente protegido es así –a través de la imposición a todos del ‘secreto’– la libertad de las comunicaciones, siendo cierto que el derecho puede conculcarse tanto por la interceptación en sentido estricto (que suponga aprehensión física del

soporte del mensaje –con conocimiento o no del mismo– o captación, de otra forma, del proceso de comunicación) como por el simple conocimiento antijurídico de lo comunicado (apertura de la correspondencia ajena guardada por su destinatario, por ejemplo) [...] Y puede también decirse que el concepto de ‘secreto’, que aparece en el artículo 18.3, no cubre solo el contenido de la comunicación, sino también, en su caso, otros aspectos de la misma, como, por ejemplo, la identidad subjetiva de los interlocutores o de los corresponsales. La sentencia del Tribunal de Estrasburgo de 2 de agosto de 1984 –caso Malone– reconoce expresamente la posibilidad de que el artículo 8 de la Convención pueda resultar violado por el empleo de un artificio técnico que, como el llamado *comptage*, permite registrar cuáles hayan sido los números telefónicos marcados sobre un determinado aparato, aunque no el contenido de la comunicación misma”. “Sea cual sea el ámbito objetivo del concepto de ‘comunicación’”, añadimos, “la norma constitucional se dirige inequívocamente a garantizar su impenetrabilidad por terceros (públicos o privados: el derecho posee eficacia *erga omnes*) ajenos a la comunicación misma. La presencia de un elemento ajeno a aquellos entre los que media el proceso de comunicación, es indispensable para configurar el ilícito constitucional aquí perfilado”. Y concluimos: “el concepto de ‘secreto’ en el artículo 18.3 tiene un carácter ‘formal’, en el sentido de que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado” (FJ 11).

Esta doctrina fue reiterada también en la STC 70/2002, de 3 de abril, en la que precisamos que “el art. 18.3 CE contiene una especial protección de las comunicaciones, cualquiera que sea el sistema empleado para realizarlas, que se declara indemne frente a cualquier interferencia no autorizada judicialmente”.

La separación del ámbito de protección de los derechos fundamentales a la intimidad personal (art. 18.1 CE) y al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) efectuada en dicha sentencia se proyecta sobre el régimen de protección constitucional de ambos derechos. Pues si en el artículo 18.3 CE la intervención de las comunicaciones requiere siempre resolución judicial, “no existe en la Constitución reserva absoluta de previa resolución judicial” respecto del derecho a la intimidad personal. Ahora bien, también respecto del derecho a la intimidad personal hemos dicho que rige como regla general la exigencia constitucional de monopolio jurisdiccional en la limitación de derechos fundamentales, si bien hemos admitido de forma excepcional que en determinados casos y con la suficiente y precisa habilitación legal sea posible que la policía judicial realice determinadas prácticas que constituyan una injerencia leve en la intimidad de las personas (SSTC 37/1989, de 15 de febrero, FJ 7; 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 3, y 70/2002, de 3 de abril, FJ 10). La legitimidad constitucional de dichas prácticas, aceptada excepcionalmente, requiere también el respeto de las exigencias dimanantes del principio de proporcionalidad, de modo que mediante la medida adoptada sea posible alcanzar el objetivo pretendido –idoneidad–; que no exista una medida menos gravosa o lesiva para la consecución del objeto propuesto –necesidad–; y que el sacrificio del derecho reporte más beneficios al interés general que desventajas o perjuicios a otros bienes o derechos atendidos la gravedad de la injerencia y las circunstancias personales de quien la sufre –proporcionalidad estricta– (SSTC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 3, y 70/2002, de 3 de abril, FJ 10).

En relación con las comunicaciones interpersonales mantenidas sin la intervención de medios o artificios técnicos destinados a hacer posible el proceso comunicativo (comunicaciones orales), nuestra jurisprudencia ha ido evolucionando desde una posición en la que inicialmente se afirmaba que el derecho del artículo 18.3 CE solo operaba respecto a comunicaciones realizadas a través de canales o bandas cerradas –quedando fuera del mismo, consecuentemente, las que no precisaban de la intervención de nin-

gún tercero ajeno como prestador del servicio de telecomunicación (SSTC 98/2000, de 10 de abril, FJ 9; 123/2002, de 20 de mayo, FJ 5, y 170/2012, de 7 de octubre, FJ 4)— hasta una postura tendente a equiparar las comunicaciones orales con las realizadas a través de medios telemáticos.

Es el caso de la STC 145/2014, de 22 de septiembre, donde se planteó la posible vulneración del derecho al secreto de comunicaciones respecto a la grabación de las conversaciones orales mantenidas por un detenido en dependencias policiales. En este supuesto acabamos afirmando (FJ 7) que “es verdad que el art. 18.3 CE no dispone una distinta protección de las conversaciones telefónicas —una tutela inferior por eventualmente incidida por un órgano judicial— que de otras comunicaciones como las verbales, sino solo una garantía común y genérica frente a la impenetrabilidad por terceros ajenos a la comunicación misma. Mas tal conclusión no obsta la respuesta constitucional elaborada, sustentada en la necesaria concurrencia de ley que evite el abuso y la arbitrariedad en cualquiera de las hipótesis. Un régimen legal que —pese a la insuficiencia que ha declarado este tribunal en sentencias previas ya citadas en esta resolución— el artículo 579.2 LECrim únicamente contempla para las conversaciones telefónicas, y que las normas penitenciarias aludidas contienen para otros fines y ámbitos. Queda en manos del legislador una precisión normativa que evite, en su caso, ese resultado (quizá paradójico) del contraste entre los supuestos regulados y los de anomia. De todo lo expuesto se deduce que las grabaciones en dependencias policiales resultaron contrarias al artículo 18.3 CE, deviniendo nula la prueba obtenida por ese cauce para todos aquellos que resultaron perjudicados penalmente por ella”.

En la STC 145/2014 otorgamos el amparo al considerar que la medida de instalación de micrófonos en el interior de un calabozo carecía de cobertura legal. Así, en dicho supuesto, ya señalamos que la medida de investigación acordada era completamente extraña al ámbito de aplicación de la regulación legal vigente en dicho momento, regulación que en el artículo 579.2 LECrim se refería, exclusivamente, a las intervenciones de conversaciones telefónicas, y en los artículos 46 y 47 del Reglamento penitenciario (RP) a la intervención de las comunicaciones orales en el ámbito penitenciario.

En aquel caso, acabamos afirmando —fundamento jurídico 7— que “bajo esas circunstancias, concluimos que las personas afectadas no podían prever la situación que ahora se denuncia, lo que excluye otros debates (suficiencia de la norma legal o proporcionalidad de la medida judicial) que solo proceden una vez cumplida esa primera garantía o premisa de la secuencia (existencia de disposición jurídica que cumpla el cometido de precisar la vaguedad e indeterminación del artículo 18.3 CE en este punto, conforme declaró la jurisprudencia constitucional anteriormente reseñada). Y es que los avales mínimos que se han venido reclamando cuando de calidad de la ley hablamos (en concreto de su previsibilidad), quiebran en mayor medida si ni siquiera se ha procedido a la intervención del legislador. No olvidemos que el propio Tribunal Supremo en la sentencia recurrida recuerda como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos declaró, en los casos *Kruslin c. Francia*, y *Huvig c. Francia*, sentencias de 24 de abril de 1990, que la puesta en práctica de medidas de vigilancia secreta de las comunicaciones no está abierta al control de las personas afectadas o del público en general, de modo que, por esa razón, sería contrario a la norma de Derecho que la discrecionalidad legal concedida al ejecutivo o a un juez se expresara en términos de poder sin límites. La ley debe indicar el alcance de la discrecionalidad conferida a las autoridades competentes y la manera de su ejercicio, con la suficiente claridad como para proporcionar a las personas la protección adecuada contra una injerencia arbitraria. De esas sentencias se desprende, en suma, que la medida controvertida de intervención por las autoridades debe estar basada en la legislación aplicable del Estado en

cuestión, que ha de poseer las cualidades de disponibilidad y previsibilidad para las personas destinatarias, y también que no son de recibo interpretaciones analógicas. En consecuencia de todo ello, añadimos nosotros ahora, si la ley existente queda condicionada en su validez a la satisfacción de dichos términos, en ausencia plena de regulación normativa es de todo punto inviable el más lejano aseguramiento de esas garantías básicas”.

Esta postura era, además, acorde con la jurisprudencia de este tribunal que ya inicialmente había afirmado que “sea cual sea el ámbito objetivo del concepto de ‘comunicación’, la norma constitucional se dirige inequívocamente a garantizar su impenetrabilidad por terceros (públicos o privados: el derecho posee eficacia *erga omnes*) ajenos a la comunicación misma. La presencia de un elemento ajeno a aquellos entre los que media el proceso de comunicación, es indispensable para configurar el ilícito constitucional aquí perfilado” (STC 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 7), o que “el art. 18.3 CE contiene una especial protección de las comunicaciones, cualquiera que sea el sistema empleado para realizarlas, que se declara indemne frente a cualquier interferencia no autorizada judicialmente” (STC 70/2002, de 3 de abril, FJ 9).

También hemos declarado reiteradamente que el ejercicio de un derecho fundamental no puede considerarse ilimitado.

Ha de destacarse en primer término que, por mandato expreso de la Constitución, toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas, ora incida directamente sobre su desarrollo (art. 81.1 CE), o limite o condicione su ejercicio (art. 53.1 CE), precisa una habilitación legal. Esa reserva de ley a que, con carácter general, somete la Constitución Española la regulación de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en su Título I, desempeña una doble función, a saber: de una parte, asegura que los derechos que la Constitución atribuye a los ciudadanos no se vean afectados por ninguna injerencia estatal no autorizada por sus representantes; y, de otra, en un ordenamiento jurídico como el nuestro en el que los jueces y magistrados se hallan sometidos “únicamente al imperio de la Ley” y no existe, en puridad, la vinculación al precedente (SSTC 8/1981, 34/1995, 47/1995 y 96/1996) constituye, en definitiva, el único modo efectivo de garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas. Por eso, en lo que a nuestro ordenamiento se refiere, hemos caracterizado la seguridad jurídica como una suma de legalidad y certeza del Derecho (STC 27/1981, FJ 10).

Esa doble función de la reserva de ley constituye, en el caso del derecho al secreto de las comunicaciones, una doble perspectiva de análisis. Desde el primer punto de vista, es decir, desde la exigencia de que una norma legal habilite la injerencia, parece difícil negar que la propia Constitución contiene tal habilitación: desde esta perspectiva, los jueces y tribunales pueden, pues, acordarla, cuando concurren los presupuestos materiales pertinentes (STC 22/1984, FJ 3).

Sin embargo, desde las exigencias de certeza que han de presidir cualquier injerencia en un derecho fundamental, en diversas ocasiones, y ya desde nuestras primeras sentencias (vid., v.g., SSTC 61/1981, 86/1982, 183/1984, entre otras), hemos afirmado que la reserva de ley no es una mera forma; sino que implica exigencias respecto al contenido de la ley que, naturalmente, son distintas según el ámbito material de que se trate. Y, así, si bien es cierto que las exigencias de certeza no son las mismas cuando se trata de imponer limitaciones a la licitud de la conducta individual que cuando se establecen las condiciones bajo las cuales pueden interceptarse legítimamente las comunicaciones telefónicas (STEDH de 2 de agosto de 1984, Malone c. Reino Unido) también lo es que en todo caso el legislador ha de hacer el “máximo esfuerzo posible” para garantizar la seguridad jurídica [STC 62/1982, fundamento

jurídico 7 c)] o, dicho de otro modo, “la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho” (STC 36/1991, FJ 5).

(.../...)

En favor de la equiparación de las comunicaciones orales a las telefónicas se ha pronunciado también la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así, el Tribunal de Estrasburgo ha venido constatando que la captación de conversaciones o imágenes por medios de aparatos de grabación de audio y vídeo entra en la aplicación del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), tanto en lo referente al respeto a la vida privada como desde la perspectiva del derecho al secreto de la correspondencia. Es el caso, por ejemplo, de la STEDH de 10 de marzo de 2009, *Bykov c. Rusia*, §78, que, en relación con una captación subrepticia de las conversaciones orales mantenidas por el investigado con un agente infiltrado, afirmó que “según constante jurisprudencia del tribunal, cuando se trata de interceptación de comunicaciones con fines de una investigación policial, la ley debe utilizar términos lo suficientemente claros para que cualquiera comprenda en qué circunstancias y bajo qué condiciones habilita a los poderes públicos a realizar dicho atentado secreto y virtualmente peligroso para el derecho al respeto de la vida privada y la correspondencia [...] En opinión de este tribunal, estos principios se aplican igualmente al empleo de un aparato de radiotransmisión que, desde el punto de vista de la naturaleza y el grado de intrusión, se asemeja a las escuchas telefónicas”, o la STEDH de 27 de octubre de 2015, *R. E c. Reino Unido*, que, refiriéndose a un caso de interceptación de las comunicaciones orales entre abogado y cliente, realizó una asimilación de dichas conversaciones con las mantenidas telefónicamente (§131) bajo las siguientes premisas: “el presente caso se refiere a la vigilancia de consultas jurídicas que tienen lugar en sede policial, y que el tribunal considera análogas a la intervención de una llamada entre abogado y cliente. El tribunal ha reconocido que, mientras el artículo 8 CEDH protege la confidencialidad de la correspondencia entre individuos, debe procurarse una protección reforzada a los intercambios entre abogados y sus clientes, ya que los abogados no podrían defender a sus clientes si no pudieran garantizar que sus entrevistas son confidenciales (STEDH de 6 de febrero de 2012, *Michaud c. Francia*). Por lo tanto, el tribunal considera que la vigilancia de una entrevista constituye un grado extremadamente alto de intrusión en el derecho de la persona a respetar su vida privada y correspondencia; mayor que el grado de intrusión en *Uzun c. Alemania* e, incluso, *Bykov c. Rusia*. En consecuencia, en tales casos esperará que se establezcan las mismas salvaguardas para proteger a las personas de la interferencia arbitraria con sus derechos del artículo 8 CEDH como lo ha requerido en casos relacionados con la interceptación de las comunicaciones, en, al menos, la medida en que estos principios pueden aplicarse a la forma de vigilancia en cuestión”.

También conviene resaltar la STEDH de 20 de diciembre de 2005, *Wisse c. Francia*, § 26 a 27) donde se afirmó que “en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha constatado a menudo que la captación secreta de conversaciones o imágenes por medio de aparatos de grabación de audio y vídeo entra en el campo de aplicación del artículo 8 del Convenio, tanto en lo referente al derecho al respeto de la vida privada como de la correspondencia. Lo ha hecho, por ejemplo, en la grabación secreta de conversaciones mediante apartados de escucha por la policía en el apartamento de una persona sospechosa de tráfico de drogas (STEDH *Khan c. Reino Unido*, núm. 35394/97, § 25, ECHR 2000-V), sobre el sistema de sonido en el apartamento de un individuo donde la policía sabía que otro tenía que ir como parte de una investigación judicial por homicidio (STEDH de 31 de mayo de 2005, *Vetter c.*

Francia, § 26). Aplicó también esta jurisprudencia en la colocación, y utilización, de aparatos de escucha en una celda de un detenido en prisión (STEDH de 25 de septiembre de 2001, P. G y J. H. c. Reino Unido); en el establecimiento de un dispositivo de vigilancia de audio y vídeo colocado en la celda de un detenido en prisión y en la zona de visita de esta (Allan c. Reino Unido, anteriormente citada); a la grabación de conversaciones telefónicas de un preso por las autoridades penitenciarias, utilizadas posteriormente como elemento de prueba para condenarle por otro delito (STEDH de 27 de abril de 2004, Doerga c. Holanda) y la colocación de un detenido bajo vigilancia permanente durante un periodo de dos semanas (STEDH de 1 de junio de 2004, Van der Graaf c. Países Bajos) [...] Por tanto, las conversaciones mantenidas en la sala de visitas de una prisión pueden incluirse en los conceptos de vida privada y correspondencia”.

Dejando sentado que es necesaria la intervención de la ley y que la norma legal de que se trate ha de reunir todas aquellas características indispensables como garantía de la seguridad jurídica, para precisarlas con mayor exactitud, siquiera sea con carácter mínimo, de conformidad con lo establecido en el artículo 10.2 CE, en relación con el artículo 8 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, habremos de tener en cuenta en este momento la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como hicimos en resoluciones anteriores (por todas, STC 85/1994, FJ 3).

(.../...)

Debe tenerse en cuenta que este tribunal también ha venido señalando que la aplicación de medidas legales que implican la restricción de un derecho fundamental sustantivo exige un deber reforzado de motivación que incluya, además de una fundamentación razonable, no arbitraria ni incurso en error patente, un juicio de adecuación al fin (por todas SSTC 62/1996, de 15 de abril, FJ 2; 34/1997, de 25 de febrero, FJ 2; 175/1997, de 27 de octubre, FJ 4; 200/1997, de 24 de noviembre, FJ 4; 83/1998, de 20 de abril, FJ 3; 116/1998, de 2 de junio, FJ 4, y 2/1999, de 25 de enero, FJ 2, entre otras). De ahí que se haya venido exigiendo que las resoluciones judiciales que autorizan la intervención de las comunicaciones o su prórroga deban explicitar, en el momento de la adopción de la medida, todos los elementos indispensables para realizar el juicio de proporcionalidad y para hacer posible su control posterior, en aras del respeto del derecho de defensa del sujeto pasivo de la medida, pues, por la propia finalidad de esta, la defensa no puede tener lugar en el momento de su adopción (SSTC 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 4, y 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 2). De forma que la resolución judicial debe exteriorizar los datos o hechos objetivos que pueden considerarse indicios de la existencia del delito y de la conexión de la persona o personas investigadas con el mismo, indicios que han de ser algo más que simples sospechas, pues han de estar fundados en alguna clase de datos objetivos (SSTC 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 2, y 184/2003, de 23 de octubre, FJ 9).

A este respecto no se trata de satisfacer los intereses de una investigación meramente prospectiva, pues el secreto de las comunicaciones no puede ser desvelado para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos o para despejar sospechas sin base objetiva de los encargados de la investigación, por más legítima que sea esta aspiración, pues de otro modo se desvanecería la garantía constitucional (SSTC 184/2003, de 23 de octubre, FJ 11, y 261/2005, de 24 de octubre, FJ 2). No obstante, aunque lo deseable es que la expresión de los indicios objetivos que justifiquen la intervención se exteriorice directamente en la resolución judicial, esta, según una consolidada doctrina de este tribunal, puede considerarse suficientemente motivada si, integrada incluso con la solicitud policial a la que puede remitirse, contiene los

elementos necesarios para considerar satisfechas las exigencias de llevar a cabo, con posterioridad, la ponderación de la restricción de los derechos fundamentales que la proporcionalidad de la medida conlleva (SSTC 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 2; 184/2003, de 23 de octubre, FFJJ 9 y 11, y 261/2005, de 24 de octubre, FJ 2) ».

(STC 99/2021, de 10 de mayo. Recurso de amparo 7436-2019. Ponente: D. Juan José González Rivas. *BOE* 15-6-2021).

## ARTÍCULO 20.1

### *Derechos a la libertad de expresión y de información*

«Este tribunal ha recordado con reiteración (por todas, las SSTC 79/2014, de 28 de mayo, FJ 4; 65/2015, de 13 de abril, FJ 2, y 38/2017, de 24 de abril) que no siempre es fácil deslindar el ámbito de aplicación de ambas libertades. Así, ha declarado que “[l]a Constitución, y nuestra jurisprudencia con ella (por todas, STC 79/2014, de 28 de mayo, FJ 4), distinguen, como es bien conocido, entre el derecho a expresar y difundir libremente pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción, de una parte, y el que tiene por objeto, de otra, la libre comunicación de información veraz por cualquier medio de difusión [apartados a) y d), respectivamente, del artículo 20.1 CE]. Por más que, como no hemos dejado de observar en ocasiones anteriores, una libertad y otra pueden llegar a entrecruzarse en los supuestos reales que la vida ofrece (STC 41/2011, FJ 2, y resoluciones allí citadas), este distingo entre derechos es de capital importancia, pues mientras el segundo de los citados se orienta, sobre todo, a la transmisión o comunicación de lo que se tienen por hechos –susceptibles, entonces, de contraste, prueba o mentís–, la libertad de expresión tiene su campo de proyección más propio en la manifestación de valoraciones o juicios que, es evidente, quedan al margen de toda confirmación o desmentido fácticos. Se trata de una diferencia relevante, como es obvio, para identificar el ámbito y los límites propios de cada una de estas libertades” (STC 65/2015, de 13 de abril, FJ 2).

Igualmente, este tribunal ha señalado que, “para determinar cuál es el derecho fundamental efectivamente en juego en cada supuesto, será necesario atender ‘al que aparezca como preponderante o predominante. Y a tal efecto nuestra doctrina considera determinante el que del texto se desprenda un ‘afán informativo’ (STC 278/2005, de 7 de noviembre, FJ 2) o que predomine intencionalmente la expresión de un ‘juicio de valor’” [STC 38/2017, FJ 2 b)].

(.../...)

Este tribunal ha declarado que “[c]omo cualquier otro derecho fundamental de libertad, el enunciado en el artículo 20.1 a) CE hace posible y garantiza la autodeterminación del individuo y, a su través, de los grupos sociales en los que por libre decisión pueda integrarse. Tiene también este derecho, y con reiteración lo hemos dicho, una dimensión trascendente u objetiva (por todas, SSTC 107/1988, de 8 de junio, FJ 2, y 216/2013, de 19 de diciembre, FJ 5), pues mediante su ejercicio –sin más restricciones que las que puedan fundamentarse en la preservación de otros derechos o bienes constitucionales– se construye un espacio de libre comunicación social, de continuo abierto, y se propicia con ello la formación tanto de opinión pública como de una ciudadanía activa, sin cuya vitalidad crítica no son posibles, o no lo son en plenitud, ni

la democracia ni el pluralismo políticos (artículo 1.1 CE). Esta libertad de expresión, ya queda dicho, no está exenta, como cualquiera otra, de límites fijados o fundamentados en la Constitución y con ellos ha de ser consecuente su ejercicio, pues si bien el ordenamiento no ha de cohibir sin razón suficiente la más amplia manifestación y difusión de ideas y opiniones, su expresión conlleva siempre, como todo ejercicio de libertad civil, deberes y responsabilidades y así lo viene recordando, justamente para este preciso ámbito, el Tribunal de Estrasburgo (por todas, Sentencia de 24 de febrero de 2015, caso Haldimann y otros c. Suiza, párrafo 46)” (STC 65/2015, FJ 2).

También, ha destacado este tribunal que el ejercicio de la libertad de expresión está sometido a límites constitucionales. Así, ha señalado que “[q]uedan extramuros de la protección que confiere el derecho las ‘frases y expresiones ultrajantes y ofensivas sin relación con las ideas u opiniones que se expongan, y por tanto, innecesarias a este propósito’ (STC 23/2010, de 27 de abril, FJ 3). Pero, junto a ello, ‘la tendencia expansiva de la libertad de expresión encuentra también su límite en el respeto al contenido normativo garantizado por otros derechos fundamentales, cuya afectación no resulta necesaria para la realización constitucional del derecho. Como hemos señalado en ocasiones anteriores, el deslinde de la libertad de expresión no es nunca total y absoluto (por todas, STC 173/1995, de 21 de noviembre, FJ 3) y, a menudo, la delimitación de su ámbito protegido solo puede hacerse a partir de la de otros derechos fundamentales, aunque, eso sí, mediante la adecuada ponderación de los valores constitucionales enfrentados, entre los que destaca la garantía de la existencia de la opinión pública indisolublemente unida al pluralismo político’ (STC 23/2010, FJ 3, y jurisprudencia allí citada)” (STC 226/2016, de 22 de diciembre, FJ 5).

En todo caso, esos límites a los que está sometido el derecho a la libertad de expresión deben ser, no obstante, ponderados siempre con rigor y “precisados caso a caso, a la vista de los derechos y valores constitucionales que pueden verse afectados por su ejercicio” (STC 187/2015, de 21 de septiembre, FJ 2). Esta regla es de obligada atención con carácter general cuando aquel derecho fundamental entra en conflicto con otros derechos fundamentales o intereses de significada importancia social y política respaldados por la normativa correspondiente, habida cuenta de la posición preferente que ocupa la libertad de expresión en nuestro ordenamiento como sustento del pluralismo y del orden político (artículos 1.1 y 10.1 CE)».

(STC 5/2021, de 25 de enero. Recurso de amparo 1331-2019. Ponente D. Antonio Narváez Rodríguez. *BOE* 23-2-2021).

## ARTÍCULO 24.1

### *Derecho a la tutela judicial efectiva. Asistencia jurídica gratuita*

«a) El Tribunal tiene establecido que hay una estrecha vinculación entre el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y la gratuidad de la asistencia jurídica para quienes carecen de suficientes recursos económicos (art. 119 CE), ya que el artículo 119 CE consagra un derecho constitucional de carácter instrumental respecto del derecho de acceso a la jurisdicción reconocido en el artículo 24.1 CE. Igualmente, declara que se trata de un derecho prestacional de configuración legal, cuyo contenido y condiciones de ejercicio deben ser delimitados, en primera instancia, por el legislador atendiendo a los intereses públicos y privados implicados y a las disponibilidades presupuestarias, tomando en consideración que el inciso segundo del artículo 119 CE fija un contenido constitucional indisponible para el legislador, que consiste en obli-



gar a reconocer el derecho a la justicia gratuita necesariamente a quienes acrediten insuficiencia de recursos económicos para litigar. Esto implica que deben sufragarse los gastos procesales, incluidos los honorarios de los abogados y los derechos de los procuradores, cuando su intervención sea preceptiva o necesaria en atención a las características del caso, a cuenta de quienes, si se les exige hacer frente a ellos, se verían en la alternativa de dejar de litigar o poner en peligro las mínimas condiciones de subsistencia personal o familiar (así, por ejemplo, SSTC 10/2008, de 21 de enero, FJ 2; 128/2014, de 21 de julio, FJ 3; 124/2015, de 8 de junio, FJ 3; 101/2019, de 16 de septiembre, FJ 3, y 85/2020, de 20 de julio, FJ 3).

Respecto de la proyección del derecho a la asistencia jurídica gratuita, como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva, a las víctimas y perjudicados por delitos, el tribunal tiene declarado que, en la medida en que la ley les reconoce el derecho a personarse en el proceso penal para el ejercicio de acciones penales y/o civiles en defensa de sus intereses, son titulares del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de acceso a la jurisdicción, y de los derechos reconocidos en el artículo 24.2 CE. Esto significa que “en virtud del contenido constitucional indisponible del artículo 119 CE, [el litigante] habrá de gozar del derecho a la gratuidad de la justicia, incluidos los honorarios profesionales de abogados y procuradores cuando su intervención sea preceptiva o necesaria en atención a las características del caso, si carece de medios suficientes para litigar” (STC 9/2008, de 21 de enero, FJ 3, y, en términos semejantes, la STC 136/2016, de 18 de julio, FJ 4).

(.../...) b) La jurisprudencia constitucional también viene declarando desde la STC 30/1981, de 24 de julio, FJ 3, que el derecho a la defensa y asistencia de letrado es predicable en el ámbito del proceso penal no solo de los acusados, sino también de quienes comparecen como acusadores particulares ejerciendo la acción como perjudicados por el hecho punible. Esto comporta que el interesado pueda encomendar su representación y asesoramiento técnico a quien merezca su confianza y considere más adecuado para instrumentar su propia defensa, máxime cuando la actuación procesal se supedita al requisito de la postulación. Ahora bien, el Tribunal ha reconocido determinadas singularidades en el contenido del derecho a la asistencia letrada cuando su titular es beneficiario del derecho a la asistencia jurídica gratuita. Estas especialidades se vinculan al hecho de que se trata de un derecho de configuración legal que coloca a su titular en una situación especial frente al abogado designado por el turno de oficio para la defensa de sus intereses en el marco del sistema general de turno de oficio diseñado para dar cumplimiento a los fines inherentes a la organización de una representación letrada gratuita.

Así, el tribunal declara que, aun reuniéndose los requisitos legales, no es obligatoria la designación de profesionales del turno de oficio en los supuestos, por ejemplo, en que, conforme al procedimiento legalmente establecido, se determina la insostenibilidad de la pretensión (SSTC 12/1998, de 15 de enero, FJ 4; 7/2008, de 21 de enero, FJ 2, o 85/2020, de 20 de julio, FJ 3), o cuando la actuación de dichos profesionales no sea exigida legalmente por razones estructurales de postulación (SSTC 152/2000, de 12 de junio, FJ 3; o 1/2007, de 15 de enero, FJ 3). Del mismo modo, se ha establecido que los órganos judiciales han de desarrollar una especial labor de supervisión en determinados supuestos en que la dirección y representación se realiza mediante la designación de oficio, ya que no basta para tutelar el derecho de defensa con la designación de los correspondientes profesionales, sino que es precisa que la asistencia letrada así proporcionada sea real y operativa (STC 13/2000, de 17 de enero, FJ 2, y 1/2007, de 15 de enero, FJ 3 y 4). A su vez, la STC 103/2018, de 4 de octubre, ha puesto de manifiesto que la prestación del servicio de asistencia jurídica gratuita trae

causa de la necesidad de asegurar el derecho constitucional a la asistencia jurídica gratuita (art. 119 CE), cuyo contenido y cuyas condiciones de ejercicio, como derecho prestacional de configuración legal, deben ser delimitadas por el legislador atendiendo a los intereses públicos y privados implicados y a las disponibilidades presupuestarias; de modo tal que “de su plena efectividad y garantía dependen importantes intereses, tanto públicos como privados, vinculados al ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva de las personas que carecen de medios económicos para litigar, por lo que no resulta inconstitucional que sean los colegios de abogados, como corporaciones de derecho público de base asociativa, los que ejerzan en este campo una función pública delegada del Estado” (FJ 8).

En suma, el derecho a la asistencia letrada de los beneficiarios del derecho a la asistencia jurídica gratuita, incluyendo a quienes pretenden ejercer la acusación particular –al margen de las especificidades de quienes resultan investigados o acusados en un proceso penal–, cuenta con unas peculiaridades derivadas del carácter prestacional y de configuración legal del derecho a la asistencia jurídica gratuita, las cuales llevan consigo que quede modulado en cuanto a su régimen de ejercicio por lo previsto en la Ley de asistencia jurídica gratuita.

La condición de beneficiaria del derecho a la asistencia jurídica gratuita de la persona que pretende actuar como acusación particular en un proceso penal por considerarse víctima de un delito implica un peculiar estatus constitucional delineado por la LAJG y por la jurisprudencia constitucional, que afecta a sus relaciones con la administración de justicia, con los órganos judiciales, con los colegios profesionales encargados de la organización de sistema de turno de oficio y con los profesionales designados para su representación y defensa. Este singular estatus constitucional configura un entramado de intereses cuya afectación debe ser ponderada en la decisión judicial sobre la aplicación del artículo 113 LECrim con el fin de determinar si dicha afectación resulta necesaria y proporcionada a la finalidad a la que tiende dicha previsión legal».

(STC 29/2021, de 15 de febrero. Recurso de amparo 7447-2019. Ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos. *BOE* 22-3-2021. En el mismo sentido, STC 178/2021, de 25 de octubre. *BOE* 25-11-2021).

### *Derecho a la tutela judicial efectiva. Incongruencia de las resoluciones judiciales*

«Este tribunal ha reiterado que la incongruencia omisiva, como uno de los defectos de motivación con relevancia constitucional prohibidos por el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), se produce cuando el órgano judicial deja sin contestar alguna de las pretensiones sometidas a su consideración por las partes, siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución; que no es necesaria para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones que se aducen por las partes como fundamento de su pretensión; y que basta, en atención a las circunstancias particulares concurrentes, con una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de alegaciones concretas no sustanciales. A tales efectos, es necesario distinguir entre las meras alegaciones o argumentaciones aportadas por las partes en defensa de sus pretensiones y estas últimas en sí mismas, pues, si con respecto a las primeras puede no ser necesaria una respuesta explícita y pormeno-

rizada de todas ellas y la eventual lesión del derecho fundamental deberá abordarse desde el prisma del derecho a la motivación de toda resolución judicial, respecto de las segundas la exigencia de respuesta congruente se muestra con todo rigor siempre y cuando la pretensión omitida haya sido llevada al juicio en el momento procesal oportuno (STC 165/2020, de 16 de noviembre, FJ 3)».

(STC 7/2021, de 25 de enero. Recurso de amparo 4217-2019. Ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos. *BOE* 23-2-2021).

### *Derecho a la tutela judicial efectiva. Motivación de la pena de días-multa*

«Como recuerda la STC 91/2009, de 20 de abril, FJ 7, este tribunal ha declarado reiteradamente que el deber general de motivación de las sentencias que impone el art. 120.3 CE se integra en el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, por lo que las decisiones judiciales deben exteriorizar los elementos de juicio sobre los que se basan y su fundamentación jurídica ha de ser una aplicación de la legalidad no arbitraria, manifiestamente irrazonable o incurra en un error patente. Esta exigencia resulta reforzada en el caso de las sentencias penales condenatorias, por cuanto en ellas el derecho a la tutela judicial efectiva se conecta con otros derechos fundamentales y, directa o indirectamente, en muchas ocasiones, con el derecho a la libertad personal. En esa medida, el deber de motivación incluye no solo la obligación de fundamentar los hechos y la calificación jurídica, sino también la pena en concreto finalmente impuesta, por cuanto el margen de discrecionalidad del que legalmente goza el juez penal en la determinación de la pena a imponer no constituye por sí mismo justificación suficiente de la decisión finalmente adoptada, sino que, por el contrario, el ejercicio de dicha facultad viene condicionado estrechamente por la exigencia de que la resolución esté motivada, pues solo así puede procederse a su control posterior en evitación de toda arbitrariedad.

La aplicación al caso de los criterios de control expuestos permite anticipar la desestimación de este motivo de amparo. Al igual que en los casos analizados en las SSTC 108/2001, 108/2005, 196/2007, o en la ya citada STC 91/2009, la sentencia condenatoria aplicó el sistema legal de “días-multa” previsto en la ley penal para cuantificar su concreta intensidad. Lo que la demandante cuestiona no es la extensión temporal de la pena impuesta (diez meses, sobre un máximo de doce meses previsto para el delito por el que fue condenada), sino la motivación del importe de la cuota diaria que la demandante ha de satisfacer (200 €/día, para una horquilla legal establecida en el artículo 50.4 CP entre 2 y 400 € diarios).

Conforme a la previsión legal (art. 50.5 CP) la cuota diaria se ha de determinar teniendo en cuenta para ello, exclusivamente, la situación económica de la persona condenada, “deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales”. En la sentencia condenatoria se establece, expresamente que la pena de multa de diez meses, con una cuota diaria de 200 €, se fija “en atención a los parámetros cuantitativos a que se refiere el artículo 50.5 CP, deducidos de la situación económica de los tres acusados, su titulación profesional y de sus circunstancias personales”. Tal referencia, ciertamente genérica, resultó concretada al desestimar la solicitud de nulidad de actuaciones planteada, que denunció este mismo motivo de amparo, señalando que “la sentencia dictada sí motiva este último importe y hace referencia para ello a la situación económica de los tres acusados, su titulación profesional y a las circunstancias personales que constan en autos. Los dos primeros

parámetros están por otro lado íntimamente relacionados con el hecho notorio de que fueron consejeros del gobierno de una comunidad autónoma”».

(STC Pleno 34/2021, de 17 de febrero. Recurso de amparo 1640-2020. Ponente: D. Cándido Conde-Pumpido Tourón. *BOE* 22-3-2021. En el mismo sentido, SSTC 67/2021, de 17 de marzo. *BOE* 23-4-2021 y 121/2021, de 2 de junio. *BOE* 7-7-2021).

## ARTÍCULO 24.2

### *Derecho a un proceso con todas las garantías. Condena en segunda instancia cuando se trata de valoración de cuestiones puramente jurídicas*

«Este tribunal cuenta con una consolidada jurisprudencia sobre las exigencias que debe reunir una condena penal o agravación en segunda o ulteriores instancias para respetar el derecho a un proceso con todas las garantías. En la reciente STC 35/2020, de 25 de febrero, FJ 2, el Pleno de este tribunal recuerda haberla resumido en las SSTC 88/2013, de 11 de abril, FFJJ 7 a 9; 146/2017, de 14 de diciembre, FFJJ 6 y 7, y 1/2020, de 14 de enero, FJ 4. En todas ellas se pone de relieve que la cuestión ha sido objeto de un detenido y extenso análisis en numerosas resoluciones –inspiradas en los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos– que arrancan de la STC 167/2002, de 18 de diciembre, FFJJ 9 a 11. Entonces, este tribunal en pleno declaró que el respeto a los principios de publicidad, inmediación y contradicción, que forman parte del contenido del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), impone inexorablemente que toda condena articulada sobre pruebas personales se fundamente en una actividad probatoria que el órgano judicial haya examinado directa y personalmente en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción. Esta doctrina fue complementada con la STC 184/2009, de 7 de septiembre, FJ 3, en la que señalamos que también en estos casos se debe igualmente atender a la exigencia de la audiencia personal del acusado como garantía específica vinculada al derecho de defensa (art. 24.2 CE).

Desde tales hitos, se ha afianzado una doctrina constitucional que, en síntesis, fija los siguientes márgenes de revisión: (i) Vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) que un órgano judicial, conociendo a través de recurso, condene a quien había sido absuelto en la instancia o empeore su situación a partir de una nueva valoración de pruebas personales o de una reconsideración de los hechos estimados probados para establecer su culpabilidad, siempre que no haya celebrado una audiencia pública en la que se desarrolle la necesaria actividad probatoria con las garantías de publicidad, inmediación y contradicción que le son propias y se dé al acusado la posibilidad de defenderse exponiendo su testimonio personal. (ii) No cabe efectuar este reproche constitucional cuando la condena o la agravación de la situación, a pesar de no haberse celebrado vista pública, tenga origen en una controversia estrictamente jurídica entre los órganos judiciales de primera y segunda instancia en la que no estén implicadas las garantías de publicidad, inmediación y contradicción y para cuya resolución no resulte necesario oír al acusado. Ninguna incidencia podría tener la audiencia en la decisión que pudiera adoptarse y la posición de la parte puede entenderse debidamente garantizada por la presencia de su abogado.

Estos criterios han tenido una particular proyección en supuestos en los que la controversia o discrepancia se produce en relación con la concurrencia de un concreto

elemento típico, el elemento subjetivo necesario para establecer o agravar la responsabilidad penal. Al respecto, hemos subrayado que el enjuiciamiento sobre dicha presencia deberá venir presidido por la previa audiencia al acusado, ya que forma parte, a estos efectos, de la vertiente fáctica del juicio que corresponde efectuar a los órganos judiciales (ya en STC 88/2013, FJ 8, con cita de la STC 126/2012, de 18 de junio, FJ 4). Este criterio, reiterado, entre otras, en las SSTC 157/2013, de 23 de septiembre, FJ 7; 205/2013, de 5 de diciembre, FJ 5; 125/2017, de 13 de noviembre, FJ 6; 146/2017, de 14 de diciembre, FJ 7; 59/2018, de 4 de junio, FJ 3, 73/2019, de 20 de mayo, FJ 2; 149/2019, de 25 de noviembre, FJ 2; 1/2020, de 14 de enero, FJ 4, o 35/2020, de 25 de febrero, FJ 2, traduce la consideración del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de que, con carácter general, la revisión de los elementos subjetivos del delito es también una cuestión de hecho y no una estricta cuestión de calificación jurídica y, por ello, precisa, cuando menos, la audiencia del acusado (SSTEDH de 10 de marzo de 2009, caso Igual Coll c. España; 22 de noviembre de 2011, caso Lacadena Calero c. España; 13 de diciembre de 2011, caso Valbuena Redondo c. España; 20 de marzo de 2012, caso Serrano Contreras c. España; 27 de noviembre de 2012, caso Vilanova Goterris y Llop García c. España; 8 de octubre de 2013, caso Nieto Macero c. España; 8 de octubre de 2013, caso Román Zurdo c. España; 12 de noviembre de 2013, caso Sainz Casla c. España; 8 de marzo de 2016, caso Porcel Terribas y otros c. España; 29 de marzo de 2016, caso Gómez Olmeda c. España; 13 de junio de 2017, caso Atutxa Mendiola y otros c. España; 13 de marzo de 2018, caso Vilches Coronado y otros c. España, o 24 de septiembre de 2019, caso Camacho Camacho c. España). No obstante, debe distinguirse el enjuiciamiento relativo a la concurrencia del hecho subjetivo de la estricta calificación jurídica que deba asignarse a ese hecho una vez acreditada su existencia. No cabe objeción constitucional a la condena o la agravación en vía de recurso, a pesar de no haberse celebrado vista pública, en tanto traiga causa de erróneas consideraciones jurídicas sobre su necesaria concurrencia, es decir, si se trata de la corrección de errores de subsunción jurídica a partir de los elementos fácticos reflejados en la resolución impugnada (SSTC 125/2017, FJ 6, 35/2020, FJ 2). En tal caso, el debate desarrollado en la jurisdicción revisora no atañe a cuestiones de hecho y de Derecho, donde sería precisa la celebración de audiencia pública con participación del acusado, sino a aspectos puramente jurídicos, objeto de la contradicción imprescindible para el derecho de defensa a través de la intervención de su abogado (SSTEDH de 22 de octubre de 2013, caso Naranjo Acevedo c. España, § 17 a 19, y de 23 de febrero de 2016, caso Pérez Martínez c. España, § 37, 39 y 40).

(.../...)

A diferencia de otros asuntos, los aspectos analizados por el Tribunal Supremo para pronunciarse sobre la culpabilidad del demandante no atañen a cuestiones de hecho y de Derecho entrelazadas, sino puramente jurídicas, relativas al criterio para afirmar la existencia del nexo objetivo típicamente exigible entre el resultado desvalorado y la conducta del agente. Se parte del mismo sustrato fáctico, como el propio voto particular admite, pero se opta por una interpretación del delito de homicidio imprudente en comisión por omisión (art. 142 CP en relación con el art. 11 CP), del concreto elemento objetivo del tipo de la imputación objetiva, que torna la atipicidad en tipicidad y, por ello, la absolución en condena. Las tres alteraciones fácticas que, según criterio del demandante, desmentirían la conclusión anterior, no son tales, sino una crítica a la concepción del elemento típico de la imputación objetiva acogida por el Tribunal Supremo. En la medida en que se trata de una nueva definición jurídica del delito enjuiciado y, por ello, de un estricto cambio de calificación jurídica a partir de los hechos probados y de la valoración realizada por la audiencia de la conducta del médico como

gravemente imprudente, no era precisa la celebración de una vista pública con reproducción de pruebas personales y audiencia del acusado, siendo bastante que su letrado tuviera oportunidad de presentar por escrito los argumentos que estimó oportunos en su defensa, habiendo incluso informado al respecto en la vista celebrada en casación (SSTC 35/2020, FJ 3, y SSTEDH de 16 de diciembre de 2008, caso Bazo González c. España, § 36; de 22 de octubre de 2013, caso Naranjo Acevedo c. España, § 17-19, y de 23 de febrero de 2016, caso Pérez Martínez c. España, § 37, 39 y 40)».

(STC 18/2021, de 15 de febrero. Recurso de amparo 3966-2018. Ponente: D.<sup>a</sup> Encarnación Roca Trías. *BOE* 22-3-2021).

### *Derecho a un proceso con todas las garantías. Derecho a la doble instancia penal*

«Como este tribunal observó en su STC 51/1985, hay determinados supuestos en que la garantía que ofrece el sometimiento del fallo condenatorio a un tribunal superior puede ser debidamente satisfecha sin necesidad de que exista, como tal, un recurso autónomo. En la citada resolución se estimó que “no había vulneración del derecho a la revisión de la condena cuando esta era pronunciada en única instancia por el Tribunal Supremo”. El propio artículo 6 CEDH no enuncia expresamente el derecho fundamental aquí considerado, aunque sí viene reconocido en el artículo 2 de su Protocolo núm. 7 (de 22 de noviembre de 1984, firmado por España el 19 de marzo de 1985, cuyo Instrumento de ratificación de 28 de agosto de 2009, fue publicado en el “Boletín Oficial del Estado” de 15 de octubre siguiente). Dicha adición recoge el contenido del derecho plasmado en el artículo 14.5 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos de 1966, cuyo influjo ha sido decisivo en esta materia (STC 42/1982). Pero, al mismo tiempo que lo reconoce, el Protocolo establece una excepción significativa, ya que su enunciado admite que las legislaciones de los Estados contratantes lo excluyan, entre otros supuestos “cuando el culpable haya sido juzgado en primera instancia por el más alto Tribunal”. Dicha circunstancia es la que aquí concurre, dado que la demandante ha sido juzgada en primera instancia por el Tribunal Supremo, órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes (art. 123 CE), contra cuyas resoluciones no cabe recurso ordinario alguno. Tal circunstancia justifica en este caso que no se pueda apreciar como indebida la denunciada limitación del derecho a la doble instancia penal».

(STC Pleno 34/2021, de 17 de febrero. Recurso de amparo 1640-2020. Ponente: D. Cándido Conde-Pumpido Tourón. *BOE* 22-3-2021).

### *Derecho a un proceso con todas las garantías. Derecho a la doble instancia penal. Incorrecta indicación de los recursos pertinentes*

«La jurisprudencia constitucional ha reiterado dos ideas esenciales en relación con el derecho a la doble instancia penal revisora de una declaración de culpabilidad (por ejemplo, SSTC 7/2015, 22 de enero, FJ 3; 194/2015, de 21 de septiembre, FJ 5, o 124/2019, de 28 de octubre, FJ 3):

a) Este derecho, aunque no esté expresamente recogido en el art. 24.2 CE, es una de las garantías del proceso penal, que también está reconocido tanto en el art. 14.5 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos de 1966 (“Toda per-

sona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley”), como en el art. 2.1 del Protocolo núm. 7 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (“Toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tendrá derecho a que la declaración de culpabilidad o la condena sea examinada por una jurisdicción superior. El ejercicio de ese derecho, incluidos los motivos por los cuales pueda ser ejercitado, se regularán por ley”).

b) Este derecho, en tanto que garantía constitucionalizada, tiene en el ámbito sancionador y respecto de sentencias condenatorias un diferente alcance que el derecho al recurso en otros órdenes jurisdiccionales no sancionatorios, siendo más cercano al derecho de acceso a la jurisdicción en la medida en que incluye también la utilización del principio *pro actione*. De ese modo, también en este ámbito quedan constitucionalmente proscritas aquellas decisiones judiciales impeditivas de una efectiva revisión de una declaración de culpabilidad que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que se intentan preservar y los intereses que se sacrifican o que supongan interpretaciones o aplicaciones de las reglas disciplinadoras de los requisitos y formas de las secuencias procesales en sentidos que, aunque puedan aparecer acomodados al tenor literal del texto en que se encierra la norma, son contrarios al espíritu y a la finalidad de esta.

Por su parte, la jurisprudencia constitucional también ha establecido de manera reiterada que la instrucción o información errónea acerca de los recursos facilitada por los órganos judiciales, dada la *auctoritas* que corresponde a quien la hizo constar, es susceptible de inducir a un error a la parte litigante, que hay que considerar en todo caso excusable dada la autoridad que necesariamente ha de merecer la decisión judicial, ya que si se han ofrecido indicaciones equivocadas sobre los recursos utilizables, el interesado, aun estando asistido por expertos en la materia, podría entender por la autoridad inherente a la decisión judicial, que tales indicaciones fueran ciertas y obrar en consecuencia (así, por ejemplo, SSTC 112/2009, de 11 de mayo, FJ 2; 47/2014, 7 de abril, FJ 4, o 60/2017, de 22 de mayo, FJ 5).

La confluencia de ambos criterios jurisprudenciales determina que este tribunal deba concluir que, desde la perspectiva del derecho a un proceso con todas garantías (art. 24.2 CE), en su concreta dimensión del derecho a una segunda instancia penal revisora de una declaración de culpabilidad, es preciso que en vía judicial se pondere adecuadamente, por las exigencias propias del principio *pro actione* aplicable a este derecho, la circunstancia de que la vía legal impugnatoria seleccionada por el condenado sea el resultado de haber seguido las indicaciones contenidas en la resolución condenatoria con el fin de que no quede frustrada la efectividad de este derecho cuando dicha indicación pudiera haber resultado errónea».

(STC 3/2021, de 25 de enero. Recurso de amparo 469-2019. Ponente: D.<sup>a</sup> Encarnación Roca Trías. BOE 23-2-2021).

### *Derecho a un Juez imparcial*

«En la STC 121/2021, de 2 de junio, FJ 6.1.1, hemos recordado, sintetizando doctrina precedente, que el derecho al juez imparcial es una garantía fundamental del sistema de justicia y que la imparcialidad judicial comprende dos vertientes: subjetiva y objetiva.

La subjetiva garantiza que el juez no ha mantenido relaciones indebidas con las partes, lo que integra todas las dudas que se deriven de las relaciones del juez con aquellas, en tanto que la objetiva asegura que el juez se acerca al *thema decidendi* sin haber tomado postura en relación con él, lo que debe ponderarse en cada caso concreto. También hemos señalado que el instrumento procesal adecuado para hacer valer el derecho al juez imparcial es el incidente de recusación, que puede ser rechazado *a limine*, incluso por el propio órgano recusado.

(.../...)

En el examen de la contaminación por contacto con el *thema decidendi* la índole de la intervención anterior del juez en el proceso penal es el elemento discriminador en una casuística basada en que “la imparcialidad del juez no puede examinarse in abstracto, sino que hay que determinar, caso por caso, si la asunción de funciones por un mismo magistrado, en determinados momentos del proceso penal, puede llegar a comprometer la imparcialidad objetiva del juzgador y erigirse en un menoscabo y obstáculo a la confianza que los tribunales de una sociedad democrática deben inspirar a los justiciables (STC 142/1997, de 15 de septiembre, FJ 3)” (STC 11/2000, de 17 de enero, FJ 4).

De este modo se han ido configurando unos cánones constitucionales de enjuiciamiento de la imparcialidad que consideran incompatibles las funciones de resolver, o dictar el fallo, con las previas de acusación o de auxilio a la acusación (SSTC 54/1985, de 18 de abril; 225/1988, de 28 de noviembre; 180/1991, de 23 de septiembre, y 56/1994, de 24 de febrero), así como las facultades de instrucción y enjuiciamiento (STC 145/1988, de 12 de julio, FJ 7). Carece de la debida imparcialidad para resolver en segunda instancia el juez que ha conocido del asunto en la primera (STC 238/1991 y STEDH de 23 de mayo de 1991, caso Oberschlick), el que ha adoptado medidas limitativas de derechos fundamentales (SSTC 60/1995, en relación con el juez de menores, y 162/1999), o el auto de apertura del juicio oral (STC 310/2000, de 18 de diciembre, FJ 4). No se ha considerado, por el contrario, que comprometa la imparcialidad objetiva del juez la decisión de admisión de una denuncia o una querrela (STC 41/1998, de 24 de febrero, FJ 16), o la que adecua el procedimiento a la naturaleza de la infracción, al calificarla como falta (STC 52/2001, de 26 de febrero, FJ 6).

Lo decisivo para apreciar la imparcialidad judicial es, tal y como señalamos en la STC 143/2006, de 8 de mayo, FJ 3, “el criterio material que anima la apreciación de la pérdida de imparcialidad más que el concreto tipo de actuación judicial del que pretendidamente se derivaría la pérdida de imparcialidad”; por lo que “deben considerarse objetivamente justificadas las dudas sobre la imparcialidad judicial y, por tanto, vulnerado el derecho al juez imparcial, cuando la decisión a la que se pretende vincular la pérdida de imparcialidad se fundamenta en valoraciones que resulten sustancialmente idénticas a las que serían propias de un juicio de fondo sobre la responsabilidad penal, exteriorizando, de este modo, un pronunciamiento anticipado al respecto”.

Resulta relevante, en este sentido, la STC 149/2013, de 9 de septiembre, FJ 4, en la que apreciamos contaminación por contacto con el *thema decidendi* en los magistrados de una sección de Audiencia Provincial que dictaron condena en segunda instancia, tras haber revocado el auto de sobreseimiento provisional dictado en la misma causa, en una resolución que valoró el resultado de una instrucción judicial prácticamente agotada».

(STC 180/2021, de 25 de octubre. Recurso de amparo 4055-2020. Ponente: D. Andrés Ollero Tassara. BOE 25-11-2021).



### *Derecho a un Juez imparcial. Publicación del fallo en los medios de comunicación antes de la notificación a las partes*

«En las SSTC 64/2001, 65/2001 y 66/2001, todas de 17 de marzo, FFJJ 2, así como en la STC 69/2001, de la misma fecha, FJ 14, con remisión a lo expuesto en la STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 8, el Pleno de este tribunal abordó específicamente la cuestión relativa a si el derecho a un proceso con todas las garantías, desde la vertiente de derecho a la imparcialidad judicial (art. 24.2 CE), podría verse menoscabado como consecuencia de la “filtración” y publicación en los medios de comunicación del contenido de la deliberación y del fallo de una sentencia antes de su notificación a las partes. Podemos sistematizar la doctrina sentada entonces del siguiente modo:

a) La Constitución brinda un cierto grado de protección frente a los denominados “juicios paralelos” en los medios de comunicación, dado que tanto las declaraciones en los citados medios acerca de procesos en curso como las opiniones sobre el sentido que haya de tener la decisión que los resuelva pueden influir no solo en el prestigio de los tribunales, sino, muy especialmente, “según sea su tenor, finalidad y contexto”, “pueden llegar a menoscabar la imparcialidad o apariencia de imparcialidad de aquellos, ya que la publicación de supuestos o reales estados de opinión pública sobre el proceso y el fallo pueden influir en la decisión que deben adoptar los jueces. Es más, a nadie puede ocultársele que la capacidad de presión e influencia es mucho mayor cuando las declaraciones vertidas en los medios de comunicación sobre procesos en curso corresponden a miembros destacados de los otros poderes públicos del Estado. Por ello, cuando efectivamente se dan esas circunstancias, se conculca el derecho a un proceso con todas las garantías, incluso sin necesidad de probar que la influencia ejercida ha tenido un efecto concreto en la decisión de la causa, pues, por la naturaleza de los valores implicados, basta la probabilidad fundada de que tal influencia ha tenido lugar (STEDH de 29 de agosto de 1997, caso Worm, § 54)” (STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 8).

Paralelamente, hemos destacado también en numerosas sentencias que “el postulado que subraya la extraordinaria importancia de la opinión pública libre, dado el carácter esencial de la libertad de expresión en una sociedad democrática, se aplica también en el ámbito de la administración de justicia, que sirve a los intereses de toda la colectividad y exige la cooperación de un público instruido”. Dado que los tribunales no actúan en el vacío, su competencia para pronunciarse sobre las causas penales que deban enjuiciar “no significa que, con anterioridad o al mismo tiempo, los asuntos de que conoce la jurisdicción penal no puedan dar lugar a debates, bien sea en revistas especializadas, en la prensa o entre el público en general. A condición de no franquear los límites que marca la recta administración y dación de justicia, las informaciones sobre procesos judiciales, incluidos los comentarios al respecto, contribuyen a darles conocimiento y son perfectamente compatibles con las exigencias de publicidad procesal (arts. 24.2 CE y art. 6.1 CEDH). A esta función de los medios se añade el derecho, para el público, de recibirlas, y muy especialmente cuando el proceso concierne a personas públicas [por todas, STC 46/1998 y sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de abril de 1979 (caso Sunday Times, § 65), de 24 de febrero de 1997 (caso De Haes y Gijssels, § 37) y de 29 de agosto de 1997 (caso Worm, § 50)]”.

b) Hemos señalado también que, desde la expresada garantía de imparcialidad judicial, el solo dato de que desde el entorno de la sala sentenciadora se hubiera filtrado hipotéticamente a los medios de comunicación el sentido general del fallo de la

sentencia antes de que la resolución fuese notificada a las partes, no repercute negativamente por sí sola, menoscabándola, en la imparcialidad del tribunal. Como venimos reiterando, “para que, en garantía de la imparcialidad, un juez pueda ser apartado del conocimiento concreto de un asunto, es siempre preciso que existan sospechas objetivamente justificadas; es decir, exteriorizadas y apoyadas en datos objetivos, que permitan afirmar fundadamente que el Juez no es ajeno a la causa, o que permitan temer que, por cualquier relación con el caso concreto, no utilizará como criterio de juicio el previsto por la ley, sino otras consideraciones ajenas al ordenamiento jurídico. Por más que hayamos reconocido que en este ámbito las apariencias son importantes, porque lo que está en juego es la confianza que, en una sociedad democrática, los tribunales deben inspirar al acusado y al resto de los ciudadanos, no basta para apartar a un determinado juez del conocimiento de un asunto que las sospechas o dudas sobre su imparcialidad surjan en la mente de quien recusa, sino que es preciso determinar, caso a caso, más allá de la simple opinión del acusado, si las mismas alcanzan una consistencia tal que permita afirmar que se hallan objetiva y legítimamente justificadas (SSTC 145/1988, de 12 de julio; 11/1989, de 24 de enero; 151/1991, de 8 de julio; 113/1992, de 14 de septiembre; 119/1993, de 19 de abril; 299/1994, de 14 de noviembre; 60/1995, de 16 de marzo; 142/1997, de 15 de septiembre; y 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 5; y SSTEDH de 1 de octubre de 1982, caso Piersack; de 26 de octubre de 1984, caso De Cubber; de 24 de mayo de 1989, caso Hauschildt; de 16 de diciembre de 1992, caso Saint-Marie; de 24 de febrero de 1993, caso Fey; de 26 de febrero de 1993, caso Padovani; de 22 de abril de 1994, caso Saraiva de Carvalho; de 22 de febrero de 1996, caso Bulut; de 20 de mayo de 1998, caso Gautrin y otros, y de 28 de octubre de 1998, caso Castillo Algar)” [SSTC 64/2001, 65/2001, 66/2001, FFJJ 2 a), y STC 69/2001, FJ 14 a)].

c) La imparcialidad subjetiva y objetiva del tribunal deben ser presumidas mientras no medie prueba en contrario. La dificultad que pueda comportar esta demostración no hace quebrar tal regla. “En palabras muy ilustrativas de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de junio de 1996, dictada en el caso Pullar (§ 32): ‘El principio según el cual se debe presumir que un tribunal está exento de prejuicio o de parcialidad refleja un elemento importante de la preeminencia del Derecho, a saber: que el veredicto de un tribunal es definitivo y con fuerza obligatoria, a no ser que sea revocado por una jurisdicción superior por vicios de procedimiento o de fondo. Este principio debe aplicarse de la misma forma a todas las clases de tribunales. Incluso si en determinados casos [...] puede resultar difícil aportar pruebas que permitan desvirtuar la presunción, pues el requisito de la imparcialidad objetiva supone, conviene recordarlo, una importante garantía adicional’” [STC 136/1999, FJ 9, citada en SSTC 64/2001, 65/2001 y 66/2001, FFJJ 2 c), y 69/2001, FJ 14 c)].

Por tanto, “[s]olo en la medida en que se acreditase que la opinión de alguno o de algunos de los integrantes del tribunal haya podido verse condicionada por hechos o circunstancias externas a la propia deliberación, o que la citada ‘filtración’ iba encaminada a obtener una modificación interesada de lo previamente decidido, la garantía de imparcialidad, reconocida por el art. 24.2 CE, podría haberse visto afectada en su vertiente subjetiva”. A fin de efectuar esta valoración han de tenerse en cuenta, entre otros, los siguientes factores: (i) que no puede cuestionarse el desinterés objetivo en el asunto de los miembros del tribunal sentenciador cuando “nada avala una relación previa de estos con las partes del proceso o con sus intereses”; (ii) el secreto en las deliberaciones y en el voto de los magistrados llamados a pronunciar un fallo de absolución o de condena representa también una garantía para el propio tribunal, que permite evitar que sus miembros se vean presionados externamente en el momento de

tomar su decisión, que les posibilita expresar libremente sus opiniones o valoraciones sobre los hechos y que impide consecuencias o juicios externos sobre lo manifestado individualmente por cada magistrado durante los debates; (iii) el contenido de la información y el tiempo en que se produjo su aparición en los medios de comunicación; y, en concreto, si “ya había concluido el juicio oral, se había desarrollado toda la prueba e, incluso, había finalizado la deliberación” [SSTC 64/2001, 65/2001, 66/2001, FFJJ 2 b), y 69/2001, FJ 14 b)]».

(STC 121/2021, de 2 de junio. Recurso de amparo 1406-2020. D. Santiago Martínez-Vares García. *BOE* 7-7-2021).

### *Derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley*

«a) El derecho constitucional al juez ordinario predeterminado por la ley es una consecuencia necesaria del principio de división de poderes. En favor de todos los ciudadanos, está reconocido en el art. 24.2 CE y se proyecta tanto sobre el órgano judicial, como sobre sus integrantes. Desde sus primeros pronunciamientos (STC 47/1983, de 31 de mayo, FJ 2), este tribunal ha tenido ocasión de determinar el fundamento y contenido del derecho alegado.

A tenor de dicha doctrina, hemos reiterado que su contenido exige, en primer término, que el órgano judicial al que se atribuye un asunto litigioso haya sido creado previamente por la norma jurídica, que esta le haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarle de órgano especial o excepcional. La generalidad y la abstracción de los criterios legales de atribución competencial garantiza la inexistencia de jueces *ad hoc*; la anterioridad de tales criterios al caso a enjuiciar garantiza que una vez determinado en concreto el juez de un caso en virtud de la aplicación de las reglas competenciales establecidas en las leyes, no podrá ser desposeído de su conocimiento en virtud de decisiones tomadas por órganos gubernativos (SSTC 101/1984, de 8 de noviembre, FJ 4, y 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 8).

En segundo lugar, en relación con sus integrantes, el derecho alegado garantiza también que la composición del órgano judicial venga determinada por la ley y, además, que en cada caso concreto se siga el procedimiento legalmente establecido para la designación de los miembros que han de constituir el órgano correspondiente (SSTC 47/1983, de 31 de mayo, FJ 2, y 93/1988, de 24 de mayo, FJ 4). La garantía no sería eficaz si bastase con determinar legalmente el órgano judicial, pero pudieran designarse o alterarse arbitrariamente sus componentes, que son quienes, en definitiva, van a ejercitar sus facultades intelectuales y volitivas en las decisiones que hayan de adoptarse.

A través de ambas exigencias, que son fuente objetiva de legitimación de la función judicial, se trata de garantizar la independencia e imparcialidad de los órganos judiciales, lo que constituye el interés directo protegido por el derecho al juez ordinario legalmente predeterminado, proclamado también expresamente, aunque con distinta dicción, en el artículo 14.1 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos y en el artículo 6.1 CEDH.

(.../...)

hemos reiterado que “no cabe confundir el contenido del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley con el derecho a que las normas sobre distribución de competencias entre los órganos jurisdiccionales se interpreten en un determinado sen-

tido”. La atribución que el artículo 117.3 de la Constitución lleva a cabo en favor de juzgados y tribunales del ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, según las normas de competencia y procedimiento que las leyes establezcan, supone que “la interpretación de las normas que regulan la competencia, y, por consiguiente, la determinación de cuál sea el órgano competente, es cuestión que corresponde en exclusiva a los propios tribunales de la jurisdicción ordinaria y los criterios de aplicación de la delimitación de competencias entre distintos órganos jurisdiccionales no constituyen por sí solos materia que sea objeto del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley” (STC 183/1999, de 11 de octubre, FJ 2, con cita de otras anteriores).

(.../...)

b) Dado que forman parte de una cultura europea común, los criterios que definen la doctrina de este tribunal sobre la necesidad de predeterminación legal de los órganos judiciales, de quienes los integran y de sus competencias, son semejantes a los que, desde sus primeras resoluciones, se desprenden de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La semejanza no se extiende solo a la definición del contenido del derecho y a su fundamento, sino también al canon de análisis utilizado para abordar las quejas que en esta materia le han sido planteadas.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 6.1 CEDH, “[t]oda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por ley [...]”. El tribunal europeo ha señalado que esta última expresión es reflejo del principio del Estado de Derecho, dado que un órgano judicial no establecido conforme a la voluntad del legislador carecería necesariamente de la legitimidad requerida en una sociedad democrática para oír la causa de un particular. La exigencia de previsión legal se extiende tanto al órgano mismo como a sus integrantes y, en tal medida, abarca la interpretación y aplicación de las normas relativas a los mandatos, las incompatibilidades y la recusación de los magistrados (asuntos *Bulut c. Austria* de 22 febrero 1996, § 29; *Coëme y otros c. Bélgica*, de 22 de junio de 2000 y *Lavents c. Letonia*, de 28 de noviembre de 2002). En otros pronunciamientos (asunto *DMD Group, A. S. c. Eslovaquia*, de 5 de octubre de 2010), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido que la expresión “establecido por la ley” tiene por objeto asegurar “que la organización judicial en una sociedad democrática no dependa de la discrecionalidad del poder ejecutivo, sino que esté regulada por la ley emanada del Parlamento” (asunto *Zand c. Austria*, informe de la Comisión de 12 de octubre de 1978). Incluso cuando existe una previsión legal expresa, la organización del sistema judicial no puede quedar a la valoración discrecional de las autoridades judiciales. Lo dicho no significa que los tribunales no tengan cierta libertad para interpretar la legislación nacional relevante (asunto *Coëme y otros*, antes citado, § 98, y *Savino y otros c. Italia*, de 28 de abril de 2009). Aunque corresponde en primer lugar a los tribunales nacionales la interpretación de las normas reguladoras, su incumplimiento conlleva, en principio, la violación del artículo 6.1 CEDH cuando se constate una violación flagrante de dichas previsiones, no con razón de una mera discrepancia de interpretación de las normas sobre competencia (asunto *Lavents c. Letonia*, de 28 de noviembre de 2002).

Al respecto, la Corte ha recordado que el artículo 6 CEDH no concede al imputado el derecho a elegir la jurisdicción que le juzgará, por lo que, en protección del derecho analizado, la tarea que le corresponde se limita a examinar si existían motivos razonables (no arbitrarios) que, conforme a la previsión legal, justificaran que las autoridades del Estado se declaren competentes para conocer del asunto

(asunto Jorgic c. Alemania, de 12 de julio de 2007, § 64 a 72; referida al enjuiciamiento por actos de genocidio cometidos fuera de Alemania)».

(STC Pleno 34/2021, de 17 de febrero. Recurso de amparo 1640-2020. Ponente: D. Cándido Conde-Pumpido Tourón. *BOE* 22-3-2021).

### *Derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes en Derecho*

«El régimen procesal de la prueba en el proceso penal posee una indudable relevancia constitucional habida cuenta de su estrecha conexión con las garantías constitucionales del acusado, y muy en particular con los derechos fundamentales a utilizar los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE) y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE). La estricta sujeción del juez penal al régimen procesal de la prueba en sus distintas fases, y muy en especial la relativa a su admisión y práctica, constituye una garantía más del proceso justo (art. 24.2 CE) en los términos señalados con anterioridad” (STC 130/2002, FJ 5). La facultad de intervenir en la prueba ajena para controlar su correcta práctica y contradecirla es también una específica manifestación del derecho de defensa del acusado (por todas, SSTC 176/1988, de 4 de octubre; 122/1995, de 18 de julio, y 76/1999, de 26 de abril) e incluye “interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él”, dando al mismo una ocasión adecuada y suficiente para discutir un testimonio en su contra e interrogar a su autor en el momento en que declare o en un momento posterior del proceso (SSTC 2/2002, de 14 de enero, FJ 4, y 57/2002, de 11 de marzo, FJ 3, con cita de SSTEDH de 24 de noviembre de 1986, caso *Unterperntinger c. Austria*, § 31; de 20 de noviembre de 1989, caso *Kostovski c. Holanda*, § 41; de 27 de septiembre de 1990, caso *Windisch c. Austria*, § 26; de 19 de febrero de 1991, caso *Isgro c. Italia*, § 34; de 20 de septiembre de 1993, caso *Saïdi c. Francia*, § 43, y de 27 de febrero de 2001, caso *Luca c. Italia*, § 40).

Si bien no todas las irregularidades e infracciones del régimen legal de prueba poseen relevancia constitucional a los efectos de las garantías del art. 24.1 y 2 CE, “no es menos cierto que el impulso probatorio del órgano judicial (tanto de oficio como a petición de parte) puede, en ocasiones y a la vista de las circunstancias del caso, traspasar los límites que le imponen el debido respeto al principio acusatorio, en el sentido de que quien debe formular la acusación y sobrellevar la carga de la prueba inculpatoria es la acusación y no quien ha de dictar sentencia en el proceso, menoscabando reflejamente aquella apariencia de imparcialidad objetiva que debe preservarse en todo momento (STC 186/1990, de 5 de noviembre, FJ 5). Por ello debe indagarse –a la vista de los datos objetivos que quepa extraer del modo de proceder que en cada caso haya observado el órgano judicial– si tras un impulso probatorio aparentemente neutral, incluso al abrigo de lo dispuesto en el art. 729.2 LECrim, el juez no ha emprendido en realidad sino una actividad inquisitiva encubierta” (STC 130/2002, FJ 5, con cita de la STC 188/2000, de 10 de julio, FJ 2). La observancia de tales principios se impone también en el interrogatorio de los testigos en el acto del juicio oral, como se refleja, entre otras, en la STC 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 14.

(.../...)

La doctrina de este tribunal sobre el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE), puede sintetizarse, de acuerdo con la STC 165/2001, de 16 de julio, en los siguientes puntos:

“a) Este derecho fundamental, que opera en cualquier tipo de proceso en que el ciudadano se vea involucrado, no comprende un hipotético derecho a llevar a cabo

una actividad probatoria ilimitada en virtud de la cual las partes estén facultadas para exigir cualesquiera pruebas que tengan a bien proponer, sino que atribuye solo el derecho a la recepción y práctica de las que sean pertinentes (SSTC 168/1991, de 19 de julio; 211/1991, de 11 de noviembre; 233/1992, de 14 de diciembre; 351/1993, de 29 de noviembre; 131/1995, de 11 de septiembre; 1/1996, de 15 de enero; 116/1997, de 23 de junio; 190/1997, de 10 de noviembre; 198/1997, de 24 de noviembre; 205/1998, de 26 de octubre; 232/1998, de 1 de diciembre; 96/2000, de 10 de abril, FJ 2), entendida la pertinencia como la relación entre los hechos probados y el *thema decidendi* (STC 26/2000, de 31 de enero, FJ 2).

b) Puesto que se trata de un derecho de configuración legal, es preciso que la prueba se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos (SSTC 149/1987, de 30 de septiembre; 212/1990, de 20 de diciembre; 87/1992, de 8 de junio; 94/1992, de 11 de junio; 1/1996; 190/1997; 52/1998, de 3 de marzo; 26/2000, FJ 2), siendo solo admisibles los medios de prueba autorizados por el ordenamiento (SSTC 101/1989, de 5 de junio; 233/1992, de 14 de diciembre; 89/1995, de 6 de junio; 131/1995; 164/1996, de 28 de octubre; 189/1996, de 25 de noviembre; 89/1997, de 10 de noviembre; 96/2000, FJ 2).

c) Corresponde a los jueces y tribunales el examen sobre la legalidad y pertinencia de las pruebas, no pudiendo este Tribunal Constitucional sustituir o corregir la actividad desarrollada por los órganos judiciales, como si de una nueva instancia se tratase. Por el contrario, este tribunal solo es competente para controlar las decisiones judiciales dictadas en ejercicio de dicha función cuando se hubieran inadmitido pruebas relevantes para la decisión final sin motivación alguna o mediante una interpretación y aplicación de la legalidad arbitraria o irrazonable o cuando la falta de práctica de la prueba sea imputable al órgano judicial (SSTC 233/1992, de 14 de diciembre, FJ 2; 351/1993, de 29 de noviembre, FJ 2; 131/1995, de 11 de septiembre, FJ 2; 35/1997, de 25 de febrero, FJ 5; 181/1999, de 11 de octubre, FJ 3; 236/1999, de 20 de diciembre, FJ 5; 237/1999, de 20 de diciembre, FJ 3; 45/2000, de 14 de febrero, FJ 2; 78/2001, de 26 de marzo, FJ 3).

d) Es necesario asimismo que la falta de actividad probatoria se haya traducido en una efectiva indefensión del recurrente, o lo que es lo mismo, que sea 'decisiva en términos de defensa' (SSTC 1/1996, de 15 de enero, FJ 2; 219/1998, de 17 de diciembre, FJ 3; 101/1999, de 31 de mayo, FJ 5; 26/2000, FJ 2; 45/2000, FJ 2). El ámbito material protegido por el derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes no abarca las meras infracciones de la legalidad procesal que no hayan generado una real y efectiva indefensión (SSTC 185/2007, de 10 de septiembre, FJ 2; y 258/2007, de 18 de diciembre, FJ 2). A tal efecto, hemos señalado que la tarea de verificar si la prueba es decisiva en términos de defensa y, por tanto, constitucionalmente relevante, lejos de poder ser emprendida por este tribunal mediante un examen de oficio de las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, exige que el recurrente haya alegado y fundamentado adecuadamente dicha indefensión material en la demanda, habida cuenta de que, como es notorio, la carga de la argumentación recae sobre los solicitantes de amparo (SSTC 1/1996, de 15 de enero; 164/1996, de 28 de octubre; 218/1997, de 4 de diciembre; y 45/2000, FJ 2).

e) La anterior exigencia se proyecta en un doble plano: de una parte, el recurrente ha de razonar en esta sede la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas (SSTC 149/1987, de 30 de septiembre, FJ 3; 131/1995, de 11 de septiembre, FJ 2); y, de otra, quien en la vía de amparo invoque la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes deberá, además, argumentar de modo convincente que la resolución final del proceso *a quo* podría haberle sido favorable, de haberse aceptado y practicado la prueba objeto de

controversia (SSTC 116/1983, de 7 de diciembre, FJ 3; 147/1987, de 25 de septiembre, FJ 2; 50/1988, de 2 de marzo, FJ 3; 357/1993, de 29 de noviembre, FJ 2), ya que solo en tal caso, comprobado que el fallo pudo, acaso, haber sido otro si la prueba se hubiera admitido, podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien por este motivo busca amparo (SSTC 30/1986, de 20 de febrero, FJ 8; 1/1996, de 15 de enero, FJ 3; 170/1998, de 21 de julio, FJ 2; 129/1998, de 16 de junio, FJ 2; 45/2000, FJ 2; 69/2001, de 17 de marzo, FJ 28)” (STC 165/2001, FJ 2).

La misma doctrina es extensible respecto de la regularidad en la práctica de una prueba admitida (STC 212/2013, de 16 de diciembre, FJ 4). En estos casos, cuando la queja verse sobre el modo en que se ha desarrollado una determinada diligencia probatoria, para que este tribunal pueda apreciar una vulneración del derecho a la prueba se exige que el recurrente demuestre la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas indebidamente practicadas; y, por otro, que argumente de modo convincente que, si se hubiera practicado correctamente la prueba admitida, la resolución final del proceso hubiera podido ser distinta (STC 101/1999, de 31 de mayo, FJ 5, con cita de las SSTC 147/1987; 357/1993, de 29 de noviembre; 1/1996 de 15 de enero; 217/1998 y 219/1998, de 16 de noviembre)».

(STC 121/2021, de 2 de junio. Recurso de amparo 1406-2020. D. Santiago Martínez-Vares García. *BOE* 7-7-2021. En el mismo sentido, STC 107/2021, de 13 de mayo. *BOE* 15-6-2021).

*Presunción de inocencia. Inexistencia de vulneración por modificar el criterio de imputación objetiva del resultado de muerte en una previa omisión imprudente del criterio de la probabilidad de la evitación del resultado al del incremento del riesgo*

«El Pleno del tribunal recordó en la STC 185/2014, de 6 de noviembre, FJ 3, que la “doctrina de este tribunal ha reconocido que el derecho a la presunción de inocencia es ‘uno de los principios cardinales del Derecho penal contemporáneo, en sus facetas sustantiva y formal’ (por todas, SSTC 138/1992, de 13 de octubre, y 133/1995, de 25 de septiembre) y es consciente de la importancia garantista del derecho a la presunción de inocencia, al que considera quizás ‘la principal manifestación constitucional de la especial necesidad de proteger a la persona frente a una reacción estatal sancionadora injustificada’ (SSTC 141/2006, de 8 de mayo, FJ 3, y 201/2012, de 12 de noviembre, FJ 4). Como regla de tratamiento, la presunción de inocencia impide tener por culpable a quien no ha sido así declarado tras un previo juicio justo (por todas, STC 153/2009, de 25 de junio, FJ 5) y, como regla de juicio en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, se configura como derecho del acusado a no sufrir una condena, a menos que la culpabilidad haya quedado establecida más allá de toda duda razonable (entre muchas, últimamente, STC 78/2013, de 8 de abril, FJ 2). El art. 24.2 CE significa que se presume que los ciudadanos no son autores de hechos o conductas tipificadas como delito y que la prueba de la autoría y la prueba de la concurrencia de los elementos del tipo delictivo, corresponden a quienes, en el correspondiente proceso penal, asumen la condición de parte acusadora (STC 105/1988, de 8 de junio, FJ 3). Como regla presuntiva supone que ‘el acusado llega al juicio como inocente y solo puede salir de él como culpable si su primitiva condición es desvirtuada plenamente a partir de las pruebas aportadas por las acusaciones’ (SSTC 124/2001, de 4 de junio, FJ 9, y 145/2005, FJ 5). La presunción de inocencia es, por tanto, una

presunción *iuris tantum* de ausencia de culpabilidad ‘que determina la exclusión de la presunción inversa de culpabilidad criminal de cualquier persona durante el desarrollo del proceso, por estimarse que no es culpable hasta que así se declare en sentencia condenatoria’ (STC 107/1983, de 29 de noviembre, FJ 2)”.

Destacábamos, asimismo, que la eficacia garantista de la presunción de inocencia se despliega ante el juez y frente al legislador, en tanto que el derecho a ser presumido inocente es un derecho subjetivo público con una “obvia proyección como límite de potestad legislativa y como criterio condicionador de las interpretaciones de las normas vigentes” (STC 109/1986, de 24 de septiembre, FJ 1). En concreto, “el tribunal ha incluido en la configuración constitucional de este derecho la interdicción de las presunciones de los elementos constitutivos del delito (SSTC 111/1999, de 14 de junio, FJ 3; 87/2001, de 2 de abril, FJ 9; 267/2005, de 24 de octubre, FJ 4, y 92/2006, de 27 de marzo, FJ 2). Con independencia de la modalidad delictiva de que se trate, no es tolerable que alguno de los elementos típicos se presuma en contra del acusado, sea con una presunción *iuris tantum*, que supone una traslación o inversión de la carga de la prueba irreconciliable con el art. 24.2 CE (ya en STC 105/1988, de 8 de junio, FJ 3), sea con una presunción *iuris et de iure*, ilícita en el ámbito penal desde la perspectiva constitucional, por cuanto prohíbe la prueba en contrario de lo presumido, con los efectos vulneradores de la presunción de inocencia de descargar de la prueba a quien acusa y de impedir probar la tesis opuesta a quien se defiende” (STC 185/2014, FJ 3).

De otro lado, desde la STC 44/1989, de 20 de febrero, FJ 2, hemos distinguido entre el derecho a la presunción de inocencia y el principio *in dubio pro reo*, situando a este último en el momento de la valoración o apreciación probatoria, de modo que “solo entra en juego cuando existe una duda racional sobre la real concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos que integran el tipo penal, aunque se haya practicado una prueba válida” (STC 16/2000, de 31 de enero, FJ 4). Y mantiene que, “con la perspectiva constitucional, el principio *in dubio pro reo*, ‘en tanto que perteneciente al convencimiento íntimo o subjetivo del órgano judicial’, ni está dotado de la protección del recurso de amparo, ‘ni puede en modo alguno ser objeto de valoración por este tribunal cuando el órgano judicial no ha albergado duda alguna acerca del carácter incriminatorio de las pruebas practicadas’” (así últimamente, STC 147/2009, de 15 de junio, FJ 2, con cita de las SSTC 63/1993, de 1 de marzo, FJ 4; 103/1995, de 3 de julio, FJ 4; 16/2000, de 16 de enero, FJ 4; 209/2003, de 1 de diciembre, FJ 5; 61/2005, de 14 de marzo, FJ 4, y 137/2005, de 23 de mayo, FJ 3).

No obstante, conforme a nuestra doctrina, la regla de juicio que impone el derecho a la presunción de inocencia es muy clara: “se configura como derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que la culpabilidad haya quedado establecida más allá de toda duda razonable” (entre muchas, las ya citadas SSTC 78/2013, FJ 2, y 185/2014, FJ 3). Exige, como presupuesto de una condena penal conforme con el art. 24.2 CE, la certeza sobre la culpabilidad del imputado, entendida como ausencia de duda razonable respecto a la concurrencia de todos aquellos extremos relevantes para la condena. En tal medida, la razonabilidad de las conclusiones del juzgador sobre el resultado de los medios de prueba, justificadas a través de la debida motivación, y su suficiencia para condenar son exigencias entrelazadas del derecho a la presunción de inocencia (SSTC 268/2000, de 27 de noviembre, FJ 9, y 78/2013, FJ 2). La existencia de una duda razonable en términos objetivos (o mejor, intersubjetivos) implica una valoración probatoria deficiente y la ausencia de prueba de cargo suficiente y, en definitiva, la vulneración del derecho a la presunción de inocencia. Así ocurrirá, como hemos repetido, si se presentan por el acusado hipótesis fácticas alternativas razonables frente a la hipótesis acusatoria (SSTC 81/1998, de 2 de abril, FJ 3; 155/2002, de 22 de julio, FJ 7; 145/2005, de 6 de junio, FJ 5, y 12/2011, de 28 de



febrero, FJ 10). Sin que, por lo demás, pueda haber diferencia cualitativa desde la perspectiva del art. 24.2 CE entre una absolución resultante de una constatación incontestable de la inocencia del acusado y una absolución fundamentada en la ausencia de pruebas suficientes para enervar la presunción de inocencia –por existir una duda razonable– (SSTC 8/2017, de 19 de enero, FFJJ 7 y 8; 10/2017, de 30 de enero, FJ 4; 85/2019, de 19 de junio, FJ 10, y STEDH de 16 de febrero de 2016 asunto *Vlieeland Boddy y Marcelo Lanni c. España*, § 40).

Sin embargo, no puede vincularse al derecho a la presunción de inocencia un principio *favor rei* en la interpretación de las normas penales, de forma que hayan de dirimirse las posibles comprensiones de los preceptos o solventarse las dudas de subsunción con un criterio *pro reo*. Las opciones interpretativas deben decantarse con el instrumental hermenéutico al uso, siempre, por supuesto, con respeto a las exigencias de razonabilidad gramatical, metodológica y axiológica que impone el derecho a la legalidad penal del art. 25.1 CE (STC 137/1997, FJ 7; seguida, entre muchas, por SSTC 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 7; 13/2003, de 28 de enero, FJ 3; 138/2004, de 13 de septiembre, FJ 3; 242/2005, de 10 de octubre, FJ 4; 9/2006, de 16 de enero, FJ 4; 262/2006, de 11 de septiembre, FJ 4; 129/2008, de 27 de octubre, FJ 3; 153/2011, de 17 de octubre, FJ 8; 196/2013, de 2 de diciembre, FJ 5; 146/2017, de 14 de diciembre, FJ 4, o 1/2020, de 14 de enero, FJ 8). Nuestra doctrina parte de que “toda norma penal admite diversas interpretaciones, como consecuencia natural, entre otros factores, de la vaguedad del lenguaje, el carácter genérico de las normas y su inserción en un sistema normativo relativamente complejo (SSTC 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 7; 42/1999, de 22 de marzo, FJ 4; 167/2001, de 16 de julio, FJ 3), y de que la función de interpretar y aplicar la legislación vigente, subsumiendo en las normas los hechos que llevan a su conocimiento, corresponde en exclusiva a los jueces y tribunales, de acuerdo con lo establecido en el art. 117.3 CE, sin que pueda este tribunal sustituirlos en dichas tareas, ni determinar cuál de entre todas las interpretaciones posibles de la norma es la más correcta, ni qué política criminal concreta debe orientar esa selección (por todas, SSTC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7; 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 7; 142/1999, de 22 de julio, FJ 4; 167/2001, de 16 de julio, FJ 3)” (SSTC 13/2003, de 28 de enero, FJ 3; 163/2004, de 4 de octubre, FJ 7; 151/2005, de 6 de junio, FJ 9, y 34/2009, de 9 de febrero, FJ 6). Es ajena al contenido de nuestra jurisdicción la interpretación última del contenido de los tipos penales y el control de la corrección del proceso de subsunción (por todas, STC 137/1997, FJ 7). Por tanto, el examen que nos corresponde atañe a la razonabilidad de la comprensión de la norma penal y de la subsunción de los hechos probados en ella, y se limita al control de que se respeta el tenor literal de la norma, no se incurre en quiebras lógicas y resulta acorde con modelos de argumentación aceptados por la propia comunidad jurídica y es conforme con las pautas valorativas que informan nuestro texto constitucional (SSTC 129/2008, 27 de octubre, FJ 3; 34/2009, de 9 de febrero, FJ 6; 91/2009, de 20 de abril, FJ 6; 153/2011, de 17 de octubre, FJ 8, y 196/2013, de 2 de diciembre, FJ 5).

(.../...)

El Tribunal Supremo acoge el criterio del incremento del riesgo como criterio de imputación objetiva del resultado frente al criterio de la probabilidad de evitación rayana en la certeza que sostuvo la Audiencia Provincial. Lo hace en el ámbito de sus atribuciones, como máximo intérprete de la legalidad ordinaria, en atención a las peculiaridades fenomenológicas de las prestaciones médicas, el fin de tutela de bienes jurídicos y la finalidad preventiva a la que sirven las disposiciones penales. Desde tal comprensión y definición de los elementos típicos, examina los hechos probados fijados por el tribunal de primera instancia tras una valoración de la prueba cuya razona-

bilidad no se ha cuestionado, como tampoco lo ha sido la suficiencia del material incriminador al respecto. Concluye a partir de esas premisas fácticas que el resultado de muerte es imputable a la conducta del recurrente, que era garante de la vida de la persona lesionada, por cuanto omitió palmariamente la actuación profesional correcta y, con su conducta manifiestamente negligente, contribuyó a que el riesgo vital culminara en la muerte de la joven herida en la avalancha. Ni la concepción manejada por el órgano judicial sobre los requisitos para imputar el resultado a la previa omisión imprudente ni su aplicación en el caso concreto vulneran el derecho a la presunción de inocencia».

(STC 18/2021, de 15 de febrero. Recurso de amparo 3966-2018. Ponente: D.<sup>a</sup> Encarnación Roca Trías. *BOE* 22-3-2021).

### *Principio acusatorio*

«Procede remitirnos como fuente de doctrina a la STC 47/2020, de 15 de junio, que recogiendo y sistematizando otras resoluciones anteriores, señala sobre este derecho fundamental, también conocido como de congruencia o correlación entre las pretensiones de la acusación y la defensa y la sentencia, en el fundamento jurídico 3, destacando a los efectos de este amparo los siguientes pronunciamientos de los apartados a) y c):

“a) En la STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 4, citada por la demandante ya desde el momento en que interpuso el incidente de nulidad de actuaciones que sería inadmitido *a limine* por la audiencia, el Pleno de este tribunal recordó lo expuesto en la STC 123/2005, de 12 de mayo, FJ 3, reiterando que, aunque el principio acusatorio no aparezca expresamente mencionado entre los derechos constitucionales que disciplinan el proceso penal, ello no es óbice para entender protegidos por el art. 24.2 CE ciertos derechos fundamentales que configuran los elementos estructurales de dicho principio, que trasciende el derecho a ser informado de la acusación para comprender un haz de garantías adicionales. En este sentido, se resaltó la vinculación del principio acusatorio tanto con los derechos constitucionales de defensa y a conocer la acusación, como con la garantía constitucional de la imparcialidad judicial.

Por lo que afecta al fundamento del deber de congruencia entre la acusación y el fallo, como manifestación del principio acusatorio contenida en el derecho a un proceso con todas las garantías, la citada sentencia expuso su directa relación, principalmente, con el derecho a la defensa y a estar informado de la acusación; de modo que si el juzgador se extralimita en el fallo, apreciando unos hechos o una calificación jurídica diferentes de los pretendidos por las acusaciones, priva a la defensa de la necesaria contradicción. Este deber de congruencia encuentra su fundamento en el derecho a un proceso con todas las garantías: el enjuiciamiento penal se ha de desarrollar con respeto a la delimitación de funciones entre la parte acusadora y el órgano de enjuiciamiento, pues un pronunciamiento judicial que vaya más allá de la concreta pretensión punitiva solicitada por quienes sostengan la acusación, implicará la invasión por el órgano judicial de competencias reservadas constitucionalmente a aquellas acusaciones, ya que estaría condenando al margen de lo solicitado por los legitimados para delimitarla; ello conduciría, además, a una pérdida de su necesaria posición de imparcialidad, con efectos sobre el derecho a un proceso con todas las garantías (SSTC 123/2005, FJ 4; 247/2005, de 10 de octubre, FJ 2, o 170/2006, de 5 de junio, FJ 2).

Así pues, la vinculación entre la pretensión punitiva sostenida por las partes acusadoras y el fallo de la sentencia judicial, como contenido propio del principio acusa-

torio, implica que el órgano de enjuiciamiento debe dictar una resolución congruente con lo solicitado por aquellas. Lo cual responde a la necesidad no solo de garantizar las posibilidades de contradicción y defensa, sino también de respetar la distribución de funciones entre los distintos participantes en el proceso penal (arts. 117 y 124 CE). De este modo, el análisis del respeto a la garantía del deber de congruencia entre acusación y fallo, por parte de una resolución judicial, debe venir dado no solo por la comprobación de que el condenado ha tenido la oportunidad de debatir contradictoriamente los elementos de la acusación, sino también por la comprobación de que el órgano de enjuiciamiento no ha comprometido su imparcialidad asumiendo funciones acusatorias que constitucionalmente no le corresponden (STC 155/2009, FJ 4, siguiendo a la STC 123/2005, de 12 de mayo).

De otra parte, en cuanto al alcance del deber de congruencia respecto a la pretensión punitiva, el juzgador queda constitucionalmente sometido a un doble condicionamiento: fáctico y jurídico. El condicionamiento fáctico viene determinado por los hechos objeto de acusación, de modo que ningún hecho o acontecimiento que no haya sido delimitado por la acusación, como objeto para el ejercicio de la pretensión punitiva, podrá ser utilizado para ser subsumido como elemento constitutivo de la responsabilidad penal; el órgano judicial, en última instancia, no podrá incluir en el relato de hechos probados elementos fácticos que varíen sustancialmente la acusación, ni realizar la subsunción con ellos. El condicionamiento jurídico queda constituido, a su vez, por la calificación que de esos hechos realice la acusación y la consiguiente petición sancionadora. Ahora bien, atendiendo a las propias facultades de pronunciamiento de oficio que tiene el juzgador penal, por las cuestiones de orden público implicadas en el ejercicio del *ius puniendi*, el juez podrá condenar por un delito distinto del solicitado por la acusación siempre que sea homogéneo con él y no implique una pena de superior gravedad, de manera que la sujeción de la condena a la acusación no puede ir tan lejos como para impedir que, el órgano judicial, modifique la calificación de los hechos enjuiciados en el ámbito de los elementos que han sido o han podido ser objeto de debate contradictorio (STC 155/2009, FJ 4, y jurisprudencia allí citada).

[...] c) Finalmente, es también doctrina de este tribunal que la ausencia de indefensión debe respetarse en cada instancia. Lo cual, desde la perspectiva del principio acusatorio, implica que el sostenimiento de pretensiones acusatorias resulta igualmente exigible en la fase de apelación de la sentencia (SSTC 163/1986, de 17 de diciembre, FJ 3; 168/1990, de 5 de noviembre, FJ 2; 11/1992, de 27 de enero, FFJJ 3 y 4; 83/1992, de 28 de mayo, FJ 1, o 283/1993, de 27 de septiembre, FFJJ 4 y 5). De este modo, no basta con que el principio acusatorio haya tenido efectividad en la primera instancia, para entender cumplidas sus exigencias en la segunda instancia si no se reformula en ella la pretensión: la correlación entre la acusación y el fallo de la sentencia debe existir en todas las instancias judiciales (STC 100/1992, de 25 de junio, FJ 2; también SSTC 28/1981, de 23 de junio; 240/1988, de 19 de diciembre; 53/1989, de 22 de febrero, y 168/1990, de 5 de noviembre). Conforme a ello, la inexistencia de acusación en la apelación o su defectuoso planteamiento en dicho grado no pueden entenderse suplidos, en modo alguno, por la primera acusación, ya que “en un sistema acusatorio deben entenderse igualmente excepcionales los poderes de actuación *ex officio* del juez lo mismo en la primera que en la segunda instancia” (STC 240/1988, de 19 de diciembre, FJ 3, por remisión a la STC 84/1985, de 8 de julio).

La pretensión acusatoria debe constar, además, debidamente exteriorizada, rechazándose las formas tácitas o implícitas como manera de satisfacer el principio acusatorio exigible en cada una de las instancias penales (STC 47/1991, de 28 de febrero, FJ 2, por remisión a la STC 163/1986). Este tribunal no se refiere con ello a

supuestos de simple confirmación de la sentencia de primera instancia, sino a aquellos casos en los que, sin formularse acusación en grado de apelación, sea condenado quien no lo fue en la instancia anterior bien porque no fue acusado, bien porque resultó absuelto (SSTC 163/1986; 53/1987, de 7 de mayo, o 11/1992, de 27 de enero), así como a aquellos casos en los que el tribunal *ad quem* agrave la sentencia de instancia sin previa solicitud por alguna de las partes personadas (SSTC 17/1987, de 13 de febrero, y 19/1992, de 14 de febrero). Ahora bien, debe tenerse especial cuidado en no confundir la inexistencia de acusación con la calificación jurídica errónea que hayan podido efectuar el Ministerio Fiscal u otras acusaciones, puesto que el órgano judicial, si así la considera, no estaría vinculado por la tipificación o imputación que en ella se efectúe (SSTC 163/1986, 47/1991 y 11/1992).

(STC 22/2021, de 15 de febrero. Recurso de amparo 3917-2019. Ponente: D. Ricardo Enríquez Sancho. *BOE* 22-3-2021. En el mismo sentido, STC 132/2021, de 21 de junio. *BOE* 31-7-2021 y STC 165/2021, de 4 de octubre. *BOE* 9-11-2021).

## ARTÍCULO 25

### *Principio de legalidad penal*

«De acuerdo con la doctrina de este tribunal el principio de legalidad penal recogido en el artículo 25.1 CE incorpora la regla *nullum crimen nulla poena sine lege*, que también “es de aplicación al ordenamiento sancionador administrativo”, y es esencialmente una concreción de diversos aspectos del Estado de Derecho en el ámbito del Derecho estatal sancionador (STC 133/1987, de 21 de julio, FJ 4). Se vincula, ante todo, con el imperio de la ley como presupuesto de la actuación del Estado sobre bienes jurídicos de los ciudadanos, pero también con el derecho de los ciudadanos a la seguridad, previsto en la Constitución como derecho fundamental de mayor alcance, así como la prohibición de la arbitrariedad y el derecho a la objetividad e imparcialidad del juicio de los tribunales, que garantizan el artículo 24.2 y el artículo 117.1 CE e implica, al menos, tres exigencias: la existencia de una ley (*lex scripta*); que la ley sea anterior al hecho sancionado (*lex praevia*), y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (*lex certa*).

La garantía constitucional de *lex certa*, como faceta específica del derecho a la legalidad sancionadora, se desenvuelve, en nuestra doctrina (vid, por todas, las SSTC 146/2015, de 25 de junio, FJ 2; 219/2016, de 19 de diciembre, FJ 5, y 220/2016, de 19 de diciembre, FJ 5), en dos ámbitos distintos:

a) **Ámbito normativo.** De un lado, la garantía de certeza puede resultar vulnerada por la insuficiente determinación *ex ante* de la conducta sancionable, como defecto inmanente a la redacción legal del precepto sancionador objeto de escrutinio; vulneración que afectaría a la calidad de la ley, esto es, a la accesibilidad y previsibilidad del alcance de la norma en el ámbito penal o sancionador (SSTC 184/2003, de 23 de octubre, FJ 3, y 261/2015, de 14 de diciembre, FJ 5).

b) **Ámbito aplicativo.** En cambio, aun cuando la redacción de la norma sancionadora resulta suficientemente precisa, la garantía de *lex certa* puede verse afectada por la aplicación irrazonable de dicha norma, vertiente que se desdobra, a su vez, en dos planos, (i) el de la indebida interpretación *ad casum* del alcance semántico del precepto, más allá de su sentido literal posible (analogía *in malam partem*), y (ii) el de la subsunción irrazonable, en el precepto ya interpretado, de la conducta que ha sido

considerada probada. En estos casos, pese a la “calidad” de la ley, su aplicación irrazonable se proyecta sobre la exigencia de previsibilidad del alcance de su aplicación (STC 220/2016, de 19 de diciembre, FJ 5). Así, en efecto, una vez que el autor de la norma, el legislador, ha cumplido suficientemente con el mandato al dar una redacción precisa al precepto sancionador, la garantía de certeza exige igualmente de los órganos sancionadores que están llamados a aplicarlo “no solo la sujeción [...] a los dictados de las leyes que describen ilícitos e imponen sanciones, sino la sujeción estricta, impidiendo la sanción de comportamientos no previstos en la norma correspondiente pero similares a los que sí contempla” (SSTC 137/1997, de 21 de julio, FJ 6, y 146/2015, de 25 de junio, FJ 2). Por tanto, tal y como hemos señalado en nuestra doctrina, el derecho fundamental a la legalidad penal, reconocido en el artículo 25.1 CE, ha de reputarse vulnerado cuando la conducta que ha sido declarada probada en la sentencia “es subsumida de un modo irrazonable en el tipo penal” (SSTC 91/2009, de 20 de abril, FJ 6; 153/2011, de 17 de octubre, FJ 8, y 196/2013, de 2 de diciembre, FJ 5).

(STC Pleno 14/2021, de 28 de enero. Cuestión de inconstitucionalidad 1478-2020. Ponente: D. Cándido Conde-Pumpido Tourón. Boe 23-2-2021)

### *Principio de legalidad penal. Taxatividad y certeza de la norma*

«A) Según doctrina de este tribunal, el mandato enunciado contiene un derecho fundamental subjetivo que comprende una garantía formal, anudada al rango exigible a la norma sancionadora, y otra de carácter material, vinculada a la exigencia de certeza y concreción del precepto penal. Esta doctrina aparece sistematizada en la STC 24/2004, de 24 de febrero, FJ 2:

“a) El derecho a la legalidad penal, como derecho fundamental de los ciudadanos, incorpora en primer término una garantía de orden formal, consistente en la necesaria existencia de una norma con rango de ley como presupuesto de la actuación punitiva del Estado, que defina las conductas punibles y las sanciones que les corresponden. Esta garantía formal, como recordábamos en la STC 142/1999, de 22 de julio, FJ 3, implica que solo el Parlamento está legitimado para definir los delitos y sus consecuencias jurídicas y vincula el principio de legalidad al Estado de Derecho, ‘esto es, a la autolimitación que se impone el propio Estado con el objeto de impedir la arbitrariedad y el abuso de poder, de modo que expresa su potestad punitiva a través del instrumento de la ley y solo la ejerce en la medida en que está prevista en la ley’. También hemos señalado desde nuestras primeras resoluciones –STC 15/1981, de 7 de mayo, FJ 7– que del art. 25.1 CE se deriva una ‘reserva absoluta’ de ley en el ámbito penal. Y que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 81.1 CE en relación con el art. 17.1 CE, esa ley ha de ser orgánica respecto de aquellas normas penales que establezcan penas privativas de libertad. En palabras de la STC 118/1992, de 16 de septiembre, FJ 2, ‘la remisión a la ley que lleva a cabo el art. 17.1 de la CE ha de entenderse como remisión a la ley orgánica, de manera que la imposición de una pena de privación de libertad prevista en una norma sin ese carácter constituye una vulneración de las garantías del derecho a la libertad y, por ello, una violación de ese derecho fundamental (SSTC 140/1986, 160/1986 y 127/1990)’.

b) Junto a la garantía formal, el principio de legalidad comprende una serie de garantías materiales que, en relación con el legislador, comportan fundamentalmente la exigencia de predeterminación normativa de las conductas y sus correspondientes sanciones, a través de una tipificación precisa dotada de la adecuada concreción en la descripción que incorpora. En este sentido hemos declarado –como recuerda la

STC 142/1999, de 22 de julio, FJ 3– ‘que el legislador debe hacer el máximo esfuerzo posible en la definición de los tipos penales (SSTC 62/1982, 89/1993, 53/1994 y 151/1997), promulgando normas concretas, precisas, claras e inteligibles (SSTC 69/1989, 34/1996 y 137/1997). También hemos señalado que la ley ha de describir ex ante el supuesto de hecho al que anuda la sanción y la punición correlativa (SSTC 196/1991, 95/1992 y 14/1998). Expresado con otras palabras, el legislador ha de operar con tipos, es decir, con una descripción estereotipada de las acciones y omisiones incriminadas, con indicación de las simétricas penas o sanciones (SSTC 120/1994 y 34/1996), lo que exige una concreción y precisión de los elementos básicos de la correspondiente figura delictiva; resultando desconocida esta exigencia cuando se establece un supuesto de hecho tan extensamente delimitado que no permite deducir siquiera qué clase de conductas pueden llegar a ser sancionadas (STC 306/1994)’. Todo ello orientado a garantizar la seguridad jurídica, de modo que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo prohibido y prever, así, las consecuencias de sus acciones (STC 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 3).

c) Ambos aspectos, material y formal, son inescindibles y configuran conjuntamente el derecho fundamental consagrado en el art. 25.1 CE. Por tanto, aunque la garantía formal se colmaría con la existencia de una norma con rango de ley (ley orgánica cuando se prevean penas privativas de libertad), cualquiera que fuera su contenido (aunque fuera absolutamente indeterminado o se limitara a remitirse a instancias normativas inferiores, de forma que fueran estas quienes definieran *de facto* lo prohibido bajo amenaza penal), esa cobertura meramente formal resulta insuficiente para garantizar materialmente que sea el Parlamento –a través de mayorías cualificadas, en su caso– quien defina las conductas punibles con suficiente grado de precisión o certeza para que los ciudadanos puedan adecuar sus comportamientos a tales previsiones”.

B) Este tribunal ha resaltado la importancia del mandato de taxatividad que el precepto constitucional objeto de cita contiene. Ejemplo de ello son los argumentos que figuran en la STC 146/2015, de 25 de junio, FJ 2, que a continuación se transcriben:

“El principio de legalidad penal, en su vertiente material, refleja la especial trascendencia del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y comporta el mandato de taxatividad o de certeza que se traduce en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas y de sus correspondientes sanciones (*lex certa*), en virtud del cual el legislador debe promulgar normas concretas, precisas, claras e inteligibles, para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever, así, las consecuencias de sus acciones (STC 185/2014, de 6 de noviembre, FJ 8). De esta manera, ese principio, no solo fija el límite interpretativo de los preceptos en la subsunción irrazonable en el tipo que resulta aplicado, bien por la interpretación que se realiza de la norma, bien por la operación de subsunción en sí, de manera, que de sobrepasarse tal límite, la sanción impuesta resultaría sorpresiva para su destinatario (SSTC 137/1997, de 21 de julio, FJ 6; y 185/2014, de 6 de noviembre, FJ 5), sino que ‘impone, por razones de seguridad jurídica y de legitimidad democrática de la intervención punitiva, no solo la sujeción de la jurisdicción sancionadora a los dictados de las leyes que describen ilícitos e imponen sanciones, sino la sujeción estricta, impidiendo la sanción de comportamientos no previstos en la norma correspondiente pero similares a los que sí contempla’ (STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 6)”.

La garantía de certeza a que se ha hecho mención no solo opera respecto de las normas penales o sancionadoras (ámbito normativo), pues también se proyecta a la interpretación y aplicación de estas por los órganos judiciales a los concretos supues-

tos de hecho (ámbito aplicativo), como así se refleja en la reciente STC 14/2021, de 28 de enero, FJ 2:

“La garantía constitucional de *lex certa*, como faceta específica del derecho a la legalidad sancionadora, se desenvuelve, en nuestra doctrina (vid, por todas, las SSTC 146/2015, de 25 de junio, FJ 2; 219/2016, de 19 de diciembre, FJ 5, y 220/2016, de 19 de diciembre, FJ 5), en dos ámbitos distintos:

a) **Ámbito normativo.** De un lado, la garantía de certeza puede resultar vulnerada por la insuficiente determinación ex ante de la conducta sancionable, como defecto inmanente a la redacción legal del precepto sancionador objeto de escrutinio; vulneración que afectaría a la calidad de la ley, esto es, a la accesibilidad y previsibilidad del alcance de la norma en el ámbito penal o sancionador (SSTC 184/2003, de 23 de octubre, FJ 3, y 261/2015, de 14 de diciembre, FJ 5).

b) **Ámbito aplicativo.** En cambio, aun cuando la redacción de la norma sancionadora resulta suficientemente precisa, la garantía de *lex certa* puede verse afectada por la aplicación irrazonable de dicha norma, vertiente que se desdobra, a su vez, en dos planos, (i) el de la indebida interpretación *ad casum* del alcance semántico del precepto, más allá de su sentido literal posible (analogía *in malam partem*), y (ii) el de la subsunción irrazonable, en el precepto ya interpretado, de la conducta que ha sido considerada probada. En estos casos, pese a la ‘calidad’ de la ley, su aplicación irrazonable se proyecta sobre la exigencia de previsibilidad del alcance de su aplicación (STC 220/2016, de 19 de diciembre, FJ 5). Así, en efecto, una vez que el autor de la norma, el legislador, ha cumplido suficientemente con el mandato al dar una redacción precisa al precepto sancionador, la garantía de certeza exige igualmente de los órganos sancionadores que están llamados a aplicarlo ‘no solo la sujeción [...] a los dictados de las leyes que describen ilícitos e imponen sanciones, sino la sujeción estricta, impidiendo la sanción de comportamientos no previstos en la norma correspondiente pero similares a los que sí contempla’ (SSTC 137/1997, de 21 de julio, FJ 6, y 146/2015, de 25 de junio, FJ 2). Por tanto, tal y como hemos señalado en nuestra doctrina, el derecho fundamental a la legalidad penal, reconocido en el art. 25.1 CE, ha de reputarse vulnerado cuando la conducta que ha sido declarada probada en la sentencia ‘es subsumida de un modo irrazonable en el tipo penal’ (SSTC 91/2009, de 20 de abril, FJ 6; 153/2011, de 17 de octubre, FJ 8, y 196/2013, de 2 de diciembre, FJ 5)”.

No obstante, el principio de taxatividad no es incompatible con el empleo de conceptos jurídicos indeterminados o la utilización de una terminología con cierto grado de ambigüedad por parte del legislador, como así queda expuesto, entre otras, en la STC 37/2018, de 23 de abril, FJ 3:

“A esa exigencia de *lex certa*, a la que debe responder el legislador al definir los tipos penales, no se opone la utilización en los tipos penales de los llamados conceptos jurídicos indeterminados, máxime en aquellos supuestos en que los mismos responden a la protección de bienes jurídicos reconocidos en el contexto internacional en el que se inserta nuestra Constitución de acuerdo con su art. 10.2 (STC 62/1982, de 15 de octubre, FJ 7), como tampoco la utilización de un lenguaje relativamente vago y versátil, pues las ‘normas son necesariamente abstractas y se remiten implícitamente a una realidad normativa subyacente, y dentro de ciertos límites (por todas, STC 111/1993, de 25 de marzo), el propio legislador puede potenciar esa labilidad para facilitar la adaptación de la norma a la realidad’ (STC 129/2008, de 27 de octubre, FJ 3), que en ocasiones presenta aspectos difíciles de prever”.

C) La aplicación de la analogía *in malam partem* y las interpretaciones extensivas de la norma penal, por parte de los órganos judiciales, han sido expresamente reprobadas por nuestra doctrina, por contravenir el mandato del art. 25.1 CE. Esta censura queda reflejada, entre otras, en la STC 229/2007, de 5 de noviembre, FJ 4. “A este respecto, hemos destacado que ‘la garantía material del principio de legalidad comporta el mandato de taxatividad o certeza, que se traduce en la exigencia de pre-determinación normativa de las conductas punibles y de sus correspondientes sanciones (*lex certa*). Esta exigencia tiene implicaciones no solo para el legislador, sino también para los órganos judiciales. En su labor de interpretación y aplicación de las leyes penales, estos últimos se hallan también sometidos al principio de tipicidad, en el sentido de que, por un lado, se encuentran en una situación de sujeción estricta a la ley penal (SSTC 133/1987, de 21 de julio, FJ 5; 182/1990, de 15 de noviembre, FJ 3; 156/1996, de 14 de octubre, FJ 1; 137/1997, de 21 de julio, FJ 6; 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 4; 232/1997, de 16 de diciembre, FJ 2) y, por otro, les está vedada la interpretación extensiva y la analogía *in malam partem* (SSTC 81/1995, de 5 de junio, FJ 5; 34/1996, de 11 de marzo, FJ 5; 64/2001, de 17 de marzo, FJ 4; 170/2002, de 30 de septiembre, FJ 12); es decir, la exégesis y aplicación de las normas fuera de los supuestos y de los límites que ellas mismas determinan. El que estas técnicas jurídicas, que tan fértiles resultados producen en otros sectores del ordenamiento jurídico, estén prohibidas en el ámbito penal y sancionador obedece a que en caso contrario las mismas se convertirían en fuente creadora de delitos y penas y, por su parte, el aplicador de la nueva norma así obtenida invadiría el ámbito que solo al legislador corresponde, en contra de los postulados del principio de división de poderes (SSTC 133/1987, de 21 de julio, FJ 4; 137/1997, de 21 de julio, FJ 6; 142/1999, de 22 de julio, FJ 3; 127/2001, de 4 de junio, FJ 4)’ (STC 38/2003, de 27 de febrero, FJ 8)”.

D) A su vez, este tribunal ha precisado las exigencias a que se deben sujetar los órganos judiciales, al verificar la labor de subsunción de los hechos en la norma penal. Nuestra doctrina sobre ese particular queda recogida con detalle en la STC 129/2008, de 27 de octubre, FJ 3, en los siguientes términos:

“El derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) supone que nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que no constituyan delito o falta según la legislación vigente en el momento de tales conductas. Se quiebra así el derecho cuando la conducta enjuiciada, la ya delimitada como probada, es subsumida de un modo irrazonable en el tipo penal que resulta aplicado, bien por la interpretación que se realiza de la norma, bien por la operación de subsunción en sí. En tales supuestos la condena resulta sorpresiva para su destinatario y la intervención penal es, amén de contraria al valor de la seguridad jurídica, fruto de una decisión judicial que rompe el monopolio legislativo en la definición de las conductas delictivas (por todas, STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 6).

En el examen de razonabilidad de la subsunción de los hechos probados en la norma penal el primero de los criterios está constituido por el respeto al tenor literal de la norma ‘pues el legislador expresa el mensaje normativo con palabras y con palabras es conocido por sus destinatarios. Este respeto no garantiza siempre una decisión sancionadora acorde con las garantías esenciales de seguridad jurídica o de interdicción de la arbitrariedad, pues, entre otros factores, el lenguaje es relativamente vago y versátil, las normas son necesariamente abstractas y se remiten implícitamente a una realidad normativa subyacente, y dentro de ciertos límites (por todas, STC 111/1993, de 25 de marzo), el propio legislador puede potenciar esa labilidad para facilitar la adaptación de la norma a la realidad (ya en la STC 62/1982, de 15 de octubre; [...] STC 53/1994, de 24 de febrero). Debe perseguirse, en consecuencia, algún criterio añadido que, a la vista de los valores de seguridad y de legitimidad en juego, pero



también de la libertad y la competencia del juez en la aplicación de la legalidad (SSTC 89/1983, de 12 de marzo; 75/1984, de 27 de junio; 111/1993, de 25 de marzo), distinga entre las decisiones que forman parte del campo de decisión legítima de este y las que suponen una ruptura de su sujeción a la ley [...] La seguridad jurídica y el respeto a las opciones legislativas de sanción de conductas sitúan la validez constitucional de la aplicación de las normas sancionadoras desde el prisma del principio de legalidad tanto en su respeto al tenor literal del enunciado normativo, que marca en todo caso una zona indudable de exclusión de comportamientos, como en su razonabilidad. Dicha razonabilidad habrá de ser analizada desde las pautas axiológicas que informan nuestro texto constitucional (SSTC 159/1986, 59/1990, 111/1993) y desde modelos de argumentación aceptados por la propia comunidad jurídica [...] Dicho de otro modo, no solo vulneran el principio de legalidad las resoluciones sancionadoras que se sustenten en una subsunción de los hechos ajena al significado posible de los términos de la norma aplicada. Son también constitucionalmente rechazables aquellas aplicaciones que por su soporte metodológico –una argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante– o axiológico –una base valorativa ajena a los criterios que informan nuestro ordenamiento constitucional– conduzcan a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios’ (STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7; también, entre otras, SSTC 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 7; 13/2003, de 28 de enero, FJ 3; 138/2004, de 13 de septiembre, FJ 3; 242/2005, de 10 de octubre, FJ 4; 9/2006, de 16 de enero, FJ 4; 262/2006, de 11 de septiembre, FJ 4)».

(STC 121/2021, de 2 de junio. Recurso de amparo 1406-2020. D. Santiago Martínez-Vares García. *BOE* 7-7-2021. En el mismo sentido, STC 133/2021. *BOE* 31-7-2021).

## CÓDIGO PENAL

### ARTÍCULOS 35, 36.1, 76.1 e) y 78 bis

#### *Constitucionalidad de la pena de prisión permanente revisable*

«El problema de la constitucionalidad de las penas perpetuas ha sido abordado por este tribunal en algunas ocasiones en relación con personas reclamadas por otros Estados en procedimientos de extradición pasiva. En la STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 9, que dirimía una demanda de amparo interpuesta por un ciudadano italiano que reaccionaba contra resoluciones de la Audiencia Nacional que autorizaron su extradición a su país de origen, en el que podía ser condenado a pena de prisión perpetua (*ergastolo*), nos pronunciábamos en estos términos:

“En cuanto al carácter eventualmente perpetuo de la pena de *ergastolo* hemos reiterado que la calificación como inhumana o degradante de una pena no viene determinada exclusivamente por su duración, sino que exige un contenido material, pues ‘depende de la ejecución de la pena y de las modalidades que esta reviste, de forma que por su propia naturaleza la pena no acarree sufrimientos de una especial intensidad (penas inhumanas) o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada la simple imposición de la condena’ (STC 65/1986, de 22 de mayo, FJ 4). [Recordábamos entonces que] [t]ales consideraciones han sido también claramente expresadas

por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su sentencia de 25 de abril de 1978 (caso Tyrer c. Reino Unido) y 16 de diciembre de 1999 (casos T. y V. c. Reino Unido), al interpretar el art. 3 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos, y son plenamente aplicables a la interpretación del art. 15 de la Constitución española.”

Se dispuso que incumbía al demandante la carga de acreditar “que su ejecución haya de consistir en un riguroso encarcelamiento indefinido, sin posibilidades de atenuación y flexibilización”.

La STC 148/2004, de 13 de septiembre, FJ 9, refrenda este planteamiento por su concordancia con “las condiciones de la procedencia de la extradición que el Convenio europeo de extradición, la Ley de extradición pasiva, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de este tribunal han considerado garantías necesarias y suficientes de salvaguarda de los derechos a la vida, integridad física y prohibición de tortura y tratos inhumanos o degradantes, en este ámbito extradicial: que, caso de imponerse la pena de muerte, esta no será ejecutada, y que, en caso de imponerse la pena de cadena perpetua, el cumplimiento de la misma no será indefectiblemente ‘de por vida’ (por todas, SSTEDH de 7 de julio de 1989, asunto Soering c. Reino Unido; de 16 de noviembre de 1999, asuntos T. y V. c. Reino Unido; STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 9)” (en el mismo sentido, STC 49/2006, de 13 de febrero, FJ 5).

En definitiva, “a pesar de reconocer que la imposición de una pena de cadena perpetua puede vulnerar la prohibición de penas inhumanas o degradantes del art. 15 CE, a los efectos de la corrección constitucional de las resoluciones judiciales que declaran procedente la extradición para el cumplimiento de una pena de cadena perpetua o para enjuiciar un delito al que previsiblemente se le impondrá esta pena, este tribunal tiene declarado que resulta suficiente garantía que las resoluciones judiciales condicionen la procedencia de la extradición a que en caso de imponerse dicha pena, su ejecución no sea indefectiblemente de por vida” (STC 181/2004, de 2 de noviembre, FJ 16).

(.../...)

En la evolución de esta doctrina, constituye un hito la STEDH (Gran Sala) de 12 de febrero de 2008, asunto Kafkaris c. Chipre, § 98, que asentó la noción de que la prisión perpetua no infringe el mandato prohibitivo de las penas inhumanas o degradantes del art. 3 CEDH, ni ningún otro valor garantizado en el meritado convenio, cuando la legislación interna que la contempla es capaz de proporcionar al reo una posibilidad de revisión en forma de conmutación, remisión, terminación o liberación condicional, es decir, cuando la pena sea redimible *de iure* o *de facto*. No se considera irredimible una pena por el solo hecho de que pueda ser cumplida en su integridad, esto es, toda la vida del reo.

Esta doctrina se consolida y amplía en la STEDH de 9 de julio de 2013 (Gran Sala), asunto Vinter y otros c. Reino Unido, donde se afirma que “los Estados tienen la obligación, de conformidad con el Convenio, de tomar medidas para proteger a sus ciudadanos ante los delitos violentos [...] el Convenio no prohíbe a los Estados que impongan a un condenado por un delito grave una pena de prisión de duración indeterminada y lo mantengan en prisión mientras sea necesario para la protección de la sociedad (véanse, *mutatis mutandis*, T. c. el Reino Unido, § 97, y V. c. el Reino Unido, § 98, ambas citadas anteriormente). Asimismo, evitar que un delincuente vuelva a reincidir es una de las ‘finalidades esenciales’ de una pena de prisión (véanse *Mastromatteo c. Italia* [GS], núm. 37703/97, § 72, TEDH 2002 VIII; *Maiorano y otros c. Italia*, núm. 28634/06, § 108, de 15 de diciembre de 2009; y, *mutatis mutandis*, *Choreftakis y Choreftaki c. Grecia*, núm. 46846/08, § 45, de 17 de enero de 2012). Estas cuestiones

son especialmente relevantes en casos de personas condenadas por asesinato u otros delitos graves contra las personas. El mero hecho de que estos reclusos hayan cumplido ya un periodo largo de pena de prisión no debilita la obligación positiva del Estado de proteger a la sociedad; los Estados deben cumplir con esta obligación manteniendo en prisión a estos reclusos mientras continúen representando un peligro para la sociedad (véase, por ejemplo, Maiorano y otros, citada anteriormente)” (§ 108).

En esta sentencia se establece que los mecanismos de revisión susceptibles de preservar la humanidad de la pena deben supeditarse a la evolución personal del reo, pues “el artículo 3 exige la posibilidad de reducir la pena, entendida esta posibilidad en el sentido de que es necesario establecer un mecanismo de revisión que permita a las autoridades nacionales evaluar si los cambios experimentados en la persona condenada a cadena perpetua son tan importantes y que se han hecho tales progresos hacia la rehabilitación en el transcurso del cumplimiento de la condena, que el mantenimiento de la pena de prisión no está ya justificado en ningún motivo legítimo de política criminal” (§ 119); y deben estar asimismo predeterminados, pues “[u]na persona condenada a cadena perpetua tiene el derecho a conocer, desde el primer momento en el que la pena se impone, lo que tiene que hacer y bajo qué condiciones para poder obtener la libertad, incluyéndose el momento en el que la revisión de su condena tendrá lugar o puede esperarse que se produzca. En consecuencia, cuando el Derecho nacional no prevea ningún mecanismo de revisión de una pena a cadena perpetua, la incompatibilidad de este tipo de pena con el artículo 3 se produciría en el mismo momento en el que se impone la pena a cadena perpetua y no con posterioridad en algún momento del transcurso de la condena” (§ 122).

Esta doctrina se reproduce en las SSTEDH de 8 de julio de 2014, asunto Harakchiev y Tolumov c. Bulgaria, § 243 a 246; de 4 de septiembre de 2014, asunto Trabelsi c. Bélgica, § 112 a 115; de 26 de abril de 2016, asunto Murray c. Países Bajos, § 99 y 100; de 17 de enero de 2017, asunto Hutchinson c. Reino Unido, § 42 a 45, y de 13 de junio de 2019, asunto Marcello Viola c. Italia –núm. 2–, § 92. La noción de que la peligrosidad criminal es un factor criminológico susceptible de legitimar la prolongación de la detención aflora nuevamente en la STEDH de 13 de noviembre de 2014, asunto Bodein c. Francia, § 54.

Adaptada esta doctrina a nuestra realidad jurídica, el test de humanidad exige comprobar los siguientes puntos: (i) la pena debe ser objetivamente revisable, esto es, no debe abarcar en su configuración normativa ni en su imposición judicial toda la vida del reo; (ii) debe ofrecer al interno una expectativa o esperanza realista, no meramente teórica, de alcanzar algún día la libertad; (iii) el procedimiento para recuperar la libertad debe ser predeterminado, claro y cognoscible desde el mismo momento de su imposición; (iv) la decisión liberatoria debe tener en cuenta la evolución individual experimentada por el reo durante la ejecución de la condena, y (v) el reo debe recibir, de manera voluntaria, no forzada, el tratamiento adecuado a sus circunstancias y necesidades para favorecer dicha evolución.

Los cuatro primeros apartados son encuadrables en lo que la doctrina del Tribunal Europeo Derechos Humanos denomina “reductibilidad de iure”, pues se refieren a la configuración jurídica de la pena y, en particular, de los presupuestos y del procedimiento para alcanzar la libertad; el quinto, en el de la “reductibilidad de facto”, pues se refiere a una actividad prestacional u obligación positiva del Estado, concebida como obligación de medios, no de resultado, de proporcionar al interno un tratamiento adecuado a sus necesidades y circunstancias que posibilite su evolución personal y haga factible su esperanza de liberación (STEDH Murray, § 103, 104 y 112).

(.../...)

Se puede afirmar que la reductibilidad de iure queda suficientemente garantizada al imponerse al tribunal un examen actualizado y periódico de la evolución personal del interno y de sus condiciones de reingreso en la sociedad “tras un procedimiento oral contradictorio en el que intervendrán el Ministerio Fiscal y el penado, asistido por su abogado” (art. 92.1, párrafo último, CP).

La reductibilidad de facto plantea un problema de naturaleza diferente, pues la realización efectiva de este presupuesto dependerá de la diligente aplicación de los institutos resocializadores previstos en nuestro ordenamiento penitenciario antes de promulgarse la Ley Orgánica 1/2015, lo que en un plano material suscita el problema de la suficiencia de los medios aportados por la administración para el éxito del tratamiento penitenciario, entendido como “el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados” que “pretende hacer del interno una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la Ley penal, así como de subvenir a sus necesidades” (art. 59 LOGP).

(.../...)

La progresividad del sistema penitenciario y la adaptación del tratamiento a la personalidad del interno constituyen en definitiva paliativos de eficacia reconocida para precaver el riesgo de que se produzca una disociación manifiesta entre el contenido afflictivo inherente a toda pena privativa de libertad y la intensidad de los sufrimientos infligidos con motivo de su ejecución, disociación que marcaría el punto en el que entraría en crisis el modelo penal desde la perspectiva del principio de humanidad.

Conforme al parámetro expuesto, solo en el caso de que el modo y las circunstancias de ejecución de la pena fueran susceptibles de generar un efecto multiplicador de su afflictividad originaria sería posible emitir un juicio ex ante de que la ley ha rebasado el límite de lo constitucionalmente admisible. En este aspecto, el sistema de individualización científica definido en el art. 72 LOGP, conocido por su función vertebradora del sistema penitenciario español, representa una garantía suficiente. Como recordamos en la STC 114/2012, de 24 de mayo, FJ 7, “a través del sistema de individualización científica, la previsión de clasificación en diversos grados, los permisos ordinarios y extraordinarios de salida, las comunicaciones personales, los regímenes de cumplimiento en semilibertad y la posibilidad de obtener la libertad condicional, incluso de forma anticipada, constituyen un elenco de medidas que favorecen y posibilitan la reeducación y reinserción social, si su conducta penitenciaria [de los penados] y su evolución muestra que se hallan en condiciones de hacer vida honrada en libertad”.

(.../...)

El preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015 justifica la introducción en nuestro ordenamiento de esta nueva modalidad de pena de prisión apelando a la extraordinaria gravedad de los hechos a los que se aplicará, a exigencias retributivas especiales y a una suerte de homologación con países democráticos de nuestro entorno, consideraciones de política criminal que aunque hayan suscitado opiniones discrepantes en amplios sectores de la doctrina española e incluso en la propia jurisprudencia [vid. SSTS, de la Sala Segunda, 716/2018, de 16 de enero de 2019, FJ 4.1, y 678/2020, de 11 de diciembre, FJ 4.2], no resultan axiológicamente incompatibles con la Constitución, pues tratan de hacer patente el extraordinario contenido del injusto y de la culpabilidad que representa la vulneración de bienes jurídicos del más alto rango –singularmente la vida humana– y la necesidad de compensarlo mediante una respuesta penal más intensa que permita mantener en la población la conciencia del Derecho y el sentimiento de Justicia.

(.../...)

En este contexto internacional, el art. 92.1 a) CP no resulta disonante; tampoco el art. 78 bis CP, que reserva en su apartado 3 los periodos de seguridad de duración superior a treinta años a la criminalidad organizada y al terrorismo, cuando el penado haya sido condenado “por varios delitos y dos o más de ellos estén castigados con una pena de prisión permanente revisable, o bien uno de ellos esté castigado con una pena de prisión permanente revisable y el resto de penas impuestas sumen un total de veinticinco años o más” [art. 78 bis.2 c) CP], respuesta penal que en atención a la culpabilidad manifestada por el autor, la finalidad protectora de las normas penales, la relevancia de los bienes jurídicos lesionados y la gravedad de su ataque, no representa “un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma a partir de las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en la propia actividad legislativa” (SSTC 55/1996, FJ 9; 161/1997, FJ 12, y 136/1999, FJ 23).

El riesgo de desproporción en la pena de prisión permanente revisable no reside, por lo tanto, en el cumplimiento penitenciario de los periodos de seguridad predeterminados por la ley, que responden a la legítima finalidad de proteger, mediante una reacción penal adaptada a la medida de la culpabilidad y suficientemente disuasoria, los bienes jurídicos protegidos por la norma y lesionados por la actividad criminal del penado, sino en la posibilidad de que, vencidos estos plazos, la prisión se prolongue más allá de la subsistencia de todo motivo legítimo de política criminal.

(.../...)

La pena de prisión permanente revisable no es una pena indeterminada, defecto concurrente en las sanciones gubernativas a las que se referían las SSTC 29/1989 y 129/2006, sino una pena determinable con arreglo a criterios legales preestablecidos cuya individualización judicial se completa en fase de ejecución mediante la aplicación de unos parámetros, los del art. 92.1 CP, claros y accesibles al reo desde el momento de la imposición de la condena, y cuya finalidad no es asegurar su encierro perpetuo, sino supeditarlos, tras la realización de un contenido mínimo retributivo, a su evolución personal. Entre estos parámetros adquieren singular relieve aquellas variables que son directamente dependientes de su voluntad, como su conducta penitenciaria y la evolución personal que experimente a lo largo del cumplimiento de la condena, en general, y en relación con el tratamiento penitenciario que se le ofrezca, especialmente en lo concerniente a aquellos sectores o rasgos de la personalidad directamente relacionados con la actividad delictiva (art. 75 LOGP). Estas variables influirán en gran medida en su pronóstico de reinserción social y en la evaluación de los efectos que quepa esperar de la suspensión de la ejecución.

La doctrina del Tribunal Europeo Derechos Humanos ha consolidado el criterio de que el condenado a pena de prisión perpetua tiene el derecho a conocer, desde el mismo momento en que se inicia su cumplimiento, qué debe hacer para obtener su libertad y bajo qué condiciones, y el momento en el que se va a producir la revisión de su condena o puede ser solicitada (SSTEDH, asunto Trabelsi c. Bélgica, § 115, y Vinter y otros c. Reino Unido, § 122). Podemos afirmar que este derecho queda salvaguardado en el régimen jurídico aplicable a la pena de prisión permanente revisable.

(.../...)

La finalidad legítima a la que se supeditarían las restricciones impuestas para el disfrute por el penado del tercer grado y la libertad condicional vendría dada por la necesidad de que la reacción penal se adecue a la importancia de los bienes jurídicos lesionados por su conducta –la vida humana independiente y, en su caso, también la libertad sexual en el contexto de crímenes contra la humanidad– a la gravedad del

ataque dirigido contra los mismos y a las circunstancias de la víctima. Se trata de fines que no plantean ningún problema de encaje en el orden constitucional de valores, pues protegen posiciones jurídicas que tienen rango de derecho fundamental y que pueden verse en peligro si falla el efecto disuasorio de las normas penales.

(.../...)

El sistema de individualización científica se alza en nuestro ordenamiento jurídico como salvaguarda de la humanidad de la pena de prisión permanente revisable. Se ha de reconocer, sin embargo, que los periodos de seguridad establecidos en la ley para el acceso al tercer grado de clasificación penitenciaria condicionan gravemente uno de sus rasgos diferenciales, el que establece que “[e]n ningún caso se mantendrá a un interno en un grado inferior cuando por la evolución de su tratamiento se haga merecedor a su progresión” (art. 72.4 LOGP), por lo que para que esa salvaguarda sea algo más que teórica, se ha de precaver el riesgo de anquilosamiento del sistema, riesgo perceptible si la administración penitenciaria y los órganos judiciales optan por convertir la gravedad intrínseca de la pena y su duración indeterminada en fundamento dirimente de sus decisiones en materia de régimen y tratamiento. Este tribunal considera necesario, por ello, reforzar la función moderadora que el principio constitucional consagrado en el art. 25.2 CE, y sus concretas articulaciones normativas, debe ejercer sobre la pena de prisión permanente revisable. En definitiva, las tensiones que el nuevo modelo de pena genera en el art. 25.2 CE precisan ser compensadas reforzando institucionalmente por medios apropiados la posibilidad de realización de las legítimas expectativas que pueda albergar el interno de alcanzar algún día su libertad.

(.../...)

Fallo: 1.º Desestimar la solicitud de inadmisión de la impugnación. 2.º Declarar que el art. 92.3, párrafo tercero, del Código penal no es inconstitucional siempre que se interprete en el sentido establecido en el fundamento jurídico 9 b). 3.º Declarar que el art. 92.4 del Código penal no es inconstitucional siempre que se interprete en el sentido establecido en el fundamento jurídico 9 b)».

(STC Pleno 169/2021, de 6 de octubre. Recurso de inconstitucionalidad 3866-2015. Ponente: D.ª Encarnación Roca Trías. *BOE* 9-11-2021).

## **LEY ORGÁNICA 1/1979, DE 26 DE SEPTIEMBRE, GENERAL PENITENCIARIA**

### **ARTÍCULO 15.2**

#### *Derecho a la información del interno en un Centro Penitenciario*

«Este tribunal ha calificado de resoluciones estereotipadas, y como tales incompatibles con el debido respeto del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, aquellas que “ni dan cuenta de los fundamentos de la queja del interno ni los toman en consideración, de modo que podrían aplicarse a cualquier clase de queja fuera cual fuese su contenido y cualesquiera que fuesen los preceptos legales en los que se fundamentara. La ausencia total de identificación del caso, e incluso de los preceptos aplicables, convierte en imposible el conocimiento por el

interesado o por cualquiera de las razones de la decisión” (STC 363/2006, de 18 de diciembre, FJ 3).

(.../...) Se trata de una percepción del contenido y alcance del artículo 15.2 LOGP que se hace presente en los Criterios de actuación de los juzgados de vigilancia penitenciaria, en cuyo apartado 97 bis, aprobado por mayoría cualificada en la reunión de octubre de 2007, se manifiesta que “[c]onforme dispone el artículo 15.2 de la LOGP, los internos tienen derecho a ser informados de su situación penal y penitenciaria, pero no un derecho de acceso directo al contenido del expediente penitenciario, sin perjuicio del acceso a los informes que obren en el procedimiento ante el JVP en los términos de la LOPJ”.

(.../...) El acceso a la información integra el contenido de un derecho público subjetivo ejercitable frente a la administración que, no siendo absoluto, solo puede ser limitado por motivos predeterminados en la ley, en virtud de una previa ponderación de los intereses en juego. De este modo, la posibilidad de limitar el acceso a la información no constituye una potestad discrecional de la administración».

(STC 164/2021, de 4 de octubre. Recurso de amparo 1264-2020. Ponente: D.ª Encarnación Roca Trías. *BOE* 9-11-2021).

## **LEY ORGÁNICA 2/1979, DE 3 DE OCTUBRE, DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

### **ARTÍCULO 49.1, *in fine***

#### *Justificación en la demanda de la especial trascendencia constitucional*

«Por lo que se refiere a la apreciación de especial trascendencia constitucional, cuya concurrencia también cuestiona la parte, es doctrina reiterada que “es a este tribunal a quien corresponde apreciar si el contenido del recurso justifica una decisión sobre el fondo en razón de su especial trascendencia constitucional, que encuentra su momento procesal idóneo en el trámite de admisión contemplado en el art. 50.1 LOTC” [últimamente, entre otras, SSTC 46/2019, de 8 de abril, FJ 3 c); 54/2019, de 6 de mayo, FJ 3 c); 3/2020, de 15 de enero, FJ 4, y 143/2020, de 19 de octubre, FJ 2]. En la providencia de admisión a trámite consta que hemos considerado que el presente recurso tiene especial trascendencia constitucional, porque la doctrina de este tribunal sobre el derecho fundamental que se alega podría estar siendo incumplida de modo general y reiterado por la jurisdicción ordinaria o pudieran existir resoluciones judiciales contradictorias sobre el derecho fundamental [STC 155/2009, FJ 2 e)]. En concreto, y desde la perspectiva del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) y las exigencias para poder condenar o agravar la pena en vía de recurso, la dificultad de su traslación al ámbito de la casación, donde no se prevé ni se ha admitido la celebración de vista con audiencia del acusado, ha provocado que hayamos tenido que pronunciarnos en diversas ocasiones sobre resoluciones peyorativas del Tribunal Supremo en las que se aplicaba la doctrina referida con desigual tino. En particular, en supuestos en los que, sin modificar formalmente los hechos probados, sin embargo, no siempre se está decidiendo sobre cuestiones estrictamente jurídicas, lo que es conforme con las exigencias del art. 24.2 CE, sino fácticas, incumpliendo las exigencias constitucionales. Como muestra de esa

aplicación contradictoria de la doctrina constitucional cabe traer, entre otras, las SSTC 172/2016, de 17 de octubre; 146/2017, de 14 de diciembre, o 36 y 37/2018, ambas de 23 de abril. O más recientemente, las SSTC 1/2020, de 14 de enero, o 35/2020, de 25 de febrero, donde hemos apreciado como razón de especial trascendencia constitucional que su doctrina podría estar siendo incumplida de modo general y reiterado por la jurisdicción ordinaria o pudieran existir resoluciones judiciales contradictorias sobre el derecho fundamental [STC 155/2009, FJ 2 e)].».

(STC 18/2021, de 15 de febrero. Recurso de amparo 3966-2018. Ponente: D.<sup>a</sup> Encarnación Roca Trías. *BOE* 22-3-2021).

## LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

### ARTÍCULO 588 quáter

*Ver supra artículo 18.3*

### ARTÍCULO 739

*Derecho a la última palabra. Derecho a un proceso con todas las garantías y a la defensa*

«Matizaciones a la doctrina de la STC 258/2007, de 18 de diciembre. (.../...) La exigencia introducida por esta, de tener que convencer dialécticamente al tribunal de la causa en todo caso y, en vía de impugnación, a los tribunales superiores al de primera instancia –y, eventualmente como ahora, a este Tribunal Constitucional–, acerca de la repercusión efectiva de lo que en hipótesis el acusado podía o no haber dicho al órgano de enjuiciamiento para obtener una sentencia más favorable (absolutoria, o con imposición de pena inferior en función de los hechos declarados probados), debe ser matizada no solo por los problemas prácticos que plantea en su aplicación por los órganos de la jurisdicción ordinaria, sino en atención a razones de índole constitucional de innegable relevancia. (.../...)»

Condicionar el ejercicio del derecho a la última palabra, a la exigencia de una indefensión material en los términos que explicita la STC 258/2007, resalta sin duda el papel como fuente probatoria del dicho del acusado pero, a la par que con esa sola perspectiva se descuida la función que cumple tal trámite como expresión de la auto-defensa, su situación se equipara con la del derecho a la utilización de la prueba pertinente (art. 24.2 CE), cuyo contenido esencial solo comprende conforme a nuestra jurisprudencia –que recuerda la STC 258/2007–, la prueba “decisiva en términos de defensa” [más recientes, entre otras, las SSTC 212/2013, de 16 de diciembre, FJ 4; 128/2017, de 13 de noviembre, FJ 4 d), y 107/2019, de 30 de septiembre, FJ 5].

Distintamente, la última palabra por su naturaleza deviene de por sí pertinente siempre, existiendo en todo caso la facultad del juez de dirigirse al acusado si este abusa de su derecho, sea por referirse a hechos ajenos a los que se enjuician, o por el empleo de palabras o expresiones ofensivas o carentes de sentido.



(.../...) La importancia del derecho a la última palabra como expresión de la autodefensa del acusado en el proceso penal, encuentra su reconocimiento además en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en interpretación de lo dispuesto en el art. 6.3 c) del Convenio de Roma (“Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: [...] c) a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si carece de medios para pagarlo, a poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la Justicia así lo exijan”).

El derecho a la última palabra del acusado no lo es a verbalizar al tribunal los hechos relevantes para asegurar su mejor posición en la sentencia, sino el derecho a transmitir al tribunal aquello que a su criterio este último debe conocer para dictar una resolución justa, sea o no decisivo para su absolución o menor condena.

En atención a todo ello, la doctrina de la STC 258/2007, de 18 de diciembre, FFJJ 3 y 5, debe matizarse en el sentido de que ha de considerarse vulnerado el derecho a la defensa del art. 24.2 CE en todos los casos en los que, no habiendo renunciado expresamente a su ejercicio, se haya privado al acusado del derecho a la última palabra, sin que para ello deba este acreditar en vía de impugnación contra la sentencia, la repercusión o relevancia hipotética de cómo lo que hubiera podido expresar al tribunal, habría supuesto la emisión de un fallo distinto».

(STC Pleno 35/2021, de 18 de febrero. Recurso de amparo 1265-2018. Ponente: D. Ricardo Enríquez Sancho. *BOE* 22-3-2021).

# Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SERGIO CÁMARA ARROYO

Profesor Contratado Doctor de Derecho Penal y Criminología  
UNED

## ARTÍCULO 23 CP

*Parentesco: la agravación de parentesco con persona ligada por análoga relación de afectividad al matrimonio exige estabilidad y se omite que no es necesaria convivencia, diferente a lo preceptuado en delitos de violencia de género, que no es necesaria la estabilidad, ni la convivencia. Causación de muerte a mujer con la que se ha tenido una relación sentimental de noviazgo con duración de nueve meses, sin convivencia entre ellos en el domicilio de la primera, lo que no es asimilable a la relación conyugal.*

Aunque muy cercanas en su morfología y fundamento, la circunstancia genérica del artículo 23 CP no coincide exactamente, al menos en su literalidad, con las relaciones aludidas en la Ley Orgánica 1/2004 que sirven de referente a varios tipos penales (significada y paradigmáticamente, artículo 153 CP). El artículo 23 CP habla de estabilidad y omite la apostilla de que no es necesaria convivencia (vid. STS 34/2016, de 2 de febrero): esas dos diferencias suponen que la simetría no es total.

En lo que respecta a esta cuestión el *factum* es de un laconismo poco afortunado. Se limita a decir que entre víctima y acusado había existido una relación sentimental con convivencia parcial. No aclara más. Esa base factual sugiere la posibilidad de la agravante, pero no acaba de perfilarla de forma consistente y concluyente.

Con esos meros retazos la base fáctica de la agravación aparece desvaída.

La sentencia de instancia habla en el hecho probado de una relación sentimental con una duración de nueve meses.

La sentencia de apelación completa en ese punto el hecho probado, aunque se proclame que no lo hace por virtud de una nueva valoración probatoria –lo que estaría vedado en un recurso devolutivo– sino por un tema procesal: era preciso llevar al hecho probado exactamente lo que había declarado probado del jurado. Habla así de una relación sentimental durante nueve meses con convivencia parcial... haciéndose eco de una mención contenida en la fundamentación jurídica de la sentencia.

(...) No se sabe qué quiere decir convivencia parcial. Si ese concepto queda colmado por el hecho de haber dormido esporádicamente o con alguna regularidad en el domicilio de la víctima; o por haber pasado juntos algunos días de vacaciones (lo que

haría más apropiado hablar de convivencia esporádica); o si supone que se trata de un domicilio compartido, aunque uno de los titulares no lo ocupe de forma permanente (lo que parece venir contradicho por el dato de que en tal vivienda no se encontraron enseres personales del acusado, sino solo de la víctima). Desaparecido ese dato (convivencia parcial) el propio Tribunal de apelación, según se deduce de sus razonamientos, hubiese rechazado la agravación.

Pero es que, aun respetando el añadido efectuado de forma poco canónica en apelación, faltaría fundamento para la agravación que exige un esfuerzo descriptivo mucho mayor. No toda relación afectiva o sentimental es asimilable al matrimonio a los efectos del artículo 23 CP.

Cita el recurso la STS 79/2016, de 10 de febrero que contempla una relación de noviazgo, también de nueve meses, con relaciones sexuales pero sin convivencia. Se trata, en efecto, de un precedente de referencia obligada para abordar esta temática.

(...) La cuestión suscitada, desde luego, es espinosa y presenta muchas aristas. Cuando existe matrimonio es fácil marcar el final del noviazgo y el comienzo de la relación conyugal. Aunque ni siquiera en esos casos se puede excluir –es situación nada infrecuente– que antes de ese momento pueda hablarse de relación afectiva análoga a la matrimonial.

También sin matrimonio hay supuestos de meridiana claridad en que se puede hablar de unión semejante a la matrimonial al concurrir inequívocamente un proyecto compartido de vida común. Normalmente ello tendrá como consecuencia la convivencia (vid arts. 68 y 69 del Código Civil). Pero, siendo ese elemento indicador muy significativo, no es ni indispensable, ni suficiente.

En todo caso hay que reiterar que el artículo 23 CP exige algo más que los artículos 153 y concomitantes, (i) en cuanto introduce como nota la estabilidad que parece comportar cierto componente de compromiso de futuro, una vocación de permanencia; y (ii) no se preocupa de precisar que la falta de convivencia no excluye la agravación, como sí se cuidan de indicar los preceptos modificados en 2004 con la Ley de protección integral contra la violencia de género. Es más reducido el círculo de sujetos comprendidos en el artículo 23.

Nos movemos en este caso en un territorio de penumbra, aunque la neblina desaparece si suprimimos la referencia a la convivencia parcial, conforme a las consideraciones procesales antes efectuadas. Pero aún con esa adición, no acabaría de perfilarse la base fáctica precisa para la aplicación del artículo 23 CP. Una relación sentimental iniciada nueve meses atrás, en la que cada uno de los miembros de la pareja mantiene su domicilio, por más que de forma episódica puedan pasar juntos fines de semana o algún periodo vacacional, no puede decirse, sin más datos, que pueda asimilarse a la relación conyugal a los efectos del artículo 23 CP.

Podemos bucear en las actuaciones buscando otros elementos que ilustren o enriquezcan la pobreza descriptiva del hecho probado, pero ello solo es posible en favor del reo; nunca para adornar en sentido agravatorio el relato fáctico. En esa dirección, las manifestaciones de los padres y amigos que evidencian que no se trataba de una relación publicitada como tal a las personas más cercanas, dificulta aún más la equiparación con la relación conyugal, y nos aproxima a más relaciones previas que, con todos los matices derivados de los fuertes cambios sociales en esta materia, pueden encuadrarse dentro del genérico y equívoco término noviazgo que, si en algunos casos puede servir de base relacional para construir sobre él los delitos de los artículos 153 CP y otros, no basta para integrar la agravación del artículo 23.

*Voto particular que formula el Magistrado Excmo. Sr. Don Julián Sánchez Melgar, en el recurso de casación número 3238/2019*

Con el respeto debido a la decisión de la Mayoría, disiento de la falta de aplicación de la circunstancia mixta de parentesco, acuñada en el artículo 23 CP, actuando como agravante genérica, en una relación sentimental de más de medio año (exactamente nueve meses), en el curso de la cual el acusado y la víctima pasaron juntos diversos fines de semana en el apartamento de ella, y es más, cuando aconteció el crimen, el acusado se encontraba celebrando la nochevieja en casa de la víctima, y, como colofón, tras apuñalarla brutalmente hasta acabar con su vida, avisó al 112, pidiendo ayuda, diciendo que «su mujer» se había lesionado. A esos datos, añadimos que el acusado tenía llaves de tal vivienda (como así lo expuso el Jurado como justificación a la relación sentimental que declaraba), lo que denota una autorización de uso, que es característica de las relaciones personales afectivas.

Esta convivencia, que el Tribunal Superior de Justicia ha denominado «parcial», llevándolo a los hechos probados, no solamente resulta, según expone la sentencia recurrida, de lo declarado por el Tribunal del Jurado, que ya hemos dicho dejó fácticamente constatado que entre el acusado y la víctima había surgido una relación sentimental, sino de la realidad de tales estancias y periodos de convivencia aludidos, conforme resulta de la lectura tanto de la Sentencia de primer grado como del segundo grado jurisdiccional.

De cualquier modo, tras la reforma operada en el artículo 23 del Código Penal, por la LO 11/2003, con entrada en vigor a partir del 1 de octubre de 2003, desaparece la exigencia de que permanezca cualquier rasgo de relación conyugal o afectiva, mediante la introducción de la mención de «ser o haber sido».

En la terminología legal, en consecuencia, integra la circunstancia mixta de parentesco, entre otras concreciones, ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad.

Lo que yo cuestiono en este voto particular es que existan diversos grados de parentesco, que han de producir una agravación de la responsabilidad penal, con distinta configuración si estamos en presencia de un delito de lesiones o de un delito de homicidio. No me parece lógico que la ley penal haya querido realizar esta distinción, acuñando diversos grados de parentesco, sino solamente uno, que sirve de proyección, elevando la antijuridicidad de la acción, y por consiguiente, la pena, cuando el acusado agrede a una persona que ha estado unida a él mediante los lazos resultantes de la afectividad, generando una relación sentimental, que ha cristalizado, bien en el matrimonio o en una situación de hecho análoga.

Desde mi punto de vista, ambas situaciones son idénticas desde la vertiente de la agravación de la pena, y por consiguiente, de la configuración estructural de la circunstancia mixta de parentesco.

Ello es porque, a mi juicio, no existen dos perspectivas que cataloguen la relación sentimental, una para el caso de que el agresor lesione, y otra, más exigente, y por tanto, de la que resulte un menor reproche penal (en tanto que no se aplica la agravante), cuando el agresor mata, que es lo que ocurre en la Sentencia de la que disiento.

Cuando el legislador incorporó mediante LO 1/2004, de 28 de diciembre, una agravación en el artículo 148.4.º del Código Penal al delito de lesiones (también a otros delitos), en el caso de que la víctima fuere mujer o hubiese sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, estaba acuñando un modo de parentesco, cuya concepción jurídica irradia a todo el Código Penal, y que, por consiguiente, debe ser tomada en con-

sideración por el intérprete, incluido el artículo 23, que ni siquiera exige, por cierto, el requisito de la convivencia, sino el de la estabilidad.

Esa nota de estabilidad, que parece comportar cierto componente de compromiso de futuro, constituye una vocación de permanencia (una relación de pareja estable); y tal precepto no se preocupa de precisar que la falta de convivencia excluya o no la agravación; por ello, no puedo entender acertada la afirmación de la Mayoría, acerca de que «es más reducido el círculo de sujetos comprendidos en el artículo 23».

En efecto, se me hace muy duro interpretar, como concurrente, una circunstancia agravatoria cuando el sujeto activo agrede a la mujer, causándole lesiones, y no hacerlo, en las propias circunstancias fácticas, cuando ese mismo sujeto acaba con la vida de su pareja sentimental, actual o pasada («ser o haber sido», dice el artículo 23 del Código Penal).

Por ello, estratificar otro componente más en las relaciones de pareja, aparte de los tradicionales, como son el estado matrimonial o el análogo, para dibujar ahora otras subespecies que derivan de la convivencia plena, o parcial o esporádica, como expresa la Sentencia mayoritaria, no me parece acertado, cuando el artículo 23 del Código Penal no menciona siquiera la convivencia, sino que figura la estabilidad de la relación, que, por cierto, me parece que es su verdadera esencia, porque el lazo de afectividad no debe descansar en la mayor o menor duración de la convivencia, que desde mi punto de vista no es lo importante, sino en la estabilidad de tal relación sentimental, que es lo que caracteriza el fundamento del parentesco base de la agravación.

En la STS 257/2020, de 28 de mayo, se recopilan diversos precedentes, y aunque el tema planteado no está exento de problemática y ha dado lugar a pronunciamientos jurisprudenciales no siempre coincidentes, es lo cierto que, por ejemplo, la STS 1376/2011, de 23 de diciembre, considera aplicable la agravante en «noviazgos» caracterizados por la estabilidad y la excluye en las relaciones de mera amistad o en los encuentros esporádicos. En la mayor parte de las ocasiones la simple calificación de la relación como noviazgo, y a mi parecer mejor expresado bajo la terminología de relación sentimental, ha permitido aplicar la agravación. Es el caso de la STS 774/2012, de 25 de octubre. O lo es la reciente STS del Pleno número 677/2018, de 20 de diciembre, que admite especiales situaciones que en su momento eran calificadas de «noviazgo» y ahora se interpretan en un sentido más abierto y extenso, sin necesidad de exigirse para ello un proyecto de vida en común. Pero también se ha atendido a la duración de la relación para calificar el noviazgo como análogo o no a la relación matrimonial. En la STS 640/2017, de 28 de septiembre, se aplicó la agravación en un «noviazgo» de un año, mientras que en la STS 1376/2011, de 23 de diciembre, no se aplicó porque la duración fue de un mes.

En consecuencia, en el caso enjuiciado debió mantenerse la agravante de parentesco, tal y como sostuvo el Tribunal Superior de Justicia, que razona al respecto que el acusado conservaba «en su poder las llaves del domicilio de la denunciante, con el consentimiento de ésta, lo que tanto significaba como una suerte de autorización genérica a acudir a su domicilio y permanecer en el mismo cuando lo tuviera por conveniente, autorización de la que el acusado hacía uso a su libre albedrío, entrando y saliendo de la vivienda, pernoctando en la misma cuando le parecía oportuno y, en definitiva, manteniendo con ella una relación de convivencia siquiera parcial» que justifica la aplicación de la circunstancia agravante de parentesco.

En el caso, la relación que unía al acusado con la víctima lo era sentimental, de nueve meses de duración, con la reseña de convivencia parcial expuesta, contaba con las llaves del piso de ella, y el dato al llamar a los servicios de urgencia de que «su mujer» estaba gravemente herida, denotan que la relación entre ellos era de pareja

estable, lo que es suficiente para aplicar la circunstancia mixta agravatoria prevista en el artículo 23 del Código Penal, que no exige más que el requisito de la estabilidad en tal relación.

(STS 81/2021, de 2 febrero)

## ARTÍCULO 50 CP

*Multa: la rebaja por conformidad de un tercio de la pena de multa afecta sólo a su duración, no a la cuantía de la cuota diaria a abonar, porque la pena es la multa y no su cuota diaria, cuota que se fija solo y exclusivamente atendiendo a la capacidad económica de la persona y no a las reglas generales o especiales de aplicación de las penas, además la conformidad no significa que el acusado haya devenido un tercio más pobre de lo que era antes de conformarse.*

La clave del caso es que la cuantía de cuota diaria ha de establecerse, en aplicación del artículo 50.5 CP, tomando en consideración exclusivamente la situación económica del reo y no es susceptible de ser subsumida la cuantía de la cuota en la rebaja del tercio, porque la pena es la de multa, no la de la cuantía de la misma, y de aquí nace el error del juzgador que aplica la conformidad en estos términos.

No puede, por ello, admitirse lo que podríamos denominar la doble rebaja penal, ya que derivaría en una doble reducción de la pena: por una parte, a la correspondiente a los meses/días multa impuestos y, por otra, a la del importe de la cuota diaria. Pero esta no es pena propiamente dicho, sino el mecanismo *ex art. 50 CP* para fijar la cuantía de la cuota, que no es susceptible de rebajarse *ex art. 801.2 LECrim*, sino que su presupuesto de base es la capacidad económica del penado y ese es el argumento de base para fijarlo, no la rebaja en el tercio de la cuota diaria, porque no es pena en sentido técnico estricto.

(...) Hay varios parámetros a tener en cuenta en este caso. Veamos.

1. Que la pena fijada en el escrito de acusación del Fiscal sobre la que el Juez debía aplicar la rebaja del tercio *ex art. 801.2 LECrim* es la de multa. Y es por ello por lo que este precepto solo se refiere a la pena conceptualmente, no a todas y cada una de las determinaciones que deba acordar el juez en la sentencia de conformidad.

2. No es cierto, como propone el recurrente, que se trata de una pena compuesta, tanto sobre la duración como sobre la cuantía. La pena es la de multa y la cuota diaria de la misma es una fijación concreta de su ejecución *ex art. 50.4 CP*.

3. El parámetro para su cuantificación lo marca el artículo 50.5 CP, a cuyo tenor «Los Jueces o Tribunales determinarán motivadamente la extensión de la pena dentro de los límites establecidos para cada delito y según las reglas del capítulo II de este Título. Igualmente, fijarán en la sentencia, el importe de estas cuotas, teniendo en cuenta para ello exclusivamente la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo».

La capacidad económica del penado para fijar la cuota es el criterio a seguir, y, por ello, el criterio de «esta capacidad económica», podemos decir que no puede ser reducido en un tercio por consecuencia de la conformidad. La capacidad económica es la que es como criterio referencial, y no es susceptible de modificación por la conformidad como «allanamiento» a la pretensión punitiva expuesta por la acusación.

En la Circular 2/2004, de 22 de diciembre, de la FGE sobre aplicación de la reforma del Código Penal operada por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre se recoge a este respecto de fijar como criterio único la capacidad económica del penado que:

La fórmula de los días-multa sigue inspirándose en la necesidad de tender hacia un tratamiento igualitario de los destinatarios de la pena, acomodándose a las concretas posibilidades.

El sistema del Código Penal, siguiendo el modelo escandinavo de los días multa separa con nitidez los dos momentos de determinación de la multa a través de dos actos independientes que tratan de traducir en primer lugar la determinación de la extensión temporal (art. 50.5 CP), esto es, la determinación del número de cuotas siguiendo las reglas generales de determinación de la pena. En efecto, la extensión de la pena se debe individualizar según las reglas del Capítulo II del Título, es decir según, básicamente, las reglas del artículo 66 CP. Aquí entran en consideración todos los elementos del hecho punible que son adecuados para establecer la gravedad del hecho y las circunstancias personales del autor, es decir el hecho de la individualización de la pena. Como refería la Consulta de la Fiscalía General del Estado 16/1997, de 16 de diciembre han de aplicarse, pues, las reglas de determinación de la pena en función de los grados de ejecución del delito, de las formas de participación y de la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal.

En segundo lugar, a través de la fijación de la cuantía de la cuota se evalúa la capacidad económica del penado con la finalidad de reducir el impacto desigual de la multa por las distintas capacidades económicas de las personas (STC 108/2001, de 23 abril). En consecuencia, el carácter más igualitario de este nuevo sistema radica en que, con arreglo al mismo, dos hechos de la misma gravedad pueden ser castigados con idéntica extensión o duración de la pena de multa, pero diferenciándose cada cuota a pagar según la situación económica del condenado.

Conforme al artículo 50.5 para determinar la cuota debe tenerse en cuenta exclusivamente la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo.

En la práctica surgen dificultades derivadas de que para aplicar rectamente el sistema es necesario una investigación de la situación patrimonial del penado, que realizada correctamente genera complejidad y consiguientemente retrasos en el proceso.

Es indudable que debe perfeccionarse el procedimiento de acopio de información sobre los ingresos y patrimonio de los imputados y penados, pero en todo caso no puede aceptarse que la praxis derive hacia la determinación de la pena de multa sin respetar la Ley.

No cabe la rebaja del tercio en la cuota, como exponemos. El criterio es el de la «capacidad económica».

4. Que el juez debe ajustarse matemáticamente a lo que constituye la esencia de la conformidad en este caso de los «juicios rápidos», es decir, la «rebaja en el tercio de la pena», y no a aplicar ese privilegio o «premio» a conceptos distintos a lo que constituye por naturaleza y esencia que a la pena.

5. La literalidad del citado artículo 801.2 LECrim al referirse a que el juez impondrá la pena solicitada reducida en un tercio exige no llevar a cabo una interpretación extensiva del concepto al que se refiere, que no es otro que limitar su aplicación a lo que se entiende por pena, esto es, como consecuencia jurídica del delito, y sanción que se impone a un sujeto responsable de un ilícito penal, consecuencia del *ius puniendi* del Estado y el principio de legalidad como principios inspiradores del Derecho Penal. También se apunta que es una privación o restricción de bienes jurídi-

cos establecida por la Ley, e impuesta por el órgano jurisdiccional competente al que ha cometido un delito.

6. El juez no puede aplicar a la cuota de la multa la reducción del tercio, sino aplicar en su caso aquella con la que se conforma, que es la de seis euros día *ex art.* 50.4 CP, y utilizando el parámetro del apartado 5.º

(...) 8. El fundamento del «premio» de la rebaja en el tercio de la pena apunta la doctrina que descansa en que se configura la conformidad como una conformidad privilegiada, o premiada, por la rebaja del tercio de la pretensión punitiva, por entender el legislador que en estos casos es preferible una respuesta ultrarrápida al conflicto social potenciando el efecto que pueda tener la pena por la inmediatez de la respuesta judicial, antes que una sanción menos benigna pero más dilatada en el tiempo. Se enmarca así dentro de la tendencia de aceleración procesal, que es una de las líneas más destacadas en la legislación procesal penal en Derecho comparado que ante el incesante aumento de la criminalidad arbitra fórmulas en las que se premia a los delincuentes que facilitan la actuación de los tribunales reconociendo los hechos y aceptando las penas interesadas contra los mismos. Se trata de incentivar la resolución del conflicto mediante la imposición de una pena rápida, aunque rebajada, aliviando y descargando el trabajo de los tribunales en el despacho de asuntos, siendo el fundamento que subyace a esta concepción meramente utilitarista o pragmático, que poco se adecua a los fines públicos de la pena.

Pero siendo esto así hay que señalar que la «pretensión punitiva» sobre la que opera la rebaja del tercio de la pena es la de multa o la de prisión en estos casos, es decir, la pena que corresponda, por lo que el concepto de la cuota de la multa del artículo 50.4 CP no es técnicamente una pena y no puede operar sobre ella la rebaja del tercio como sostiene con acierto la Audiencia Provincial en su sentencia.

9. La rebaja del tercio de la pena por conformidad en el servicio de guardia del artículo 801 LECrim debe alcanzar a todas las penas, principales y accesorias, incluidas las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación del artículo 48 del CP y la privación del derecho de tenencia y uso de armas, pero no a la cuota de la multa, porque no es propiamente pena, dado que este concepto solo se predica de la multa.

10. (...) Además, desde un punto de vista sistemático, hay que tener en cuenta que, cuando el delito imputado al acusado esté castigado con pena de multa, el artículo 801.1.2.º LECrim admite expresamente la posibilidad de que el acusado preste su conformidad con la acusación ante el Juzgado de Guardia, con independencia de la cuantía de la multa prevista legalmente para aquel delito.

Esta acertada apreciación doctrinal corrobora la tesis de que la cuota diaria de la multa queda al margen de la posibilidad de que esta se rebaje de forma concomitante con la pena de multa. Y que, por ejemplo, el concepto de la responsabilidad personal subsidiaria del artículo 50 CP no se aplica para evaluar el límite de la pena de prisión para la operatividad del artículo 801.2 LECrim. Todos los límites y disposiciones a que se refiere el citado precepto se refieren al concepto puro técnico jurídico de la pena, quedando fuera del mismo, como mantenemos, el de la cuota diaria para la multa.

No hay que olvidar que la cuota que se fije *ex art.* 50.4 CP está directamente asociada a la pena de multa que es la que se ha rebajado en un tercio, por lo que aplicar la tesis del juzgado de rebajar, también, en un tercio la cuota diaria a la pena de multa ya rebajada respecto a lo que era el escrito de acusación supone duplicar el efecto de la rebaja previsto en la norma, pero sin cobertura legal por la misma. Y ello, porque la cuota diaria de la multa está disociada al concepto mismo de la pena, aunque es prolongación de la multa, pero como manifestación de su ejecución, no como pena



misma. Y es por ello por lo que no puede recibir la duplicidad de la rebaja, como bien acordó la sentencia de la Audiencia Provincial.

Es por ello, por lo que cuando la LECrim fija esta opción del acusado en el juicio rápido la rebaja en el tercio de la pena se aplica solo a las penas, pero sin que pueda aplicarse a la cuota de la multa, porque la pena es la multa y no su cuota diaria, que no es más que la manifestación de la ejecución de la pena.

(STS 315/2021, de 15 abril)

## ARTÍCULO 142 CP

*Homicidio por imprudencia menos grave: la referencia en la imprudencia menos grave a la infracción grave de las normas sobre tráfico no supone que no puedan existir otros casos de imprudencia menos grave, ni que siempre que concurra una infracción grave de tráfico la imprudencia haya de ser calificada de menos grave.*

En esta tarea de determinación de los límites conceptuales entre la imprudencia grave, menos grave y leve, se han sucedido precedentes de esta Sala que son de obligada cita para entender las claves de los distintos procesos de reforma. La STS 54/2015, 11 de febrero, con amplia glosa de otras resoluciones que han configurado el criterio jurisprudencial, aborda la doctrina pre-vigente en relación con el concepto de imprudencia grave. La STS 805/2017, 11 de diciembre –caso Madrid-Arena–, después de fijar algunas consideraciones generales sobre la imprudencia, fijó el criterio orientado a definir lo que por imprudencia menos grave ha de entenderse. En esta resolución se aborda la incidencia que la reforma operada la LO 1/2015, 30 de marzo, tuvo en la delimitación de los grandes conceptos de imprudencia.

(...) la Sala viene enfrentándose al desafío de fijar los límites conceptuales de la imprudencia grave, menos grave y leve. Y ha de afrontar ese desafío a partir de recientes reformas –LO 1/2015, 30 de marzo y LO 2/2019, 1 de marzo– que queriendo optar por un modelo limitativo del arbitrio judicial, han generado el efecto contrario. Hablar de imprudencia supone situar al intérprete en el terreno de lo valorativo. Pero los inconvenientes asociados al manejo de categorías normativas se hacen todavía más visibles cuando el legislador ofrece una interpretación auténtica con la que aspira a zanjar todos los problemas. Y es que la utilidad de esa interpretación auténtica es sólo aparente, pues genera otras dificultades asociadas a los principios de legalidad, proporcionalidad, seguridad jurídica y culpabilidad. Algunos de estos principios pueden resultar irremediabilmente dañados cuando el legislador ve en la administrativización del derecho penal la fórmula taumátúrgica a la que encomendarse. Pretender objetivar las distintas categorías de imprudencia supone prescindir de la propia naturaleza de la acción negligente.

Y todo ello, además, con un perturbador efecto en la práctica cotidiana de algunas resoluciones que optan por la utilización de cláusulas predeterminativas que reemplazan la riqueza descriptiva que ha de predicarse de todo relato de hechos probados. Esa pereza en la narración del juicio histórico está, sin duda, alentada por el propio artículo 76 de la Ley sobre Tráfico y Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial que, por ejemplo, considera infracción grave la «conducción negligente» (art. 76.m). Con el mismo defecto, el artículo 77.e) cataloga como infracción muy grave la «conducción temeraria».

En este contexto normativo, cobra verdadera importancia la necesidad de que el órgano jurisdiccional llamado a valorar la intensidad de una acción u omisión negligente no ahorre un esfuerzo descriptivo que facilite la tarea de subsunción.

La Audiencia Provincial ha confirmado en grado de apelación la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 1. En ambas resoluciones se califica el atropello (...) como constitutivo de un homicidio por imprudencia grave.

(...) La resolución de instancia rechaza cualquier posibilidad de degradar la intensidad de la infracción del deber de cuidado por la aportación causal de la víctima, en este caso, el hecho de que el peatón circulaba por la carretera de madrugada y sin ningún objeto reflectante (...).

(...) No podemos compartir la idea de que el hecho imputado al recurrente merezca el calificativo de homicidio por imprudencia grave del artículo 142.1 del CP. Y no lo merece conforme a la jurisprudencia de esta Sala –transcrita en sus pronunciamientos más recientes– que ha abordado la delimitación conceptual entre las dos formas de imprudencia, grave y menos grave.

No fueron la absoluta falta de previsión y cuidado, ni el desprecio a las normas más elementales de cautela –en eso consiste la imprudencia grave– las causas determinantes del fatal resultado. (...) Es cierto que el artículo 76 de la Ley 6/2015, de 30 de octubre, sobre Tráfico y Circulación de Vehículos a motor y Seguridad Vial, considera en su apartado a) infracción grave «no respetar los límites de velocidad reglamentariamente establecidos o circular en un tramo a una velocidad media superior a la reglamentariamente establecida». La misma infracción, conforme al artículo 77.a) puede tener el carácter de muy grave. Todo se hace depender del cuadro incorporado al anexo IV de esa ley.

Pero, como venimos insistiendo en los fundamentos jurídicos precedentes, no basta la simple y acrítica constatación de que se ha producido una infracción reglamentaria para concluir irremediamente el juicio de tipicidad en unos términos que supondrían la resurrección de la histórica imprudencia con infracción de reglamentos. La aplicación de los conceptos normativos propios del derecho penal –y la imprudencia lo es de modo incuestionable– no puede hacerse depender del juego de un enunciado legal que operaría a modo de presunción *iuris et de iure*.

De hecho, el laconismo del juicio histórico ni siquiera permite cuantificar ese exceso de velocidad, impidiendo así calificar la infracción imputada entre aquellas que la Ley 6/2015 considera graves o muy graves. No se olvide, además, que incluso si obtuviéramos una conclusión sobre ese extremo a partir del análisis reduccionista que la jurisprudencia viene intentando evitar, resultaría que la infracción grave del artículo 76 de la Ley 6/2015 es, conforme al artículo 142.2 del CP, una imprudencia penal menos grave.

En el momento de la calificación jurídica de un homicidio por imprudencia cometido con vehículo de motor, la gravedad de la infracción del deber de cuidado no puede prescindir de la intensidad de la desatención que está en el origen de la acción negligente. La fidelidad a un tipo penal lastrado por su deficiente técnica legislativa conduce de forma irremediable a lesionar los principios de culpabilidad y proporcionalidad.

Y este es el riesgo que correríamos si confirmáramos el criterio jurídico de la instancia. En efecto, en el relato de hechos probados se incluyen datos puramente objetivos que obligan a ponderar el comportamiento de la víctima y su influencia en la degradación de la imprudencia atribuida al conductor.

(...) En definitiva, la Sala entiende que los hechos, tal y como han sido descritos en el relato fáctico han de ser calificados como constitutivos de un delito de homicidio por imprudencia menos grave –calificación que reivindica la defensa en su recurso– por dos razones básicas.

a) La primera –una vez hemos hecho los matices que obligan a huir de la administrativización del derecho penal mediante la aplicación de inflexibles presunciones *iuris et de iure* emanadas del derecho de la circulación– está conectada con la idea elemental de que el exceso de velocidad que la sentencia de instancia sitúa como causa determinante del accidente, en ausencia de otros datos que permitan cuantificar ese exceso, nos sitúa de forma obligada en la infracción grave del artículo 76.a) de la Ley 6/2015. Y según el artículo 142.2 del CP, después de la reforma operada por la LO 2/2019, 1 de marzo, «... se reputará imprudencia menos grave, cuando no sea calificada de grave, siempre que el hecho sea consecuencia de una infracción grave de las normas sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, apreciada la entidad de ésta por el Juez o el Tribunal».

b) Los datos que arroja el juicio histórico, referidos a las características del tramo en el que se produjo el accidente, la hora de la madrugada en la que tuvo lugar el atropello y la zona por la que transitaba la víctima, de espaldas, sin ropa reflectante y por un pequeño margen que la propia sentencia de instancia califica como tramo peligroso, obligan a concluir que (...) infringió un deber de diligencia de grado medio, no equiparable al estándar del más previsor de los conductores, pero tampoco al del menos cuidadoso. No acomodó su conducta como conductor al deber de cautela y precaución medianamente exigibles en las circunstancias concretas en las que se produjo el lamentable atropello, características que en este caso imponían una atención extrema.

En definitiva, estamos ante una imprudencia de grado medio (ni grave, ni leve) que ha de ser calificada como una imprudencia menos grave, estimando así el motivo formalizado por la defensa del acusado.

(STS 284/2021, de 30 marzo)

## ARTÍCULO 172 ter CP

*Acoso genérico, acecho o stalking: la necesidad de que los actos del autor afecten de forma grave a la vida cotidiana de la víctima debe enfocarse con referencia a una persona media, huyendo de «susceptibilidades individuales», sin que sea precisa su adición en los hechos probados porque se deduce y desprende de los actos ejecutados.*

La víctima era consciente por los mensajes que recibía de que era vigilada de cerca, y una persona no puede saber, adivinar ni valorar hasta dónde puede llegar la mente humana a la hora de pasar de actos de acoso a actos de ejecución de violencia.

Esta predicción conductual de las personas acerca de hasta dónde puede llegar otra tras actos de acoso, o si se quedará solo ahí es imposible en unos momentos en los que se percibe con frecuencia que se pasa con gran facilidad de meros actos de acoso, o amenazas, a actos ejecutivos de violencia en muchas personas. Y, como sostiene la doctrina, es, precisamente, la incertidumbre que provoca el seguimiento personal de un individuo sin saber sus intenciones, lo que justifica la regulación delictiva de tal comportamiento. Y es, además, esta intranquilidad y sensación de inseguridad de la víctima acerca de cuál va a ser el siguiente paso del acosador lo que, a su vez,

provoca cambios en sus rutinas y entra en la exigencia normativa del tipo de la alteración grave de su vida.

La alteración grave de la vida cotidiana de la víctima puede hasta desprenderse con normalidad de la forma en la que se han realizado los actos de acoso mediante un juicio de racionalidad de afectación a la psique de la víctima en razón a la gravedad de los actos de acoso, su visceralidad, y el carácter que a la víctima le puedan representar como creíbles los actos de acoso del acosador y la creencia o percepción en la víctima de que se pueda pasar de los actos de acoso a actos de violencia.

No puede pretenderse en modo alguno que el hombre/mujer medio que sea víctima de actos de acoso pueda tener nunca la seguridad de que estos se van a quedar ahí, porque de ser así, posiblemente el escenario de alteración grave de la vida no se produciría en la misma medida en que esos actos de acoso puedan ir acompañados de la percepción o mera posibilidad, por mínima que sea, de que el acosador va a dar un salto cualitativo en su ilicitud y va a pasar de acosar a agredir, o hasta incluso a un escenario más grave.

Por ello, nadie, ni la víctima, puede asegurar cuál puede ser el siguiente paso del acosador/a, y esto es lo que causa un serio desequilibrio emocional en la víctima, que es lo que le provoca el desasosiego determinante de la alteración grave de su vida cotidiana, y, con ello, la concurrencia total de los elementos del tipo penal de acoso del artículo 172 ter CP.

Como también plantea el Fiscal del Tribunal Supremo estos mensajes, seguimiento y llamada, sobre todo, los primeros, de gran número, son capaces por sí solos de perturbar los hábitos, costumbres, rutinas o forma de vida de cualquier persona, atendido el estándar del hombre/mujer medio/a. Y plantea con sumo acierto el Ministerio Fiscal que los mismos actos de los hechos probados, –los subsistentes tras la sentencia de la Audiencia– cubren las exigencias que esta Sala viene reclamando del tipo del artículo 172 ter CP, a saber, insistencia, reiteración, repetición, reflejo de un mismo patrón o modelo sistemático, existencia de una voluntad de perseverar en esas acciones intrusivas, superando con creces lo puramente episódico o coyuntural y carencia de legitimación, o autorización para obrar de esa manera. Por el período de tiempo durante el cual se envían y por su contenido, el desvalor que encierran es de muy alta entidad, suficiente para activar la reacción penal.

(...) Es decir, que de los hechos probados ahora subsistentes, como decimos, se desprende esa capacidad de alterar de forma grave la vida cotidiana de la víctima, y es de esa reiteración de acoso por una de las modalidades previstas en el tipo penal de lo que se evidencia una lógica y obvia alteración grave de su vida que fluye del relato de hechos probados subsistente y que es lo que permite atraer la tipicidad en este tipo de situaciones.

(...) En efecto, nos encontramos ante un delito con actos de acoso reiterados en el tiempo que evidencian, y de los que fluye por sí mismos, la evidencia de un resultado de afectación en la vida de la víctima, por lo que habrá que comprobar si de los hechos probados se desprende esa capacidad de causar esa grave alteración de la vida cotidiana de la víctima y analizar su justificación individualizada al caso concreto según la entidad de los actos de acoso.

(...) de los hechos probados tan graves se evidencia la alteración grave de la vida en condiciones de normalidad para cualquier persona, a tenor del escenario que se provoca en el hombre o mujer actos como los declarados probados que evidencian una alteración de su vida, y, además, grave.

(...) Con todo ello, no sería constitutivo de un delito de acoso actos que provoquen una mera molestia en el afectado y de carácter transitorio, o poco extendidos en el tiempo, así como poco persistentes, por lo que debemos situar el pórtico hacia abajo en la mera molestia y hacia arriba en el acoso según sea el tipo de acoso, su duración en el tiempo, y persistencia que excedan de una mera molestia obvia que toda persona pueda experimentar ante este tipo de conductas.

Del análisis doctrinal y jurisprudencial que podemos extraer de este elemento del tipo penal de afectación a la víctima de los actos de acoso por alteración grave de la vida cotidiana podemos fijar las siguientes conclusiones interpretativas acerca de lo que puede denominarse de concepto jurídico indeterminado exigido de unificación de criterio:

1. Exigencia de que consten actos de acoso reiterado y persistente que evidencien, y así se deduzca de los hechos probados, una afectación grave o alteración en el devenir de la víctima, en su vida privada, laboral o relaciones con terceros. Se exige, así, que la vigilancia, persecución, aproximación, establecimiento de contactos incluso mediatos, uso de sus datos o atentados directos o indirectos, sean insistentes y reiterados lo que, en condiciones normales, ha de provocar una alteración grave del desarrollo de la vida cotidiana.

2. No hace falta que se evidencie que de esos hechos probados le afecte en todas sus esferas de la vida, pero sí que trascienda en una alteración en sus comportamientos que provoque un cambio diferencial, en el «antes» y el «después» a los actos de acoso que quede reflejado en la sentencia. Es decir, que sea lógico que por la gravedad de la conducta determine un cambio relevante en algunas de sus conductas relevantes de su quehacer diario; cambios que provocan una alteración, por ello, grave de su vida, pero que no puede exigir que le afecte en todas.

3. Debe ser más grave o superior la afectación a las meras molestias ante la inocuidad de los actos. Es decir, algo cualitativamente superior a las meras molestias.

4. Deben concurrir sumando los actos de acoso reiterados y persistentes en el tiempo con la alteración grave de la vida cotidiana, a no confundir con actos que no puedan ser tenidos en cuenta como de acoso por su falta de persistencia en el tiempo, y reiteración como actos del artículo 172 ter CP, (es decir, meros actos puntuales y aislados) y que por la susceptibilidad de la víctima le provoque una grave alteración de la vida cotidiana. Por ello, debe partirse no de una noción subjetiva de la víctima de este elemento adicional, sino de una objetivación de la suma de actos de acoso susceptibles de provocar y que provoquen esa alteración grave de la vida cotidiana de la víctima.

5. En cualquier caso, ante esa graduación de exigencias de la alteración grave de la vida hay que atender al estándar del «hombre/mujer medio/a», aunque matizado por las circunstancias concretas de la víctima (vulnerabilidad, fragilidad psíquica...) que no pueden ser totalmente orilladas.

6. Se exige el resultado de alteración de la vida cotidiana en un grado elevado de importancia, no siendo suficiente con el mero acoso intrascendente o leve para el sujeto pasivo.

Hay que diferenciar las conductas que pueden alterar el desarrollo de la vida cotidiana de un sujeto y que se encuentran en el campo de actuación del Derecho Penal, y los comportamientos sociales que no llegan a constituir tipos delictivos. El principio de intervención mínima excluiría de la tipicidad actos aislados de molestias irrelevantes y sin capacidad para provocar esa consideración de acoso. La molestia no es acoso. Sí, la persistencia de actos acosadores que altere de forma grave la vida de la víctima.

7. Los actos probados de acoso deben evidenciar que, en condiciones de normalidad, suponen una obligación de modificar sus hábitos, o la prohibición de realizar determinadas conductas por ese sentimiento de inseguridad que le provoca el acosador por los actos que consten probados.

8. Se exige, por tanto, el resultado de alteración de la vida cotidiana en un grado elevado de importancia que se desprenda o fluya del relato de hechos probados, pero por la entidad de éstos, no siendo suficiente con el mero acoso intrascendente o leve para el sujeto pasivo. Ahora bien, hay que diferenciar las conductas que pueden alterar el desarrollo de la vida cotidiana de un sujeto y que se encuentran en el campo de actuación del Derecho Penal, y los comportamientos sociales que no llegan a constituir tipos delictivos.

9. En esta exigencia de que los actos de acoso produzcan una grave alteración de su vida cotidiana el resultado del delito debe interpretarse conforme al patrón objetivo de víctima. No se admiten conductas *ex ante* que no son adecuadas para alterar gravemente el desarrollo de la vida cotidiana de la víctima, o para causar una trascendente limitación de su libertad de obrar por la sola circunstancia de hallarnos frente a una víctima en exceso sensible.

La susceptibilidad de la víctima para alterar su vida ante meras molestias que no puede incardinarse en actos de acoso no permite entender cometido el delito. Puede recurrirse, así, a criterios como el de la causalidad adecuada entre los actos de acoso declarados probados y la grave afectación y alteración de la vida a raíz de estos que, por su persistencia, continuidad en el tiempo y entidad permitan su capacidad y causalidad de provocar por esta entidad de los actos causar estas graves alteraciones en la vida del sujeto, fuera de su susceptibilidad de cambiarla ante la más mínima adversidad y entendido como de percibirlo por el hombre/mujer medio/a.

10. El bien jurídico protegido por el delito de acoso debe estar conectado con el sentimiento de seguridad y tranquilidad de la víctima que merece para evitar estos actos acosadores que por su entidad y gravedad le provoquen cambios en su rutina de vida.

11. Se configura como un delito contra la libertad de obrar. Así, la alteración de las rutinas y hábitos de la víctima viene propiciada, como hemos expuesto, por el atentado contra la tranquilidad y seguridad de la misma.

Se atiende, así, al menoscabo generado en los principales bienes jurídicos protegidos por el tipo penal, que el legislador se refiere a intensas alteraciones en la paz y tranquilidad cotidianas de la víctima, un estado de alerta y tensión psicológica, o al impedimento del despliegue de sus derechos y libertades, llevándola a una modificación de sus hábitos cotidianos. No se exige en su totalidad, pero sí con entidad de relevancia de alteración de hábitos en nexo causal con los actos de acoso.

12. No cabe admitir la predisposición de la víctima a que ante cualquier acoso aislado y no persistente, o que reúna la entidad del tipo penal pueda provocar la alteración grave de la vida.

13. No se exige que se tenga que aportar al juicio una prueba pericial psicológica sobre la que se acredite la afectación a la psique de la víctima de esa situación de acoso o acecho, y que ello determine una grave alteración de su vida, ya que de ser así en el caso de víctimas más fuertes mentalmente resultaría que el acosador podría ejercer estas conductas sin que sean delito. Con ello, entendemos que la propia declaración de la víctima ya es prueba válida para poder entender que el delito del artículo 172 ter CP se ha cometido.

(...) El legislador ha querido introducir en el tipo penal en el apartado 2.º la especialidad propia del acoso en la violencia de género, para señalar que, cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, se impondrá

una pena de prisión de uno a dos años, o trabajos en beneficio de la comunidad de sesenta a ciento veinte días.

Y se trata de un hecho grave ocurrido en caso de ex pareja que puede dar lugar a más graves consecuencias, en cuanto los actos de acoso en casos de pareja o ex pareja deben observarse con cautela y cuidado, ante la posibilidad de una elevación del estado de riesgo de la víctima en el caso de persistencia en los actos de acoso y la posibilidad de un salto cualitativo en la gravedad del mismo.

Este se puede decir que es el motivo por el que el legislador incluyó este tipo penal en la LO 1/2015 de 30 de marzo. Y lo hizo con perspectiva de género. Con la que hay que tener para calificar estos hechos como un delito de acoso o *stalking* en situación de pareja o ex pareja, al configurarse una especialidad concreta dentro del tipo penal básico del artículo 172 ter CP por la especial situación de dominio o poder que quiere ejercer la ex pareja (...). Y todo ello, bajo el mensaje serio, claro y concluyente que se desprende de los actos de acoso, que no es otro que el de trasladar a la víctima la dominación que se ejerce sobre ella, en el sentido de que no la va a dejar en libertad y que quiere una dependencia del autor del acoso mediante el despliegue de actos acosadores que evidencien que debe volver con él

De la misma manera, por medio de la sumisión psicológica supone el *stalking* una conducta del autor que subyuga psicológicamente a su víctima bajo la traslación de la idea de que no parará hasta que vuelva con él.

Esta es la filosofía del acoso en los casos de relaciones de ex parejas en las que uno de sus miembros no acepta la ruptura y ejecuta actos de *stalking* con la idea de que quien ha querido la ruptura «reconsiderare» esa decisión y vuelva con el acosador. Pero sabiendo la víctima de que si así fuera no es porque el acosador fuera a cambiar sus conductas que dieron lugar a que se produjera esa ruptura, sino, obviamente, para incrementar la presión psicológica, porque es el *modus operandi* que despliega el acosador hacia su víctima.

En el presente caso nos encontramos con un patrón de conducta reiterado que fluye de los hechos probados en cuanto a un comportamiento de acoso que tiende, o tiene como fin, vencer la voluntad de la víctima de mantener la ruptura y, por esta presión que ejerce con el acoso, regresar con el acosador, que es, al fin y al cabo, lo que se pretende con los actos de acoso en las relaciones de ex pareja en las que uno de ellos ha propiciado la ruptura y el otro no la acepta y realiza actos de acoso para conseguir revertir la situación y que la víctima de *stalking* revoque de modo involuntario y propiciado por los actos de acoso su decisión de romper su relación y regrese con el acosador.

La esencia del tipo penal, y, sobre todo, relacionado con hechos de violencia de género, como son los de acoso en situación de ex pareja, deben ser contemplados con perspectiva de género, ya que no es lo mismo una situación de acoso existente entre extraños, o conocidos, que en el vínculo de la relación de pareja, o ex pareja, en donde los lazos interpersonales que se han creado intensifican la situación de exigencias del acosador de dominación, o humillación, sobre la víctima que es, o ha sido, su pareja para conseguir la creación de unas ataduras físicas y psicológicas que evidencien esa sumisión que quiere trasladar el acosador sobre su víctima de que no se resista al acoso y vuelva con él.

Los actos de acoso se identifican, así, como mensajes claros del acosador sobre su víctima de que es una advertencia de que en el paso siguiente los actos se pueden transformar en el ejercicio de la violencia, porque el acoso se cualifica como la posible antesala de aquella, y es el miedo que se quiere trasladar a la víctima de que esa violencia puede llegar en cualquier momento tras el *stalking*. Es la forma de entender el mensaje subliminal que se quiere trasladar con el acoso por el sujeto activo al

pasivo, fijando la traslación psicológica de que el miedo se apodera en la víctima y acabe cediendo ante el peligro que le supone que los actos de acoso se transformen en algo más grave.

Esta es la finalidad, pues, del acoso, tendente a acabar con la resistencia de la víctima con un «no» a las pretensiones del acosador, a fin de que aquella reciba el mensaje de que es preferible ceder a acabar con la causación por el acosador de un mal mayor físico sobre su vida o integridad física. Lo que se pretende, así, es acabar con la libertad de la víctima a la hora de decidir con quién quiere estar, que es lo que ocurre con el acoso de género. De ahí, que sea preciso concebirlo, entenderlo y valorarlo desde una perspectiva de género, que es la única que va a permitir entender la posición en la que se encuentra la víctima ante serios y clarividentes actos de acoso por parte de su ex pareja.

Además, a la hora de valorar los casos concretos y la concurrencia de los elementos del tipo penal es preciso acudir –sobre todo en atención al componente de la alteración grave de la vida cotidiana de la víctima–, a la distinción entre el acoso de ex pareja y el acoso y situación ajena al ámbito de la pareja, dado que el primero tiene una contextualización más grave que la segunda, en razón a la peligrosidad de la ejecución posterior de los actos de acoso, lo que no tiene por qué darse obligatoriamente en la relación de actos de acoso y situación de personas que no tienen relación o vínculo de pareja.

Por ello, señalamos que hay que enfocar estos casos y hechos con la perspectiva de género, que es un elemento sustancial y esencial a la hora de valorar y considerar en qué medida el acoso en relación ex pareja provoca una alteración grave de la vida cotidiana de la víctima, por esa elevación en la psique de la víctima de la posibilidad de ejecución de actos más graves que los meros de acoso.

En este sentido, el enfoque de la alteración grave de la víctima se evidencia en la propia redacción de hechos probados y su capacidad objetivable de que esa vida de la víctima se vea alterada por la circunstancia del temor que le causen de forma objetiva los actos de acoso, ya que no es posible subjetivizarlo, porque de esta manera las víctimas resilientes con capacidad de aguantar sufrimiento permitirían que sus acosadores no delinquieran, de ahí que en la sentencia reciente de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo 599/2021 de 7 Jul. 2021, Rec. 3852/2019 se haya puesto el enfoque en la propia utilización de la objetividad de los actos de acoso y su propia capacidad de ejercer cambios en la vida de la víctima, por la propia gravedad de los hechos (...) el juicio de subsunción es evidente, dado que:

a) Es evidente la intención de control y dominación del autor del acoso sobre su víctima.

1. El autor le pedía explicaciones por la ruptura. Consta en los hechos probados.
2. El autor se acercaba a su casa constantemente con el fin de controlar sus movimientos. Consta en los hechos probados.

b) No aceptaba la ruptura de la relación y quería anular la voluntad de su víctima y su capacidad para decidir libremente la persona con la que quería estar. Consta en los hechos probados.

c) La finalidad de los actos de acoso consta claramente en los hechos probados, esto es:

1. Las llamadas en un importante volumen en un corto periodo de tiempo se hacen para pedirle explicaciones por la ruptura. No están dirigidas a preguntarle por hechos insignificantes o que no denoten peligro. Él quería hacerle ver que no le iba a



ser tan fácil a la víctima desentenderse del acosador, y lo que pretendía es vencer su resistencia mediante la persistencia de los actos de acoso (...).

2. Y, además, pasa en numerosas ocasiones por su casa «para controlar sus movimientos» según el relato de hechos probados.

d) Pero, además, cuando comprueba que todo ello no le hace efecto a la víctima al no ceder a sus pretensiones por métodos de acoso y presión psicológica se acerca a su casa una noche y le espeta que «tú no vas a ningún lado, tú vienes a hablar conmigo».

e) En consecuencia, resulta evidente que todos estos actos alteraron gravemente la vida cotidiana de la víctima, dada la objetividad y capacidad para hacerlo de alterar su vida de forma notable al referirse a una constante presión que solo concluye cuando se presenta la denuncia. Ciertamente el hecho probado de la sentencia del Juzgado de lo Penal peca en alguna medida de pobreza descriptiva. Ciertamente del relato se infiere la aptitud de las conductas desplegadas por el acusado de forma insistente para alterar o incidir en los hábitos de vida de la acosada. Esa idea, implícita en el *factum*, viene a ser confirmada y subrayada en la fundamentación jurídica. Se otorga pleno crédito a las declaraciones de la víctima. En ellas, amén de lo recogido expresamente en el hecho probado, se refiere cómo –lo que resulta congruente con la situación de acoso a que se veía sometida– dejó de asistir al trabajo algunos días para sacudirse esa sensación de hostigamiento o se inhibía en ocasiones de salir a la calle para no ir sola; amén del incidente de la cena. Hay pues efectiva alteración de la vida cotidiana que se trasluce en el hecho probado en inferencia que viene a refrendar inequívocamente la fundamentación. La avaricia narrativa del hecho probado explica seguramente la decisión de la Audiencia Provincial al revocar la sentencia. Era realmente deseable y más ortodoxo consignar más claramente en el hecho probado y no solo dejarlo entrever obligando a la inferencia en lo que se tradujo esa alteración grave del desarrollo de la vida cotidiana que no deja de ser un elemento del tipo. Pero, en cualquier caso, el hecho probado, leído a la luz del conjunto de la sentencia, es suficiente para sostener que la subsunción jurídica realizada por el Juzgado de lo Penal fue correcta. En esto volveremos a incidir reflejando en qué se tradujo *in casu* esa alteración exigida por el tipo.

(...) Ello evidencia que consta en la sentencia que los actos de acoso alteraron gravemente la vida de la [víctima], reuniendo el elemento objetivo del tipo penal del artículo 172 ter CP, ya que:

- a) Dejó muchos días de ir a trabajar.
- b) No salía de casa para no ir sola.
- c) El autor acudía a su trabajo y la controlaba.
- d) El autor le dijo que «ya te pillaré, ya te cogeré» y entendió que era una amenaza por algo que le podía pasar si ella no se comportaba como él quería (todo ello adicionado al contexto de los actos de acoso centrados en multitud de llamadas, aproximaciones por su lugar de trabajo y su casa, etc.).
- e) Consta en la sentencia la vigilancia extrema a la que le sometió como se recoge en los hechos probados y se argumenta en la sentencia.
- f) Todos estos actos evidencian la alteración grave de la vida cotidiana de la víctima, y, además, son actos de acoso que desde un punto de vista objetivable son tendentes a provocar en cualquier persona (hombre/mujer medio) esa alteración grave de su vida.
- g) No se trata de meras molestias que pudiera haber causado el autor a la víctima. No es eso lo que se desprende del relato de hechos probados, ni de la probanza del plenario constituida por la propia declaración de la víctima, la adverbación del

letrado de la AJ acerca de la existencia de las llamadas y la declaración de una amiga de la víctima.

No puede entenderse que son meras molestias que esté obligada a soportar la víctima, sino de actos graves de control.

Pues bien, del criterio ya expuesto y citado de la Sentencia reciente de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo 599/2021 de 7 Jul. 2021, Rec. 3852/2019 podemos aplicar al caso presente los siguientes también:

1. La alteración grave de la vida cotidiana de la víctima puede hasta desprenderse con normalidad de la forma en la que se han realizado los actos de acoso mediante un juicio de racionalidad de afectación a la psique de la víctima en razón a la gravedad de los actos de acoso, su visceralidad, y el carácter que a la víctima le puedan representar como creíbles los actos de acoso del acosador y la creencia o percepción en la víctima de que se pueda pasar de los actos de acoso a actos de violencia.

2. Estos mensajes, seguimiento y llamada, sobre todo, los primeros, de gran número, son capaces por sí solos de perturbar los hábitos, costumbres, rutinas o forma de vida de cualquier persona, atendido el estándar del hombre/mujer medio/a. Y los mismos actos de los hechos probados, cubren las exigencias que esta Sala viene reclamando del tipo del artículo 172 ter CP, a saber, insistencia, reiteración, repetición, reflejo de un mismo patrón o modelo sistemático, existencia de una voluntad de perseverar en esas acciones intrusivas, superando con creces lo puramente episódico o coyuntural y carencia de legitimación, o autorización para obrar de esa manera. Por el período de tiempo durante el cual se envían y por su contenido, el desvalor que encierran es de muy alta entidad, suficiente para activar la reacción penal.

3. No sería constitutivo de un delito de acoso actos que provoquen una mera molestia en el afectado y de carácter transitorio, o poco extendidos en el tiempo, así como poco persistentes.

4. Los actos probados de acoso deben evidenciar que, en condiciones de normalidad, suponen una obligación de modificar sus hábitos, o la prohibición de realizar determinadas conductas por ese sentimiento de inseguridad que le provoca el acosador por los actos que consten probados.

5. Se exige, por tanto, el resultado de alteración de la vida cotidiana en un grado elevado de importancia que se desprenda o fluya del relato de hechos probados, pero por la entidad de éstos, no siendo suficiente con el mero acoso intrascendente o leve para el sujeto pasivo.

6. En esta exigencia de que los actos de acoso produzcan una grave alteración de su vida cotidiana el resultado del delito debe interpretarse conforme al patrón objetivo de víctima.

7. Se configura como un delito contra la libertad de obrar. Así, la alteración de las rutinas y hábitos de la víctima viene propiciada, como hemos expuesto, por el atentado contra la tranquilidad y seguridad de la misma.

Se atiende, así, al menoscabo generado en los principales bienes jurídicos protegidos por el tipo penal, que el legislador se refiere a intensas alteraciones en la paz y tranquilidad cotidianas de la víctima, un estado de alerta y tensión psicológica, o al impedimento del despliegue de sus derechos y libertades, llevándola a una modificación de sus hábitos cotidianos. No se exige en su totalidad, pero sí con entidad de relevancia de alteración de hábitos en nexo causal con los actos de acoso.

(...) Se ha expuesto con anterioridad que estos supuestos del artículo 172 ter.2 CP en cuanto a acoso en relación de ex pareja debe contemplarse con perspectiva de género. Y ello, porque tras esta relación de ex pareja es donde surge la apreciación

del elemento subjetivo que encierra la conducta del autor, aunque no se exige en el tipo penal del artículo 172 ter.2 CP, de una específica intención concreta de dominación, y la objetivación tanto de los actos de acoso, cuya entidad y relevancia permitirán derivar la alteración grave de la vida de la víctima en el contexto en el que se produzcan, que es lo que ocurre en este caso, ya que se trata de un contexto de previa ruptura donde el autor no la acepta y esta es la causa eficiente de sus actos de acoso dirigidos específicamente, y con significado causal, a conseguir el efecto que pretende, como es que la víctima vuelva con él, pese a haberle manifestado ella su deseo de ruptura.

El autor pone en la vida de la víctima todo un elenco de conductas destinadas a que ella perciba el mensaje de que «o acepta regresar o no cesará en el acoso». Con ello, se traslada a la víctima que la única forma de no estar ni ser acosada es la de ceder a las pretensiones del autor.

En cualquier caso, es importante destacar la diferencia que en estos casos debe tener el «estar o ser acosada» con la de «sentirse acosada», ya que solo la primera es válida para la configuración del delito, por cuanto el tipo penal se configura solo desde la objetivación de los actos de acoso, no de la sensación de la víctima de serlo, —aunque la entidad de los actos no sea grave—, ya que en casos de personas muy susceptibles podrían sentirse acosadas ante mínimos y aislados actos de acoso que no reúnan el requisito de la persistencia y seriedad de los actos. La cuestión es, pues, no de lo que se siente, sino si se trata de actos de acoso susceptibles de integrar la conducta penal del artículo 172 ter CP.

Además, habida cuenta que este delito se implantó en el derecho anglosajón, y de ahí se incorpora a nuestro ordenamiento jurídico por la LO 1/2015 de 30 de marzo, debemos recordar que los anglosajones destacan la esencia en estos casos de dos cuestiones básicas, a saber:

a) *Whether or not the stalker intends to frighten, intimidate or threaten someone does not matter, as long as the stalker knows that such behavior could cause a reasonable person to feel frightened, intimidated or threatened.*

No importa si el acosador tiene la intención de asustar, intimidar o amenazar a alguien, siempre que sepa que tal comportamiento podría hacer que una persona razonable se sienta asustada, intimidada o amenazada.

b) *Stalking is a «course of conduct», meaning it involves repeated, continuous behavior. Unwanted behaviors may not seem that alarming if considered separately as single incidents, but when the pattern of behaviors is considered altogether and over time, stalking becomes apparent and alarming.*

El acecho es un «curso de conducta», «o comportamiento» lo que significa que implica un comportamiento continuo y repetido. Los comportamientos no deseados pueden no parecer tan alarmantes si se consideran por separado como incidentes únicos, pero cuando el patrón de comportamientos se considera en conjunto y con el tiempo, el acecho se vuelve aparente y alarmante.

Aquí radica la clave del acoso, porque no se exige el elemento intencional en el acosador, sino si sus actos integran y tienen entidad para constituir un acoso penal. Y, en segundo lugar, es clave la continuidad del comportamiento, que se configura con que los actos sean reiterados, lo que se colige de los hechos probados de la sentencia en este caso.

(...) La cifra del porcentaje de víctimas acosadas es brutal y hace evidente que se trata de un ilícito penal y no de un mero tema conductual sin gravedad. El acoso es un

hecho muy grave, porque cambia la vida de la víctima y su comportamiento consigo misma y con los demás, ante el lógico incremento de las precauciones y prevenciones que debe tomar para evitar un ataque grave del acosador. Desconoce cuál será el siguiente paso del acosador, y ello le genera más miedo, si cabe, y más inquietud, intranquilidad y temor al no saber hasta dónde está dispuesto a llegar el acosador si la víctima de su ex pareja no acepta regresar con él.

Y el componente de afectación a la vida cotidiana de la víctima que es elemento del tipo se evidencia desde esa objetivación de los actos capaces de provocar esa reacción en la víctima que tenga como consecuencia que altere sus hábitos de conducta por el miedo que integra el no saber la siguiente reacción o paso del acosador. Ello se eleva en los casos de violencia de género; de ahí, la necesidad de tener que enfocar el acoso de la pareja o ex pareja con perspectiva de género como mantenemos. Porque solo desde este enfoque se puede entender el drama que sufre la víctima acosada que sabe que el origen del acoso data de ese sentimiento de posesión del acosador sobre su víctima.

Porque solo desde esa posición de dominación se lleva a cabo el acto de acoso en los casos de ex pareja que desea regresar con quien no quiere voluntariamente regresar a esa relación anterior.

Precisamente, cuando en la LO 1/2015 de 30 de marzo se introduce este tipo penal del artículo 172 ter CP se recoge en la Exposición de Motivos que: también dentro de los delitos contra la libertad, se introduce un nuevo tipo penal de acoso que está destinado a ofrecer respuesta a conductas de indudable gravedad que, en muchas ocasiones, no podían ser calificadas como coacciones o amenazas. Se trata de todos aquellos supuestos en los que, sin llegar a producirse necesariamente el anuncio explícito o no de la intención de causar algún mal (amenazas) o el empleo directo de violencia para coartar la libertad de la víctima (coacciones), se producen conductas reiteradas por medio de las cuales se menoscaba gravemente la libertad y sentimiento de seguridad de la víctima, a la que se somete a persecuciones o vigilancias constantes, llamadas reiteradas, u otros actos continuos de hostigamiento.

Justo es lo que en este caso ha ocurrido y se refleja en los hechos probados; es decir, llamadas, vigilancias constantes que, al final, es un continuo hostigamiento expresado con la frase que pronuncia de que tú no vas a ningún lado, tú vienes a hablar conmigo; expresión enraizada en el objetivo de entender el acosador la relación de pareja enmarcada en el derecho de posesión del hombre sobre la mujer, y que considera el autor que le da derecho a mandar esos mensajes, o ejercer las vigilancias, como una expresión más de ese derecho que pretende ejercer y que es una especie de deber de la víctima-mujer aceptar las pretensiones del acosador de que aquella vuelva a la relación de pareja sin poder tener una libertad de decisión sobre si quiere volver con él, o no.

El acosador no quiere conceder derecho alguno a la víctima de decidir, y los actos de acoso enmarcados en el artículo 172 ter.2 CP en el *stalking* de género tienen una configuración excluyente de la libertad de decidir de la mujer acerca de con quién quiere estar, no dándole opción el autor de que pueda hacerlo con otra persona que no sea él. Esta es la verdadera esencia del acoso y su naturaleza específica en el conocido mensaje de «o eres mía o no eres de nadie». Es la configuración de lo que podría denominarse como el ejercicio del derecho de propiedad y posesión en el acoso como violencia de género. Todo ello, desde la perspectiva de género con la que deben interpretarse y aplicarse este tipo de hechos.

(STS 843/2021, de 4 noviembre)

## ARTÍCULO 183 CP

*Abusos sexuales a menores de 16 años. Actuación conjunta de dos o más personas: su ámbito de aplicación queda reservado para las agresiones sexuales y es incompatible su aplicación al delito de abusos sexuales a menores de 16 años.*

Los antecedentes que encontramos, relativos a la apreciación de la agravación que nos ocupa, son los que ha ido conformando nuestra jurisprudencia en torno a igual circunstancia del artículo 180.1.2.<sup>a</sup> CP, que, relativo a las agresiones sexuales de los artículos 178 y 179, consideraba una agravante propia de éstas, «cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas».

Por el contrario, en relación con el delito de abusos sexuales del artículo 180, en que sus circunstancias de agravación eran por remisión a las del delito de agresiones sexuales, no se mencionaba la 2.<sup>a</sup> del artículo 180, lo que apuntaba a que dicha circunstancia no era compatible con el delito de abusos sexuales.

Sucede, sin embargo, que, en relación con los atentados contra la libertad sexual de los menores, se agrupan en un mismo capítulo tanto las agresiones, como los abusos sexuales, y sin distinción, tanto para unas como para otros, se coloca como circunstancia de agravación la 4.b) del artículo 183 CP.

Con estos antecedentes, nos parece razonable que el Ministerio Fiscal se haya cuestionado la aplicación de la agravante, tanto que, en nuestra opinión, ha de ser suprimida, y, para llegar a tal conclusión, comenzaremos haciendo un repaso por nuestra jurisprudencia (...).

(...) en la STS 585/2014, de 14 de julio de 2014, decíamos lo siguiente:

«La ratio agravatoria de la cualificación, según la doctrina mayoritaria tendría su base, entre otras, en las siguientes razones:

- a) en la acusada superioridad que proporciona al sujeto activo la intervención de otros.
- b) se produce un mayor aseguramiento de los designios criminales, al intensificarse la intimidación con la efectiva disminución de la capacidad de resistencia de la víctima.
- c) existen menos posibilidades de defensa de la víctima y por contra mayores facilidades para plegarse a las pretensiones de los agresores, consecuencia de la mayor potencialidad lesiva.
- d) mayores dificultades para defenderse o intentar la huida. Facilita la ejecución del delito por la mayor indefensión que ocasiona».

Como vemos, la razón de agravación de la circunstancia, que se pone en relación con actuaciones de contenido violento y/o intimidatorio, se encuentra en la superioridad que genera sobre la víctima, a quien coloca en una situación en la que quedan disminuidas sus posibilidades de defensa frente a actuaciones que no consiente, con lo que, al ser esto así, en una interpretación sistemática del propio artículo 183, debe llevar a la conclusión de que, por más que en el mismo se agrupen ambos delitos, a cada cual le han de ser de aplicación las circunstancias que sean compatibles con él, por ello que no quepa en el delito de abusos sexuales, pues, siendo consentidos, no se aprecia el menor vestigio de violencia o intimidación, y es que no tiene por qué haber un tratamiento penal distinto por la circunstancia de que la víctima sea menor, o mayor, ya que los elementos para la valoración de la conducta, que están en función de los medios para vencer la oposición de la víctima, no tienen por qué diferir en razón a la edad, cuando no hay ninguno que aplicar ante el consentimiento de ésta. Y

esto que decimos, hasta tal punto es así, que el propio legislador ha caído en la cuenta del diferente tratamiento al que deben quedar sujetas estas ilícitas conductas sexuales, según haya mediado violencia o intimidación, caso de las agresiones sexuales, o no, de los abusos sexuales, como resulta de los términos en que ha quedado redactado el artículo 183 quater, tras la reciente reforma habida por LO 8/2021, de 4 de junio, en que ha limitado el efecto de exclusión de la responsabilidad criminal por el consentimiento libre del menor de 16 años, únicamente a los delitos previstos en el artículo 183.1 CP.

Así es, porque con anterioridad a dicha reforma la redacción de dicho artículo decía: «El consentimiento libre del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este capítulo, cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez», y sin embargo, con ocasión de la misma quedó redactado como sigue: «El consentimiento libre del menor de dieciséis años, excepto en los casos del artículo 183.2 del Código Penal, excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este capítulo cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica», con lo cual, exceptuando de la aplicación de la exención el artículo 183.2, ésta no será extensiva a las agresiones sexuales a menores, quedando reducida su aplicación a los abusos sexuales del artículo 183.1. Trasládese el mismo planteamiento a la agravación del 183.4.b) y se comprenderá que su ámbito de aplicación ha de quedar reservado para las agresiones sexuales y su incompatibilidad de aplicación en el delito de abusos sexuales.

(...) Acudiendo a los hechos declarados probados, es pasaje clave para valorar la conducta que se enjuicia el que dice lo siguiente:

(...) «no apreciamos la concurrencia de violencia o intimidación..., ni que la acción sea conjunta, en el sentido que exige el apartado b del número 4 del artículo 183 [...]. Estamos ante una relación sexual, prohibida, de dos personas con una menor de dieciséis años, lo que impide la aplicación de la circunstancia de agravación y que en este caso permite que cada uno responda únicamente por su delito y no, por ninguna vía del cometido por el otro».

Frente a ese razonamiento, la STSJ, para apreciar la agravación argumenta: «en el presente caso tal como se describe en los hechos probados el acometimiento sexual al participar los dos recurrentes en un mismo momento con penetraciones anales y vaginales disminuyó las posibilidades de defensa eficaz de la víctima al margen de la situación especialmente vejatoria».

Volviendo a los hechos probados, en particular al párrafo transcrito, en que se describen los actos de carácter sexual, vemos que en ellos no se dice que los dos condenados participaran en un mismo momento en lo que, al llamarlo acometimiento la STSJ, encierra una acción de ímpetu, sino que simplemente se describe que la menor tuvo relaciones sexuales completas con los dos, no precisándose que fuera producto de actuación violenta o intimidatoria alguna, sin que se diga, tampoco, que fueron en un mismo momento, por lo que bien pudieron serlo en sucesivos, y se añade por el TSJ que disminuyó las posibilidades de defensa eficaz, sin que del contexto con que se describen los hechos haya dato del que extraer tal circunstancia, por lo que, si no medió violencia o intimidación, sino que estamos hablando de actos sexuales consentidos, de nada hay que defenderse. Ni siquiera se dice en el hecho probado que, para la práctica de la acción sexual de cada uno de los condenados, hubiera mediado acuerdo, o que hubiera habido algún tipo de contribución de uno al acto sexual del otro, ni encontramos dato alguno del que poder deducir alguna de estas circunstan-

cias, a partir de las cuales apreciar una presión que contribuyera a doblegar la voluntad de la menor en esos actos de contenido sexual.

En efecto, al estar hablando de unas relaciones sexuales consentidas, resulta difícil contar con el presupuesto de partida para apreciar la agravación que analizamos, pues el solo hecho de que fueran dos personas las que las mantuvieran no es suficiente para su apreciación, más cuando ni se da por probado que hubiera algún tipo de concierto, previo o sobrevenido, expreso o tácito, ni hay elementos en esos hechos probados para entender que lo hubo, del que deducir una confluencia o conjunción de acciones que permitan pensar en dicha presión sobre la víctima, con lo que, al ser esto así, resulta incompatible hablar de disminución de posibilidades de defensa, porque de nada tiene que defenderse quien consiente una relación a la que no se ve presionada a realizar.

Procede, por tanto, desestimar el motivo.

(...) La jurisprudencia de esta Sala ha venido examinando de oficio cuestiones, que sean por *error iuris*, favorables al acusado, con independencia de que formalmente las introdujera la defensa, criterio que seguiremos, por cuanto que, aunque ésta no lo haya hecho, al hacer mención a la cláusula de asimetría del artículo 183 quater CP, basada en el consentimiento sexual, se ha planteado el Tribunal la posibilidad de su aplicación, dado que, como hemos dicho en el fundamento precedente, al ser los hechos constitutivos de delitos de abuso sexual a menor de dieciséis años, cabe su apreciación, siempre desde el respeto a los hechos probados, más alguna mención de corte fáctico que encontramos en la sentencia de instancia.

1. Entre las consideraciones que se hacen en el Preámbulo de la LO 1/2015, de 30 de marzo, sobre las modificaciones que se introducen en el CP en los delitos contra la libertad sexual, por referencia a la transposición de la Directiva 2011/93/UE, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, se dice que «como novedad más importante, se eleva la edad del consentimiento sexual a los dieciséis años. La Directiva define la «edad de consentimiento sexual» como la «edad por debajo de la cual, de conformidad con el Derecho Nacional, está prohibido realizar actos de carácter sexual con un menor». En la actualidad, la edad prevista en el Código Penal era de trece años, y resultaba muy inferior a la de los restantes países europeos –donde la edad mínima se sitúa en torno a los quince o dieciséis años– y una de las más bajas del mundo. De esta manera, la realización de actos de carácter sexual con menores de dieciséis años será considerada, en todo caso, como un hecho delictivo, salvo que se trate de relaciones consentidas con una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez», de ahí la referida cláusula de exclusión del referido artículo 183 quater.

La modificación de la edad fue trascendente, tanto que, en nuestra STS 782/2016, de 19 de octubre de 2016 decíamos lo siguiente: «En efecto, con anterioridad a esa reforma, el artículo 183.1 del CP, redactado conforme a la LO 5/2010, 22 de junio, consideraba la edad de 13 años como determinante de la capacidad de autodeterminación en la esfera sexual. Fue en la reforma de 2015 cuando el umbral cronológico para la prestación del consentimiento –con la regla de exclusión prevista en el artículo 183 quater–, se fijó en 16 años. La entrada en vigor de esta reforma se produjo el 1 de julio de 2015, por mandato de la disposición final octava de la ya citada LO 1/2015. El simple contraste entre esas fechas pone de manifiesto que, hasta el día 1 de julio de 2015, las relaciones sexuales mantenidas con una persona que ya hubiera cumplido 13 años y estuviera en condiciones de consentir libremente quedaban extramuros del derecho penal», que es lo que hubiera sucedido, de haber ocurrido los hechos que nos ocupan un año antes.

Sentado que los hechos han de ser calificados como delito de abusos sexuales sobre menor de 16 años, la sentencia de instancia dice textualmente: «estamos ante una relación sexual prohibida, de dos personas con una menor de dieciséis años», que recuerda la frase que encontramos en nuestra Sentencia 1001/2016, de 18 de enero de 2017, cuando en el artículo 183 CP estaba la edad de consentimiento sexual en los 13 años, en la que se decía que «por lo tanto si cuando se producen los hechos la menor tenía 11 años y ocho o nueve meses «dependiendo de cuando empezaron las relaciones», como sienta la Audiencia, no se ha infringido el artículo 183 CP que se invoca, pues en rigor no se trata de que el consentimiento sea válido o inválido conforme a la capacidad del sujeto pasivo sino que por decisión del legislador las relaciones sexuales con menores de la edad establecida en el texto legal están prohibidas», que, en definitiva, es la misma manera como hemos visto que se expresa la Directiva 2011/93/UE, que define la «edad de consentimiento sexual» como la «edad por debajo de la cual, de conformidad con el Derecho Nacional, está prohibido realizar actos de carácter sexual con un menor».

En la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2017, de 6 de junio, sobre la interpretación del artículo 183 quater, se decía lo siguiente:

«Tras la reforma de 2015, nuestro Código Penal establece una presunción *«iuris tantum»* de falta de capacidad de los menores de dieciséis años para consentir relaciones sexuales. Para enervarla no será suficiente con acreditar la madurez del menor, sino que será necesaria igualmente la proximidad en grado de madurez y edad del adulto interviniente.

La eficacia del consentimiento es admitida en nuestro Derecho cuando el tipo exige, expresa o tácitamente, la oposición de la víctima. Así, en la Parte Especial, el Código Penal concede eficacia justificante al consentimiento en algunos supuestos de lesiones, pudiendo considerarse justificadas aquellas conductas típicas que aparezcan como una forma del libre desarrollo de la personalidad del que las consiente, conforme al artículo 10 de la Constitución, que declara fundamento del orden político y de la paz social el «libre desarrollo de la personalidad».

Con anterioridad a la introducción del artículo 183 quater y, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos, no existían en España reglas específicas sobre el requisito de asimetría de edades en la tipificación de los delitos contra la indemnidad sexual. La elevación de la edad de consentimiento de los trece a los dieciséis años acrecentó la necesidad de incluir en la regulación de los delitos sexuales cometidos sobre menores una cláusula de exención de la responsabilidad penal que, dentro de determinados límites, concediera relevancia al consentimiento de los menores, tal como fue sugerido por el Consejo Fiscal en su informe de 8 de enero de 2013 al Anteproyecto de reforma del Código Penal».

La edad de consentimiento sexual, como resulta de la mencionada Directiva 2011/93/UE, la fija la norma, y es aquella por debajo de la cual el legislador prohíbe realizar actos sexuales, porque parte de la consideración general de que no se tiene capacidad para consentirlas, de ahí que en la Fiscalía se hable de una presunción *iuris tantum* al respecto, que, por lo tanto, admite prueba en contrario (art. 385.3 LEC), como resulta del pasaje antes transcrito del Preámbulo de la LO 1/2015, que considera, por lo tanto presume, que es un hecho delictivo la realización de actos de carácter sexual con menores de dieciséis años, pero que, sin embargo, lo salva si se trata de relaciones consentidas con una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez, que traslada a la cláusula de exclusión del referido artículo 183 quater, pues no deja de ser consciente de que, al elevar la edad, puede haber una realidad que choque con su previsión legal, de ahí la reflexión que encontramos en la



Circular citada, en referencia a la necesidad de incluir dicha cláusula, concediendo relevancia a su consentimiento dentro de ciertos límites. Dicho de otro modo, en el caso de los menores de dieciséis años, no se trata de que su consentimiento sea válido, o no, sino que el legislador ha considerado, como regla general, que las relaciones sexuales con ellos no son tolerables, por ello las prohíbe, a la vez que no reprocha las que consienta en los casos y circunstancias que ha contemplado en el artículo 183 quater, con lo cual no se está dando al consentimiento un tratamiento distinto al que se da en otros delitos en que el tipo exige la oposición de la víctima.

2. Recordamos que las circunstancias que han de concurrir para que el consentimiento libre del menor de dieciséis años sea eficaz para excluir la responsabilidad penal del autor, es que éste sea persona próxima a él por edad y grado de desarrollo o madurez, parámetros abiertos, que dejan un amplio margen de apreciación para el que, atender a las circunstancias de cada caso, es determinante.

En relación con este artículo 183 quater, decíamos en nuestra Sentencia 478/2019, de 14 de octubre de 2019, que «la cláusula objeto de análisis devendrá aplicable precisamente cuando, pese a ser uno de los intervinientes en la relación menor de dieciséis años, hay una decisión libre y una actividad sexual compartida con una persona que, aun siendo mayor de edad, es próxima al menor en edad y madurez».

En la sentencia de instancia se dice que no se aplica la exención de responsabilidad prevista en el artículo 183 quater, ante la incertidumbre sobre la presencia de consentimiento libre de la menor, lo que no podemos compartir, por cuanto que, si con anterioridad está diciendo que no se aprecia la concurrencia de violencia o intimidación, solo queda que se pudiera hablar de un consentimiento viciado por alguna circunstancia, que no se indica cuál pudiera ser, y que resulta difícil de encontrar por cuanto que estamos hablando de abusos sexuales a menor, en que es, exclusivamente, por razón de la edad lo que lleva a la subsunción de la conducta en el artículo 181.1 CP, por el que se condena, no por condicionante alguno que vicie su consentimiento, ante lo cual solo cabe considerar que el consentimiento fue libre.

Más dificultad entraña valorar los otros dos elementos, esto es, la proximidad en la edad y en la madurez o desarrollo físico y psicológico, pues no ha optado nuestro legislador por un criterio cronológico puro, sino que ha combinado la relación de proximidad entre la edad del mayor y el menor, y la de simetría de madurez entre ambos, factores no sujetos a reglas fijas, en que la formación y condicionantes culturales de cada cual juega un papel importante, lo que no significa que no podamos encontrarlos casos claros en que ni uno ni otro, o bien que uno u otro, se presenten sin duda, porque, si esto es así, cae por su base la aplicación de la referida cláusula de exoneración.

En este sentido la referida Circular de la Fiscalía 1/2017, en el apartado que dedica al grado de desarrollo o madurez, dice lo siguiente: «Como se ha expuesto, nuestra legislación ha optado por un criterio mixto que comporta tanto el análisis de la franja de edad (criterio cronológico) como el análisis de las características individuales de desarrollo y madurez (criterio biopsicosocial). Así, constituirán factores diferenciales, tanto la acusada diferencia de edad (particularmente cuando se trata de adultos jóvenes) como los concretos factores singulares que concurren entre autor y víctima». Y en la STS 1001/2016, de 18 de enero de 2017, se puede leer lo siguiente: «[...], aunque el nuevo artículo no establece mínimo alguno en orden a la prestación de un consentimiento libre. Sin embargo, sí se fijan dos premisas o circunstancias que deben concurrir conjuntamente como son la proximidad de la edad entre ambos sujetos y de su grado de desarrollo o madurez, calidad de próximo aplicable a ambos criterios». Es cierto que, en el caso, el Tribunal no apreció la circunstancia al haber más de 8 años de diferencia entre la menor y el acusado y el diferente grado de madurez

entre una y otro, pero hace una consideración más de importancia: «Se trata pues de tener en cuenta el equilibrio de la pareja atendiendo a las circunstancias legales, es decir, la edad y el espíritu y mentalidad de ambos, debiendo rechazarse los casos de desequilibrio relevantes y notorios desde el punto de vista objetivo pero también subjetivamente cuando aquél pueda inferirse del contexto en el que tiene lugar la relación, lo que determina un cuidadoso examen de cada caso».

Pues bien, en el examen del caso que nos ocupa, sí consideramos de aplicación la cláusula de exclusión, porque, en lo relativo a la edad, tenemos que la menor cuenta con 13 años cuando suceden los hechos, mientras que (...) con el cual había mantenido una relación previa «en régimen de noviazgo» durante el mes anterior a los hechos, según se dice en su fundamento quinto la sentencia de instancia, contaba con 20 años, y (...) con 19, con lo que la distancia entre las edades de la menor y los acusados no nos parece tan lejana como para dejar de apreciar el elemento de la proximidad, más si la ponemos en relación con el grado de madurez entre los tres intervinientes en los hechos.

En este sentido, cabe asumir que la madurez de la menor en lo físico y en lo psicológico no era muy distante de la de los acusados en lo que es el ámbito de las relaciones sexuales, que es en el que nos estamos moviendo (...).

(STS 828/2021, de 29 octubre)

## ARTÍCULO 189 CP

*Corrupción de menores: la posible iniciativa de la menor de 16 años para la realización de material pornográfico carece de relevancia al no tener el consentimiento efecto alguno; no se infringe el principio non bis in idem el delito de captación de menor para elaborar material pornográfico y el delito de tenencia de material pornográfico infantil para su propio uso, teniéndolo a su disposición de modo permanente.*

Las figuras delictivas de los artículos 189.1 a) y 189.2 a) –corrupción de menores de 16 años, mediante su captación o utilización para elaborar material pornográfico– y 183 ter 1 –acoso sexual sobre menor de 16 años, tratan de procurar y proteger a los menores que al encontrarse en un periodo trascendental de su personalidad, puede ésta verse afectada por actuaciones que puedan condicionar de un modo negativo la vida de futuro de aquellos y de alguna manera, limitada su propia dignidad, por lo que es irrelevante el consentimiento de la menor en este tipo de grabaciones.

En este sentido cabe señalar que la orientación de la vida sexual tiene singulares consecuencias sociales y el legislador puede proteger penalmente a quienes no tienen la madurez necesaria para decidir sobre ella, con el fin de posibilitar una decisión autorresponsable al respecto.

En efecto, tratándose de menores de 16 años, los artículos citados establecen una presunción *iuris et de iure* sobre la ausencia de consentimiento por resultar los supuestos contemplados incompatibles con la consciencia y libre voluntad de acción exigibles.

Hay presunción porque efectivamente se eleva a verdad jurídica lo que realmente es solo posible y siendo *iuris et de iure* no se permite, en principio, indagar las condiciones del menor para confirmar la existencia de una capacidad que la ley considera incompleta, porque en esas edades o los estímulos sexuales son todavía ignorados o confusos o, en todo caso, si son excitados, no pueden encontrar en la inmadurez psíquico-física del menor contraestímulos fuertes y adecuados, lo que implica que dicho menor es incapaz para autodeterminarse respecto del ejercicio de su identidad sexual,

negándole toda la posibilidad de decidir acerca de su incipiente dimensión sexual y recobrando toda la fuerza el argumento de la intangibilidad e indemnidad sexual como bien jurídico protegido.

Consecuentemente en los supuestos de menor de 16 años nos encontramos ante una incapacidad del sujeto pasivo para prestar un consentimiento válido, resultando irrelevante el consentimiento de aquel en mantener relaciones –u otra conducta relacionada con el ámbito sexual– toda vez que por debajo de ese límite legalmente previsto, se considera al menor con una voluntad carente de la necesaria formación para poder ser considerada libre y aunque acceda o sea condescendiente con el acto sexual, no determina, en forma alguna, la voluntad de éste.

En estos supuestos hay una presunción legal de que el menor no está capacitado para prestar un consentimiento válido y, en consecuencia, si lo prestase, carecería de relevancia por estar viciado. Es decir, lo que la ley no presume propiamente es la ausencia de consentimiento en el menor, ya que éste puede consentir perfectamente la realización del acto sexual, esto es, tiene consentimiento natural, pero se presume la falta de consentimiento jurídico y, en virtud de esta presunción legal, éste se tendría como inválido, carente de relevancia jurídica (ver STS 147/2017, de 8-3).

(...) Analizaremos en primer lugar, la posible comisión del artículo 189 ter 1, en grado de tentativa y si ésta, en su caso, debió considerarse como inidónea o imposible.

Pues bien, en relación al delito de acoso sexual sobre menor de 16 años, ya dijimos en nuestra sentencia 97/2015, de 24-2, como: «En España la reforma 5/2010 introdujo un nuevo delito de ciberacoso sexual infantil en el artículo 183 bis, con la siguiente redacción:

«El que a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de 13 años y le proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 178 a 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de 1 a 3 años prisión o multa de 12 a 24 meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos».

La Ley Orgánica 1/2015 reformó esta artículo que pasó a ser el 183 ter, elevó la edad del menor a 16 años, suprimió la referencia a los artículos 178 a 183 –que había sido criticada por la doctrina, dado que los artículos 178 a 182, se refieren a agresión y abusos sexuales a mayores de 16 años– limitándose a los artículos 183 y 189. Elevó las penas a la mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño y se añadió un segundo apartado, cuando a través de los mismos medios se contacte con un menor de 16 años y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca un menor, la penalidad es inferior, 6 meses a 1 año.

El término *Child Grooming* se refiere, por tanto, a las acciones realizadas deliberadamente con el fin de establecer una relación y un control emocional sobre un menor con el fin de preparar el terreno para el abuso sexual del menor.

En cuanto a su naturaleza se trata de un supuesto en el que el derecho penal adelanta las barreras de protección, castigando la que, en realidad, es un acto preparatorio para la comisión de abusos sexuales a menores de 13 años (ahora 16 años).

Como destaca la doctrina el acto preparatorio pertenece a la fase interna y no externa o ejecutiva del delito, existiendo unanimidad en reconocer la irrelevancia penal a todo proyecto que no supere los límites de una fase interna. Ahora bien, en este caso, el legislador expresamente ha considerado que las conductas de ciberacoso

sexual son un acto ejecutivo de un nuevo delito que trasciende al mero acto preparatorio, aunque participan de su naturaleza, por cuanto solo con el fin de cometer los delitos de abusos sexuales a menores de 13 años (ahora 16 años) puede entenderse típica la conducta.

La naturaleza de este delito es de peligro por cuanto se configura no atendiendo a la lesión efectiva del bien jurídico protegido, sino a un comportamiento peligroso para dicho bien.

Si estamos ante un delito de peligro abstracto puede ser discutible. En cuanto al tipo exige la existencia de un menor y la de actos materiales encaminados al acercamiento, la tesis del peligro concreto parece la acertada. Siempre que ello se lleve a cabo el delito quedaría consumado, habiendo, por el contrario, dificultades para su ejecución por tentativa, por la naturaleza del tipo de consumación anticipada.

En cuanto al bien jurídico es requisito que el contactado sea un menor de 13 años (ahora 16 años). Ese referente obedece a la edad señalada por el legislador para marcar la frontera de la indemnidad sexual de los menores y consiguientemente, el límite de la relevancia de su consentimiento para la realización de actos sexuales. Coincide, por tanto, con su ubicación dentro del nuevo Capítulo II bis del Título VIII del Libro II CP «De los abusos y agresiones sexuales a menores de 13 años (ahora 16 años), y con las previsiones del artículo 13 del Convenio del Consejo de Europa para la protección de niños contra la explotación y el abuso sexual, que limita la obligación de los Estados para castigar la conducta descrita en los supuestos en que el menor no alcance la edad por debajo de la cual no está permitido mantener relaciones sexuales con un niño (art. 182.2).

Por ello el bien jurídico protegido es la indemnidad sexual de los menores de 16 años más allá de la libertad sexual que no puede predicarse en ese límite de edad. La limitación de la edad de la víctima de estos delitos a los 16 años se justifica por tratarse de la anticipación del castigo de una conducta que busca la verificación de una relación sexual con el menor de 16 años que sería en todo caso delictiva, exista o no violencia o intimidación, dado que, aun en su ausencia, dada la irrelevancia del consentimiento del niño, los hechos supondrían un abuso sexual.

Respecto a la conducta típica habrá que distinguir entre elementos objetivos y subjetivos.

En cuanto a los elementos objetivos la ley configura un tipo mixto acumulado que exige una pluralidad de actos. Por una parte se requiere un contacto con un menor de 16 años, por otra proponer un encuentro, y por último, la realización de actos materiales encaminados al acercamiento.

– El contacto tiene que ser por medio tecnológico. La Ley se refiere a Internet, teléfono o cualquier otra tecnología de la información y la comunicación, se trata por tanto, de un listado abierto que da cabida a cualquiera otros mecanismos o sistema de transmisión de datos que no precisen conexión a Internet o a una línea telefónica, como por ejemplo, conexión en red mediante Wi-Fi o Ethernet, aplicaciones basadas en Bluetooth u otros sistemas que puedan desarrollarse.

Se destaca en la doctrina que si el menor es captado directamente y no mediante estos medios y además se comete uno de los delitos de los artículos 183 y 189 no regirá la regla concursal, sino solo el delito cometido. Por ello la exigencia de que la relación se desarrolle por medios tecnológicos parece descartar la aplicación de supuestos en los que la relación se desarrolle en el sentido real, es decir, mediante el contacto físico entre el delincuente y la víctima.

No obstante otros autores entienden por el contrario que puede darse un contacto directo personal inicial que se prolongue por medios tecnológicos, lo que permitiría la

realización de la conducta típica, dado que el tipo penal no especifica si ese contacto es el inicial o derivado. Si se pretende castigar estas conductas por la facilidad que supone la utilización de medios tecnológicos para captar al menor, esa captación, en muchos casos, no se agosta con los contactos iniciales, por lo que sería aplicable el tipo penal al que, tras unos contactos iniciales personales prosigue la captación del menor por medios tecnológicos (por Ej. Profesor o monitor conocido por el menor).

La proposición al encuentro. Este requisito de la exigencia de que el sujeto activo proponga concertar un encuentro con el menor para cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 183 y 189 responde a la introducción directa del Convenio de 25.10.2007.

A la vista de la propia redacción del precepto parece que la consumación en caso de concurrir los restantes elementos del tipo se produciría por la mera concertación de la cita sin que sea necesaria la aceptación de la misma y menos aún su verificación. Interpretación esta que no es compartida por parte de la doctrina al considerar que la exigencia de actos materiales encaminados al acercamiento que deben acompañar a la propuesta no pueden desvincularse de la propia propuesta, de manera que la consumación se conseguirá cuando la cita propuesta por el delincuente fuese aceptada por el menor y se inician actos encaminados a que se ejercite la misma.

– Además el tipo objetivo exige actos materiales encaminados al acercamiento. El legislador solo ha concretado en cuanto a la naturaleza del acto que tiene que ser material y no meramente formal y su finalidad encaminada al acercamiento. Estamos ante un *numerus apertus* de actos que el legislador no ha querido acotar en función de las ilimitadas formas de realizar estos actos.

Se sostiene en la doctrina la necesidad de hacer la interpretación de este requisito y determinar qué actos pueden tener tal consideración. Por un lado, los mismos actos deben ir «encaminados al acercamiento», finalidad que obliga a hacer una interpretación de los términos usados por el legislador; la redacción del precepto, en principio, parece referirse al estrechamiento de la relación de seducción, es decir, al acercamiento del delincuente al menor, afianzando mediante tales actos materiales el efecto y confianza a la víctima, y también cabe interpretar que el acercamiento es, en realidad, el propio «encuentro». De aceptar la primera interpretación actos materiales como el envío de regalos que claramente tienden a fortalecer la relación que se pretende explotar integrarían el concepto exigido por el CP.

Por otro lado será preciso discernir si la exigencia de que los actos sean «materiales» implica que los mismos deban necesariamente repercutir y reflejar más allá del mundo digital. En este sentido parece decantarse la interpretación del precepto que se ha hecho por parte de la doctrina. Ahora bien otro sector considera que si el legislador ha tomado el término material, como opuesto al espiritual conforme a la acepción de la Real Academia Española, tendrían cabida en este concepto actos digitales que no tengan repercusión física. Así considerados los actos digitales exigidos por el tipo como «encaminados al acercamiento», no se distinguirían de los actos digitales a través de los que se ha desarrollado la relación o los que se hayan realizado para formular la propuesta de encuentro, si se entiende que los actos deben ser ejecutados para que tal encuentro tenga lugar.

Por lo que respecta a los elementos subjetivos de este delito se exige la voluntad de cometer cualquiera de los delitos de los artículos 183 y 189.

(...) En el caso que nos ocupa sostiene el recurrente que no hubo acto material de acercamiento, dado que no puede considerarse tal el mostrar la mera intención de quedar y facilitar datos tan abstractos como el barrio donde uno vive o el transporte público que llega hasta el mismo, pero lo que ello implicaría es que el delito no quedó

consumado, dado que para ello, hubiera sido necesario que la cita propuesta hubiese sido aceptada por la menor y se iniciaran los actos materiales –en el sentido antes expuesto– de acercamiento, pero no la atipicidad de la conducta.

(...) Plantea a continuación el motivo el debate sobre la tentativa que la sentencia considera acabada y que el recurrente entiende mejor como un supuesto no punible de tentativa inidónea y/o delito imposible, dado que no puede ser condenado por proponer un encuentro con la menor de imposible cumplimiento, dado que la inidoneidad fue absoluta, y por tanto no punible, conforme la jurisprudencia de esta Sala.

Preensión inaceptable. Como hemos dicho en STS 294/2012, de 26-4, con cita de la STS 2122/2002, de 20-1-2003, la polémica sobre el castigo o impunidad de la denominada tentativa inidónea y/o delito imposible es una de las más caracterizadas en nuestra doctrina, desde la vigencia del Código Penal de 1995.

Los partidarios de la tesis impunita, se basan en dos fundamentales argumentos: a) La supresión del párrafo 2.º del antiguo artículo 52, que expresamente señalaba sanción para estos supuestos y b) El empleo del adverbio «objetivamente» en la definición de la tentativa –Si los actos no deben producir el resultado objetivamente-independientemente, pues de la intención del autor, el hecho no será punible.

Otro sector doctrinal, tal vez más numeroso, sostiene la opinión contraria, alegando que la supresión del artículo 52, solo supone que el legislador lo ha considerado superfluo e innecesario, y de otro lado, que el empleo del término objetivamente «excluye la punibilidad de la tentativa irreal, pero subrayando que ello no impide, sin embargo, la punición de la tentativa –o delito imposible– no irreal».

En conclusión, se sostiene que el fundamento de la punibilidad de la tentativa consiste en que a través de su intento, el autor expresa su desobediencia a una norma realmente existente. El mayor o menor peligro que genera su ánimo será evaluado penológicamente a través del artículo 62 del Código Penal vigente «atendiendo al peligro inherente al intento».

A) Dicha polémica existió también en el ámbito jurisprudencial, y así, frente a sentencias como las de 10 y 12 de marzo de 1993, la de 10 noviembre de 1997, señalaba que la doctrina de esta Sala, con relación a la tentativa inidónea, viene exigiendo los siguientes condicionamientos: 1.º) Resolución de delinquir, de realizar un acto delictivo de los tipificados penalmente, presidido por un dolo directo o eventual; 2.º) Traducción de tal propósito en una determinada actividad tendente a la consecución del fin antijurídico propuesto o aceptado; 3.º) Falta de producción del fin querido de un modo absoluto, bien por haber empleado medios inidóneos, por su propia naturaleza, con respecto a dicha finalidad, o porque el sujeto los creía idóneos y carecían de aquella aptitud natural y necesaria para conseguir lo apetecido, bien porque no pueda producirse lo deseado por carencia íntegra y total del delito; 4.º) Presencia de antijuricidad, puesta en peligro del orden jurídico que conmueva la conciencia del ente social, cierto peligro de lesionar el bien jurídicamente protegido. La tentativa inidónea supone, pues, la imposibilidad de consumación del delito intentado en razón a la inidoneidad de los medios utilizados –imposibilidad de ejecución– o a la inexistencia del objeto –imposibilidad de producción– sobre que se pretendía actuar, o de ambas cosas a la vez –sentencias de 24 mayo 1982, 11 octubre 1983, 5 diciembre 1985.

Conforme a tan pacífica doctrina jurisprudencial sólo está excluida de la penalidad la tentativa inidónea, con inidoneidad absoluta, o sea la irreal o imaginaria, que pretende matar al enemigo con conjuros o prácticas mágicas, pero no la de idoneidad relativa, que puede revelar la ineficacia temporal o momentánea en atención a las circunstancias, pero que no empece que acredite su virtualidad en otras condiciones.

Sin embargo, posteriormente el 28 de mayo de 1999, se dictó una resolución, según la cual: la punición del delito imposible y de la tentativa inidónea en el anterior Código Penal, procede de la antigua Ley de Vagos y Maleantes de 1933 y se incorpora al Código Penal entonces vigente por la vía del artículo 52 párrafo segundo (la misma regla se observará en los casos de imposibilidad de ejecución o de producción del resultado), es decir, se imponía la pena inferior en uno o dos grados a la del delito consumado. Esta opción punitiva del Código anterior, se basa fundamentalmente en la peligrosidad del sujeto cuya voluntad criminal se había exteriorizado y no en la lesión de bienes jurídicos concretos, con lo que se entraba en un peligroso terreno en el que lo realmente penado era el comportamiento del autor. Esta posición ha desaparecido del Código vigente ya que ni en el artículo 62, que hereda el antiguo artículo 52, ni el artículo 16, en el que se define la tentativa, incluyen entre sus presupuestos mención alguna a los supuestos de imposibilidad de ejecución o de producción del resultado. Como ha señalado un importante sector de la doctrina, por fin el Código de 1995 ha dado el esperado paso de renunciar a la punición expresa de la tentativa inidónea y del delito imposible, que en la práctica tenían una casi nula incidencia y, en cambio en el plano del derecho formal, contribuía a dar una imagen de hipertrofia de la importancia del ánimo del autor, cual si este fuera por sí solo, fundamento bastante de cualquier decisión punitiva.

Ello quiere decir se añade, que, el delito imposible y la tentativa inidónea, ya no son punibles por imperativo del artículo 4.1 del Código Penal vigente que no admite la aplicación de las leyes penales a casos distintos de los comprendidos en ellas, vedando, como es lógico, toda interpretación extensiva.

No obstante, existe ya una consolidada doctrina jurisprudencial, sentencias de 21 junio 1999, 13 de marzo 2000 según las que la tentativa inidónea, es punible en el Derecho vigente, pues la introducción del adverbio «objetivamente» en la definición de la tentativa en el artículo 16 del Código Penal vigente no limita los casos de las tentativas punibles a las idóneas. Por el contrario, «objetivamente» quiere significar que el plan o actuación del autor, «objetivamente» considerados, son racionalmente aptos para ocasionar el resultado.

Se trata de supuestos, se dice, en los que la intervención penal se justifica plenamente porque el autor ha decidido vulnerar el bien jurídico tutelado, a través de una acción que no resulta ajena a la órbita del tipo y utilizando medios generalmente idóneos, aun cuando no lo sean en el caso concreto. La concepción contraria equivaldría, prácticamente, a la opción, no aceptada por el legislador, de la despenalización de la tentativa, pues desde una perspectiva «*ex post*» toda tentativa implica, en cierto modo, un error de su autor sobre la idoneidad de la acción.

Ello dejaría impunes los supuestos de tentativas irreales o imaginarias, los delitos putativos, los delitos absolutamente imposibles por inexistencia de objeto y, en general, los casos de inidoneidad absoluta. Sin embargo, se incardinarían en la tentativa punibles los casos de inidoneidad relativa, es decir «aquellos en que los medios utilizados, objetivamente valorados «*ex ante*» y desde una perspectiva general, sean abstracta y racionalmente aptos para ocasionar el resultado típico».

En la misma dirección el AT 29-5-2003 C) Con respecto a la alegada existencia de un delito imposible por el empleo en la agresión de un arma de la que su propio poseedor había retirado previamente la munición, la propia Sala de Instancia analiza extensamente tal argumentación, para rechazarla correctamente, y aquí no cabe sino ratificar lo expresado en el fundamento jurídico primero de la Sentencia. Ciertamente esta Sala ha fijado jurisprudencialmente el criterio de que el delito imposible y la tentativa inidónea ya no son punibles –cfr. por todas, Sentencia de 28 de mayo de 1999–, y se excluyen, por tanto, de la reacción punitiva los casos de inidoneidad

absoluta, incluyéndose en este concepto –como señala la sentencia de esta Sala de 21 de junio de 1999 y reitera la 1866/2000, de 5 de diciembre– «los supuestos de tentativas irreales o imaginarias (cuando la acción es, en todo caso y por esencia, incapaz de producir el fin ilusoriamente buscado por su autor); los denominados «delitos putativos» (cuando el sujeto realiza una acción no tipificada penalmente, creyendo que sí lo está), error inverso de prohibición que en ningún caso podría ser sancionado penalmente por imperativo del principio de tipicidad; los supuestos de delitos absolutamente imposibles por inexistencia de objeto, que carecen de adecuación típica (de lesión o de peligro) y en general, los casos de inidoneidad absoluta.

Sin embargo, no es menos cierto que el Código Penal de 1995 no contiene una norma equivalente al artículo 52.2.º del Código Penal anterior, que sancionaba como tentativa «los casos de imposibilidad de ejecución o de producción del delito», y el artículo 16 del Código Penal ha redefinido la tentativa, añadiendo el adverbio «objetivamente» («practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado»), lo que quiere decir que el plan o actuación del autor, «objetivamente» considerados, sean racionalmente aptos para ocasionar el resultado, y son punibles, conforme a su actual definición típica, los casos que pueden calificarse de inidoneidad relativa –aun cuando esta denominación haya sido doctrinalmente criticada–, es decir, aquéllos en que los medios utilizados, «objetivamente» valorados «*ex ante*» y desde una perspectiva general, son abstracta y racionalmente aptos para ocasionar el resultado típico (de lesión o de peligro). Como dice la citada sentencia de 5 de diciembre de 2000 se trata de supuestos en los que «la intervención penal se justifica plenamente porque el autor ha decidido vulnerar el bien jurídico tutelado, a través de una acción que no resulta ajena a la órbita del tipo y utilizando medios generalmente idóneos, aun cuando no lo sean en el caso concreto. La concepción contraria equivaldría, prácticamente, a la opción, no aceptada por el legislador, de la despenalización de la tentativa, pues desde una perspectiva *ex post* toda tentativa implica, en cierto modo, un error de su autor sobre la idoneidad de su acción».

La STS 1326/2003, de 13-10, insistió en que el artículo 16.1 CP ha reedificado la tentativa al entender que ésta consiste en la realización de actos objetivamente encaminados a la realización plena del delito, si bien éste no llega a producirse, fijando la pena en el artículo 62.

Que los actos realizados sean objetivamente aptos o adecuados para la producción del resultado es exigencia prevista en el artículo 16.1, como ya se ha dicho, y tiene por consecuencia que la tentativa se vertebra alrededor de la idoneidad de los actos iniciados por el autor, existiendo como tal en los casos en los que se aprecie tal adecuación de los medios a fin apetecido, con lo que la pretendida impunidad de la tentativa por idoneidad relativo no es tal, manteniéndose en definitiva la situación del anterior CP, sólo que con distinta sistemática, de suerte que la tentativa irreal, imaginaria o inidónea absolutamente, queda extramuros del CP, como tentativa quedan fuera de la respuesta penal los llamados delitos putativos (el sujeto realiza una acción no tipificada penalmente, creyendo que lo está) o los «delitos» absolutamente imposibles por inexistencia de objeto, pero la inidoneidad relativa será punible como tentativa porque los medios serían los objetivamente adecuados para el fin apetecido en una valoración *ex ante* y desde una perspectiva general (STS 13-3-2000, 26-6-2000 y 2122/2002, de 20-1-2003)».

Criterio que ha sido reiterado en STS 630/2004, 1329/2004, de 19-11; 289/2007, de 4-4; 861/2007, de 24-10; 822/2008, de 4-12, y 963/2009, de 7-10) de modo que «solamente quedarían excluidos los casos en los que el autor, según su plan, hubiere acudido para realizarlo a medios absolutamente irreales o supersticiosos». La STS 1100/2011 de 27-10, insiste la tentativa para ser punible ha de revelar un mínimo



de peligrosidad. La tentativa no puede fundamentarse en criterios objetivos y subjetivos puros, sino que se impone una tesis ecléctica. Lo esencial es que la tentativa exprese una voluntad del autor hostil al Derecho, pero además, en cuanto la acción debe mostrarse como peligrosas *ex ante*, cabe fundamentar la tentativa también objetivamente en la concurrencia de un peligro, al menos abstracto para el bien jurídico. Esta peligrosidad de la acción es el mínimo requerido para la punibilidad de la tentativa (quedando excluida por la tentativa irreal) y así debe ser entendida la exigencia contenida en el artículo 16 de que los actos ejecutados «objetivamente deberán producir el resultado». Ello, ante la cuestión de si tras la reforma CP 1995 es punible la tentativa inidónea, la respuesta debe ser positiva en estos términos. El que sea objetivamente adecuada para producir la lesión significa que el plan del autor, objetivamente considerado, debe tener un fundamento racional, lo que permite excluir de la punibilidad de la tentativa las tentativas irreales o supersticiosas, pues en ellas el plan del autor nunca producirá racionalmente el resultado. Por tanto, para la punibilidad de la tentativa, basta haber ejecutado una acción abstractamente peligrosa para el bien jurídico. Este es el sentido de la exigencia contenida en el artículo 16 de que la acción objetivamente deba producir el resultado, esto es, basta con que en una perspectiva *ex ante* la acción aparezca como idónea o adecuada para producir lesión del bien jurídico a los ojos de un observador objetivo, esto es se acogerá en el ámbito de la tentativa toda actividad, que a un juicio de un observador objetivo, que conozca el plan concreto del autor, se muestre, según una concepción natural y normal de los hechos («*ut, quod prelumque accidit*»), como parte integrante y necesaria del comportamiento típico enjuiciado. Por ello, no es necesario un peligro concreto, esto es, que el bien jurídico contacte efectivamente con la acción peligrosa. Y por último el acuerdo de Sala General de 25-4-2012 fijó que «el artículo 16 CP no excluye la punición de la tentativa inidónea cuando los medios utilizados valorados objetivamente *ex ante* son abstracta y racionalmente aptos para ocasionar el resultado típico».

Ahora bien, la no concurrencia de alguno de los elementos del tipo objetivo, que impide la consumación del hecho, debe deberse a causas distintas de la voluntad del autor, pues de acuerdo con lo prevenido en el artículo 16, «quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado, quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueran ya constitutivos de otro delito o falta». La esencia del desistimiento es, pues, la evitación voluntaria de la consumación del delito, esto es, la existencia de un *actus contrarius* del autor que comenzó la ejecución del delito que neutraliza la progresión del acontecer delictivo hacia la lesión del bien jurídico.

(...) Aplicando tal doctrina al caso debatido, el comportamiento del recurrente, en todos sus actos, hubiese podido llevar inexorablemente a la consumación del resultado.

(...) Plantea a continuación el recurrente la aplicación de la garantía del *non bis in idem*, al entender que no cabe su condena como autor de un delito de captación de menor para elaborar material pornográfico, artículo 189.1 a), para luego utilizar el mismo material –y no otro distinto– para condenarle por un delito de tenencia de material pornográfico infantil para su propio uso, artículo 189.5, por considerar que la argumentación de la sentencia recurrida para desestimar su pretensión «que una y otra acción fueron hechas de modo independiente por el acusado, pues no se limitó a obtener las fotografías sino que las guardó para tenerlas a su disposición de modo permanente» no es suficiente, pues ambas conductas provienen de una misma acción.

La pretensión del recurrente no debe merecer favorable acogida.

El artículo 189.2, introducido por LO 15/2003, castigaba al que para su propio uso poseyera material pornográfico en cuya elaboración se hubieran utilizado menores de edad o incapaces.

La STS 674/2009, de 20-5, señaló como elementos de este delito:

a) una posesión de material pornográfico, en cuya elaboración se hubieran utilizado menores o incapaces, lo que se integra mediante el concepto de pornografía junto al dato de la aparición de menores o discapacitados, dentro de un escenario sexual que es el objeto de su protección, a través de Convenios Internacionales sobre esta materia, particularmente la protección del niño.

b) que este material se tenga para uso personal de quien lo almacena, excluyéndose cualquier actividad que suponga producción o difusión, es decir, algunas de las modalidades de producir, vender, distribuir, exhibir, o facilitar estas actividades por cualquier medio, o la mera posesión para esos fines.

c) un elemento subjetivo, constituido por el dolo del agente, que aquí bastaría con la conciencia de que se pone en un sistema o terminal tales archivos que constituyen pornografía infantil.

La reforma operada por LO 1/2015, de 30-3, trasladó este delito al apartado 5.º con algunos retoques técnicos, castigando al que para su propio uso adquiera o posea pornografía infantil o en cuya elaboración se hubieran utilizado personas con discapacidad, necesitadas de especial protección. Añadiendo un segundo apartado, castigando con la misma pena –tres meses a un año de prisión o multa de seis meses a dos años– a quien acceda a sabiendas de pornografía infantil o en cuya elaboración se hubieran utilizado personas con discapacidad necesitadas de especial protección.

La STS 1377/2011, de 19-12, recordó que este delito responde al Convenio de Budapest sobre cibercrimen que recoge la producción, ofrecimiento, difusión, el hecho de procurar a otro, y la posesión de pornografía infantil a través de un sistema informático. Conductas estas que las partes se comprometen a reprimir por medio de sanción penal, siempre que se realicen dolosamente.

La posesión en sí puede materializarse en cualquier clase de soporte que el estado de la tecnología permita y la diferencia de la posesión descrita, en el artículo 189.1 b), radica en la presencia o ausencia de un particular elemento subjetivo de lo injusto, la finalidad para uso personal, frente a la finalidad de tráfico o difusión.

El delito consiste en la posesión o tenencia, por consiguiente en las hipótesis de que el sujeto se limite al visionado o audición de contenido pornográfico, como puede ser a través de la técnica conocida como *streaming* o de material ajeno no dominado por el sujeto, no existirá la conducta típica. Es necesario que se imprima o se grabe de algún modo y el usuario pueda acceder a él automáticamente.

Ahora bien, independientemente de los problemas de prueba que plantea y de las críticas doctrinales a este precepto, pues frente a quienes lo critican por entender que va en contra de los principios de intervención mínima y seguridad del derecho penal, otro sector doctrinal justifica penalizar esta serie de comportamientos, ya que la tenencia de pornografía infantil es peligrosa para el bien jurídico en la medida en que se estimula, mediante su adquisición, posteriores conductas lesivas para la libertad e indemnidad sexual de menores o incapaces, y se trata, en definitiva, de actuar sobre la demanda de pornografía de estas características para influir en la oferta.

En el caso presente, la actuación del acusado no se limitó a captar para la elaboración de material pornográfico utilizando a una menor de 16 años, sino que, obtenido dicho material, lo conservó para tenerlo a su disposición de modo permanente, tal como se constató en los archivos informáticos existentes en los teléfonos móviles del

acusado con fotografías y vídeos de la menor (29 archivos fotográficos) en respuesta a las peticiones del acusado, alguno de ellos de carácter sexual explícito en el que se observa a la menor desnudándose y mostrando partes íntimas de su cuerpo.

Conducta esta que excede de la tipificada en el artículo 189.1 a), y que como tal debe pensarse por separado.

(...) En cuanto a la opción del recurrente de que si la relación virtual mantenida por el mismo con la menor (...) lo que pretendía era el encuentro sexual con ella (no conseguido) y las imágenes pornográficas de la menor (sí conseguidas), la aplicación del artículo 8.1 CP implicaría, en virtud del principio de especialidad, que la condena no debió ser por el 183 ter 1 y 189.1 a) penados separadamente, sino por el 183 ter 1 y 183 ter 2 (...) precepto este especial frente a la captación general del artículo 189.1, pero del que no se ha formulado acusación alguna, por lo que no sería posible la condena por este delito, y la sentencia solo debió condenar como autor de un delito del artículo 183 ter 1.

La defensa pretende que se excluya la subsunción de la conducta del acusado en el tipo penal del artículo 189 (apartados 1 a) y 2 a) dado que la misma debía incluirse en el nuevo delito de embaucamiento previsto en el artículo 183 ter 2 –cuya aplicación entiende, no obstante, no factible al no haberse formulado acusación por el mismo–, dado que lo que podría admitirse, en su caso, es que lo realizado por el recurrente fue contactar con la menor de 16 años y ejecutar actos dirigidos a embaucarle para que le facilitara material pornográfico o le mostrase imágenes pornográficas en las que se representa a la menor. Se trataría pues, de acciones embaucadoras para obtener material pornográfico propio del menor, no para la elaboración como expresa el artículo 189.1, con lo cual, la penalidad aplicable ha de fijarse en abstracto en un techo de dos años, con la consiguiente reducción derivada de la apreciación de la atenuante cualificada acogida en la instancia.

El nuevo tipo penal artículo 183 ter 2, se refiere al fenómeno criminal conocido como *sexting*, neologismo que aparece integrado por las palabras en inglés «sex» y «texting» –envío de mensajes– en este caso de fotografías propias con contenido sexual que se remiten vía Internet a terceras personas por menor de edad. Sin embargo la calificación jurídica alternativa que propone mediante la aplicación de este precepto es claro que no puede admitirse. Como ya hemos dicho, este nuevo delito tipifica conductas consistentes en contactar con menores de 16 años, a través de internet, teléfono o cualquier otra tecnología de la información y la comunicación y realizar «actos dirigidos a embaucarle» para que le facilite o le muestre imágenes pornográficas en las que aparezca o se muestre un menor, ya sea él mismo o, en su caso, un tercero. Y ello no es lo que en nuestro caso sucede, habida cuenta que el acusado no se limitó a realizar actos dirigidos a embaucarle, sino que realmente ha ido mucho más lejos, puesto que consiguió embaucarle y además obtuvo la materialización del resultado del embaucamiento en la medida en que consiguió de la menor imágenes sexuales y otras actitudes calificables como pornográficas, que constan en los hechos probados.

Por consiguiente, el acusado no solo realizó actos preparatorios del tipo penal del artículo 189 del texto punitivo (según algún sector doctrinal se trataría de una auténtica tentativa) sino que además ejecutó actos específicamente comprendidos dentro de ese precepto, dado que utilizó a la menor con fines pornográficos o exhibicionistas y para que le elaborara material pornográfico integrado por las imágenes de la propia menor a la que acosaba mediante sus contactos a través de internet. No se limitó, por tanto, a realizar los actos preparatorios previos a la comisión del delito previsto en el artículo 189 del CP, que es en lo que sustancialmente consiste el nuevo tipo penal de

embaucamiento (vid. STS 151/2019, de 21-3) sino que alcanzó el resultado material de pornografía infantil que prevé el referido precepto y además en la modalidad agrava de su apartado 2 a).

Siendo así, el juicio de subsunción que realizó el tribunal sentenciador se ajusta a las exigencias típicas del artículo 189 y rebasa claramente las previstas en el nuevo artículo 183 ter 2 CP.

(STS 916/2021, de 24 noviembre)

## ARTÍCULO 197 CP

*Descubrimiento y revelación de secretos: acceso por el empresario a ordenador de trabajador y a cuenta de correo electrónico personal que en él había instalado, obteniendo información privada del trabajador, sin haber convenido previamente el sacrificio de su ámbito de privacidad y sin que la infracción disciplinaria grave que supone la utilización privada de los medios productivos puestos a disposición del trabajador justifique la intromisión.*

1. El argumentario que hace valer el motivo pivota sobre dos ideas clave.

De una parte, la indebida aplicación del artículo 197.1 CP estaría originada por la ausencia de dolo. No se habría colmado el tipo subjetivo de ese delito, pues la conducta (...) no buscaba de forma preordenada vulnerar los secretos o la intimidad (...), sino ejercitar las facultades de inspección que las normas laborales le conceden para fiscalizar la adecuada utilización de los medios productivos puestos al alcance de los trabajadores de su empresa.

Por otro lado, de haberse producido esa injerencia –que nunca fue intencionada– habría estado justificada por razones de idoneidad, proporcionalidad y necesidad, lo que determinaría la inexistencia del delito por el que se ha impuesto la condena.

(...) Nada se dice acerca de un posible acuerdo que advirtiera *ex ante* de la capacidad del empresario para fiscalizar el correo electrónico del trabajador. Se silencia toda mención a un posible apoyo contractual o a un acuerdo de negociación colectiva para excluir cualquier expectativa de privacidad (...). Si bien se mira, lo que postula la defensa no es otra cosa que la concurrencia de una causa de exclusión de la antijuridicidad vinculada al ejercicio legítimo de un derecho (art. 20.7 CP).

4. Son muchos los supuestos en los que la adecuada delimitación del contenido material de un derecho fundamental exige una respuesta que dé solución a la tensión generada por la convergencia de otros derechos que puede obligar a restringir, incluso sacrificar, uno de ellos. En tales casos, se impone un ejercicio ponderativo que exige del órgano jurisdiccional atender de modo preferente al rango axiológico de los derechos que entran en conflicto.

El supuesto que hoy centra nuestra atención es un ejemplo paradigmático de esa fricción generada por el derecho del trabajador a su propia intimidad y la facultad del acusado, el empresario (...), de fiscalizar el uso adecuado de los elementos productivos puestos a disposición de su empleado. Ambos derechos tienen un reconocimiento normativo explícito. En efecto, las leyes laborales otorgan al empresario la capacidad de organización del trabajo. Además, le reconocen la facultad de control y vigilancia sobre el cumplimiento contractual –cfr. artículos 5 a) y c) y 20.1.2 y 3 del Estatuto de los Trabajadores aprobado por RDL 2/2015, 23 de octubre, que derogó el RDL 1/1995, 24 de marzo–. En definitiva, el empresario goza de la capacidad para adoptar las

medidas que aseguren la adecuada utilización del material puesto a disposición del trabajador. Y este poder de dirección, imprescindible para la buena marcha de la organización productiva, no es ajeno a los derechos proclamados en los artículos 33 y 38 de la CE (cfr. SSTC 170/2013; 98/2000; 186/2000 y 241/2012, entre otras). Pero el trabajador es también titular –claro es– de una serie de derechos constitucionales de alto nivel axiológico y que no pueden ser sacrificados, sin matices, por la simple suscripción de un contrato de trabajo, entre ellos, los derechos a la inviolabilidad de las comunicaciones (art. 18.3 CE) y a la intimidad (art. 18.1 CE).

La solución histórica ofrecida por el derecho laboral para resolver esa tirantez era puramente convencional y estaba ajustada al limitado potencial invasivo que hasta entonces era imaginable. La inclusión de la capacidad del empresario de efectuar, siempre bajo determinadas condiciones, registros «... sobre la persona del trabajador, en sus taquillas y efectos particulares, cuando sean necesarios para la protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa, dentro del centro de trabajo y en horas de trabajo» (art. 18 Estatuto de los Trabajadores), era una de las manifestaciones de la fórmula más clásica de solución.

Sin embargo, la capacidad de injerencia que permite la utilización de las nuevas tecnologías ha redimensionado los términos en los que históricamente se suscitaba el problema. El uso de ordenadores y comunicaciones telemáticas ya no define un escenario de vanguardia. Forma parte del día a día de la práctica totalidad de las empresas.

La mejor muestra de esa radical ruptura con la visión más clásica de este escenario de tensión la ofrecen dos preceptos que, aun moviéndose en el terreno de lo programático, reflejan la voluntad legislativa de superar un cuadro jurídico afectado, ya desde hace tiempo, por la obsolescencia.

La Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos personales y garantía de los derechos digitales, en su artículo 87 dispone: «1. Los trabajadores y los empleados públicos tendrán derecho a la protección de su intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por su empleador; 2. El empleador podrá acceder a los contenidos derivados del uso de medios digitales facilitados a los trabajadores a los solos efectos de controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales o estatutarias y de garantizar la integridad de dichos dispositivos; 3. Los empleadores deberán establecer criterios de utilización de los dispositivos digitales respetando en todo caso los estándares mínimos de protección de su intimidad de acuerdo con los usos sociales y los derechos reconocidos constitucional y legalmente. En su elaboración deberán participar los representantes de los trabajadores. El acceso por el empleador al contenido de dispositivos digitales respecto de los que haya admitido su uso con fines privados requerirá que se especifiquen de modo preciso los usos autorizados y se establezcan garantías para preservar la intimidad de los trabajadores, tales como, en su caso, la determinación de los períodos en que los dispositivos podrán utilizarse para fines privados. Los trabajadores deberán ser informados de los criterios de utilización a los que se refiere este apartado».

El artículo 20 bis del Estatuto de los Trabajadores, reformado simultáneamente por la disposición final decimotercera, ha quedado, por su parte, con la siguiente redacción: «Los trabajadores tienen derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador, a la desconexión digital y a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales».

Y es aquí donde surgen los interrogantes que vienen siendo abordados por el orden jurisdiccional laboral y penal, con la obligada referencia que ofrecen la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el TEDH.

5. La cuestión que abordamos ha sido ya objeto de tratamiento por esta Sala. Y lo ha sido mediante dos sentencias que advierten de los importantes matices que impone la complejidad del problema suscitado.

Se trata de las sentencias 528/2014, 16 de junio y 489/2018, 23 de octubre. El valor de la perspectiva asumida por la jurisdicción laboral era –y sigue siendo– incuestionable, en la medida en que incorpora su propio juicio ponderativo para resolver la confluencia de derechos que convergen en distinta dirección. Pero lo hace, en todos los casos, en la búsqueda de una respuesta a la alegación sobre la ilicitud probatoria de la principal fuente de prueba con la que se pretende respaldar la corrección de un despido.

Es entendible, por tanto, que nuestra primera resolución (STS 528/2014, 16 de junio) abordara el problema reivindicando esa diferente perspectiva y postulando un criterio valorativo propio, de suerte que la fórmula ofrecida por la jurisdicción social, pese al aval de la jurisprudencia constitucional, limitara su efecto al ámbito que le es propio. Decíamos entonces que «...en modo alguno, procede que se extiendan (esos criterios) al enjuiciamiento penal, por mucho que en éste la gravedad de los hechos que son su objeto, delitos que en ocasiones incluso constituyen infracciones de una importante relevancia, supere la de las infracciones laborales a partir de las que, ante su posible existencia, se justifica la injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones del sospechoso de cometerlas».

La cita del artículo 18.3 de la CE y la excepcionalidad de la injerencia en el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones, limitada a la autorización judicial, daba pie a reivindicar el carácter absoluto de este derecho frente a actos contractuales de tolerancia. Lo expresábamos señalando que aquel precepto constitucional: «...no contempla (...) ninguna posibilidad ni supuesto, ni acerca de la titularidad de la herramienta comunicativa (ordenador, teléfono, etc. propiedad de tercero ajeno al comunicante), ni del carácter del tiempo en el que se utiliza (jornada laboral) ni, tan siquiera, de la naturaleza del cauce empleado («correo corporativo»), para excepcionar la necesaria e imprescindible reserva jurisdiccional en la autorización de la injerencia. [...] Tampoco una supuesta «tácita renuncia» al derecho, como a la que alude la Audiencia (...) puede convalidar la ausencia de intervención judicial, por un lado porque obviamente dicha «renuncia» a la confidencialidad, o secreto de la comunicación, no se produce ni es querida por el comunicante que, de conocer sus consecuencias, difícil es imaginar que lleve a cabo la comunicación objeto de intervención y, de otra parte, porque ni aun cuando se entienda que la «renuncia-autorización» se haya producido resultaría operativa ya que, a diferencia de lo que ocurre con la protección del derecho a la inviolabilidad domiciliaria (art. 18.2 CE), nuestra Carta Magna no prevé, por la lógica imposibilidad para ello, la autorización del propio interesado como argumento habilitante para la injerencia».

A partir de esas premisas, la Sala proclamaba el carácter indispensable de la autorización judicial para acceder a las comunicaciones personales del trabajador, única vía posible para alzar la barrera de protección que es inherente al derecho que consagra el artículo 18.3 de la CE: «...no se trata, por supuesto y en definitiva, de impedir la utilización de medios de investigación tan útiles para el descubrimiento de conductas gravemente reprochables sino, tan sólo, de dar cumplimiento a las previsiones constitucionales rectoras de un procedimiento tan invasivo en derecho de semejante trascendencia para los ciudadanos, resultando, a tal efecto, imprescindible, como decimos, la autorización y el control que sólo el Juez puede dispensar en nuestro ordenamiento, incluso según la legislación laboral, que al menos aparentemente sigue el mismo criterio de clara vocación judicial (vid. art. 76.4, en relación con

el 90.2 y 4 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción social, en cuya concreta interpretación y alcance no nos compete entrar aquí).

Por consiguiente, bien claro ha de quedar que, en el ámbito del procedimiento penal, el que a nosotros compete, para que pueda otorgarse valor y eficacia probatoria al resultado de la prueba consistente en la intervención de las comunicaciones protegidas por el derecho consagrado en el artículo 18.3 de la Constitución, resultará siempre necesaria la autorización e intervención judicial».

La exigencia de autorización judicial para legitimar el acceso del empresario a las comunicaciones personales del trabajador quedaba así vinculada a lo que podría calificarse como el contenido material del derecho al secreto de las comunicaciones. Quedaban fuera de esa protección reforzada «...los denominados “datos de tráfico” o incluso de la posible utilización del equipo informático para acceder a otros servicios de la red como páginas web, etc., de los mensajes que, una vez recibidos y abiertos por su destinatario, no forman ya parte de la comunicación propiamente dicha, respecto de los que rigen normas diferentes como las relativas a la protección y conservación de datos (art. 18.4 CE) o a la intimidad documental en sentido genérico y sin la exigencia absoluta de la intervención judicial (art. 18.1 CE)».

(...) La sentencia 528/2014, 16 de junio, ofreció la primera solución de esta Sala para fijar el alcance y los límites del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones, tanto en el momento de formular el juicio de tipicidad del artículo 197.1 del CP como a la hora de pronunciarnos sobre la alegada ilicitud probatoria de un acceso al ordenador del empleado carente de autorización judicial.

Y la fórmula que sustraña del régimen de protección reforzada aquellos otros datos no asimilables conceptualmente con el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones –derecho a la autodeterminación informativa y derecho a la intimidad– ha venido ofreciendo una solución respaldada por la jurisprudencia constitucional y la dogmática.

Por consiguiente, desde el ángulo analítico de nuestra primera resolución, a diferencia de lo que debería acontecer con el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones –que sólo puede quedar limitado por una autorización judicial– el derecho a la intimidad y a la protección de datos sería siempre susceptible de negociación, hasta el punto de que empresario y trabajador podrían fijar los términos de la fiscalización y los límites a la intromisión en ese espacio de intimidad del trabajador.

Así lo venía entendiendo la jurisprudencia constitucional. La STC 170/2013, 7 de octubre, recordaba que «...lo que garantiza el artículo 18.1 CE es el secreto sobre nuestra propia esfera de vida personal, excluyendo que sean los terceros, particulares o poderes públicos, los que delimiten los contornos de nuestra vida privada (STC 159/2009, de 29 de junio, FJ 3; o SSTC 185/2002, de 14 de octubre, FJ 3; 93/2013, de 23 de abril. En cuanto a la delimitación de ese ámbito reservado, hemos precisado que la «esfera de la intimidad personal está en relación con la acotación que de la misma realice su titular, habiendo reiterado este Tribunal que cada persona puede reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena»; en consecuencia «corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno» (STC 241/2012, de 17 de diciembre, de tal manera que «el consentimiento eficaz del sujeto particular permitirá la inmisión en su derecho a la intimidad» (STC 173/2011, de 7 de noviembre, FJ 2).

Ese ámbito de la intimidad, así definido, también alcanza a las relaciones personales que se derivan del vínculo laboral. No es exclusivo del deseo de blindar nuestro ámbito doméstico frente a injerencias de los poderes públicos. En palabras del Tribunal Constitucional: «...también hemos declarado que la intimidad protegida por el ar-

título 18.1 CE no se reduce a la que se desarrolla en un ámbito doméstico o privado; existen también otros ámbitos, en particular el relacionado con el trabajo o la profesión, en que se generan relaciones interpersonales, vínculos o actuaciones que pueden constituir manifestación de la vida privada (STC 12/2012, de 30 de enero, FJ 5). Por ello expresamente hemos afirmado que el derecho a la intimidad es aplicable al ámbito de las relaciones laborales (SSTC 98/2000, de 10 de abril, FFJJ 6 a 9; 186/2000, de 10 de julio, FJ 5)».

En suma, el potencial menoscabo del derecho a la intimidad en aquellas ocasiones en las que la empresa accede a información no vinculada a un proceso de comunicación, quedaría excluido siempre que empresario y trabajador hayan definido de forma anticipada sus respectivos espacios de fiscalización y de legítimo ejercicio de aquel derecho.

La dificultad que ofrece esta solución está ligada, desde luego, a las dudas para discernir qué contenidos de la información obtenida por el empresario están conectados a comunicaciones constitucionalmente protegidas por la garantía jurisdiccional y cuáles quedan fuera de su ámbito. Dicho con otras palabras, dónde termina la intimidad y dónde empieza la inviolabilidad de las comunicaciones. De hecho, serán muchas las ocasiones en las que la propia configuración del programa de gestión del correo electrónico alentarán la incertidumbre para resolver qué mensaje está todavía en fase de comunicación y cuál ha pasado a convertirse en un documento protegido sólo por el derecho a la intimidad.

Y aunque no siempre con la deseada uniformidad, la jurisprudencia constitucional ha proclamado este criterio. Así, la STC 70/2002, 3 de abril señaló que «...la protección del derecho al secreto de las comunicaciones alcanza al proceso de comunicación mismo, pero finalizado el proceso en que la comunicación consiste, la protección constitucional de lo recibido se realiza en su caso a través de las normas que tutelan la intimidad u otros derechos». La misma tesis fue acogida por la STC 123/2002, 20 de mayo, que insistió en la idea de que, finalizada la comunicación, la protección constitucional del derecho al secreto de las comunicaciones, en concreto, de lo recibido, se escapa del ámbito del artículo 18.3 de la CE, pasando a residenciarse en el esquema de protección constitucional del derecho a la intimidad (art. 18.1 CE). Y este criterio ha sido acogido, entre otras, en las SSTS 1235/2002, 27 de junio o 1647/2002, 1 de octubre.

7. Muchas de estas dificultades se han visto allanadas por la jurisprudencia del TEDH, de la que se ha hecho eco nuestra sentencia 489/2018, 23 de octubre: «... hito reciente y extremadamente relevante de la jurisprudencia recaída en esta materia viene constituido por la STEDH de 5 de septiembre de 2017 (Gran Sala): asunto Barbulescu. (...) Otras sentencias posteriores del mismo órgano, inciden también en esta temática aunque de forma oblicua (videovigilancias: SSTEDH de 28 de noviembre de 2017 asunto Antović y Mirković de 9 de enero de 2018 asunto López Ribalda; o también examen de un ordenador, asunto Libert, STEDH de 22 de febrero de 2018).

No puede decirse que la sentencia Barbulescu II sea totalmente rupturista con los criterios que han ido cristalizando en nuestra jurisprudencia (...). Pero aporta y concreta al establecer con diáfana claridad parámetros de inexcusable respeto empujando a nuevas modulaciones y matizaciones que ya han aparecido en la jurisprudencia laboral (STS –Sala 4.ª– 119/2018, de 8 de febrero, que realiza una síntesis clara e íntegramente trasladable al ámbito penal del estado de la cuestión tras Barbulescu).

Acudiendo a la clásica técnica, se habla de la insoslayable necesidad de ponderar los bienes en conflicto. De una parte, el interés del empresario en evitar o descubrir



conductas desleales o ilícitas del trabajador. Prevalecerá sólo si se atiende a ciertos estándares que han venido a conocerse como el test *Barbulescu*.

Se enuncian criterios de ponderación relacionados con la necesidad y utilidad de la medida, la inexistencia de otras vías menos invasivas; la presencia de sospechas fundadas... Algunos se configuran como premisas de inexcusable concurrencia. En particular, no cabe un acceso in consentido al dispositivo de almacenamiento masivo de datos si el trabajador no ha sido advertido de esa posibilidad y/o, además, no ha sido expresamente limitado el empleo de esa herramienta a las tareas exclusivas de sus funciones dentro de la empresa (los usos sociales admiten en algún grado y según los casos, como se ha dicho, el empleo para fines personales, creándose así un terreno abonado para que germine una expectativa fundada de privacidad que no puede ser laminada o pisoteada).

El resto de factores de ponderación entrarán en juego para inclinar la balanza en uno u otro sentido solo si se cuenta con ese presupuesto. En otro caso, habrá vulneración aunque exista necesidad, se use un método poco invasivo, etc.».

8. Examinado el relato de hechos probados de la sentencia recurrida, se observa que no existe ningún presupuesto fáctico que permita apreciar la concurrencia de una causa de justificación excluyente de la antijuridicidad. El acusado no ejerció de forma legítima ningún derecho. Ni la compartida utilización de las claves corporativas, ni la definición en el convenio colectivo, como infracción disciplinaria grave, de la utilización de los medios productivos puestos a disposición del trabajador, son suficientes para legitimar la grave intromisión del empleador en la cuenta particular (...).

(...) 9. El punto de partida de nuestro análisis admite, no ya la flexibilidad para tolerar la fiscalización de los actos inicialmente protegidos por el derecho a la intimidad, sino la capacidad para extender ese ámbito de negociación al derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones, excluyendo la imperatividad de la autorización judicial para justificar la intromisión. Empresario y trabajador pueden fijar los términos de ese control, pactando la renuncia, no ya a la intimidad, sino a la propia inviolabilidad de las comunicaciones. Y allí donde exista acuerdo expreso sobre fiscalización, se estará excluyendo la expectativa de privacidad que, incluso en el ámbito laboral, acompaña a cualquier empleado.

Pero la exclusión de esa expectativa ha de ser expresa y consciente, sin que pueda equipararse a ésta una pretendida renuncia derivada de la voluntad presunta del trabajador. El trabajador que conoce la prohibición de utilizar para fines particulares los ordenadores puestos a su disposición por la empresa y, pese a ello, incumple ese mandato, incurre en una infracción que habrá de ser sancionada en los términos que son propios de la relación laboral. Pero esa infracción no priva al trabajador que incurre en ella de su derecho a definir un círculo de exclusión frente a terceros, entre los que se incluye, desde luego, quien le proporciona esos medios productivos. De admitir esa artificial asimilación a la hora de pronunciarnos sobre la legitimidad de la injerencia, estaríamos olvidando la propia naturaleza del contrato de trabajo por cuenta ajena. Los elementos de disponibilidad del derecho fundamental a la intimidad y a la inviolabilidad de las comunicaciones no pueden abordarse con quiebra del principio de proporcionalidad. De hecho, la efectiva vigencia de aquellos derechos del trabajador no puede hacerse depender exclusivamente de un pacto incondicional de cesión en el que todo se vea como susceptible de ser contractualizado.

(STS 328/2021, de 22 abril)

## ARTÍCULO 197.7 CP

*Descubrimiento y revelación de secretos. Sexting: exhibir a dos personas la imagen de una menor de 15 años masturbándose que la misma le había enviado cuando eran pareja. Diferencia con delito de pornografía infantil. No se requiere la exhibición a una pluralidad de personas, bastando sólo con una.*

Estos hechos (...) tienen mejor encaje típico en el delito denominado *sexting* del artículo 197.7 CP, como más tarde explicaremos, en lugar de hacerlo en el delito de exhibición de material pornográfico elaborado con menores del artículo 189.1.b) CP.

La comisión del artículo 197.7 CP en su modalidad de exhibición o revelación no requiere ningún elemento subjetivo específico. Habría que ir al patrón objetivo que fija el tipo simplemente de que «la divulgación menoscaba gravemente la intimidad personal de una persona». Y ello puede darse, y *de facto* se da, si en este caso el recurrente exhibe o revela la imagen que, voluntariamente, «pero para él, y su uso personal, no para exhibición a terceros», le había enviado la víctima.

Con esta acción de enviarle su imagen, de contenido pornográfico, no se está despojando la víctima de su intimidad y «entregándola gratuitamente» a quien le manda la fotografía o el vídeo de contenido sexual, sino que se la manda exclusivamente para él, y su uso personal. Existe consentimiento en el envío, pero no en la exhibición, o revelación.

Es suficiente para consumir el tipo con un dolo genérico que comprenda el conocimiento de que se trata de una imagen de la naturaleza que en este caso concurre y de que quien allí aparece es una menor de edad, dolo genérico que indudablemente concurre en el acusado, que exhibió aquella fotografía.

El contenido de las fotografías no desvela solo una desnudez, aunque ello ya hubiera conllevado, también, el tipo penal, como destacamos en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 70/2020 de 24 Feb. 2020, Rec. 3335/2018, sino actos de contenido sexual, y, por ende, pornográfico en la que se implica a un menor, lo que permite colmar el reproche penal, en este caso por la vía más adecuada del artículo 197.7 CP.

Indudablemente que el contenido de los hechos probados evidencia la conducta de exhibición de la fotografía (...) a dos personas de contenido pornográfico de una menor, pero en el juicio de tipicidad resulta más adecuado, en las circunstancias en que se produjeron los hechos, su ubicación en el delito del artículo 197.7 CP. Y ello, por cuanto le favorece al recurrente la ubicación en este tipo penal en el que con los mismos hechos probados ocurridos antes de la entrada en vigor de la LO 1/2015 favorece al acusado en el ámbito penológico como luego veremos.

Además, las circunstancias de «colaboración» en el envío de la imagen voluntariamente de la menor al adulto implican este beneficio penal que provoca una *vis* atractiva del tipo del artículo 197.7 CP que la condena por la que se opta del artículo 189.1.b) CP contemplada para hechos más graves adaptados a las acciones que fija este tipo penal del que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere, ofreciere o facilitare la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de pornografía infantil. Ciertamente y verdad que el tipo citado incluye la exhibición, pero la declaración del hecho probado en un contexto más puntual de enseñar la fotografía recibida voluntariamente por la propia víctima nos sitúa en una gradación de menor reproche penal que las conductas que el legislador quiso situar bajo el marco punitivo del artículo 189.1 b) CP.

Es por ello, por lo que la descripción de unos hechos que arrancan de la voluntariedad de la víctima en el envío del contenido sexual y pornográfico y el uso puntual

que hizo el recurrente se ubican mejor en el espacio típico del *sexting* que en el marco del tipo penal por el que se produce la condena.

La imagen exhibida por el acusado representaba (...) una conducta sexualmente explícita, pues no otra consideración puede tener la introducción de los dedos en la vagina, hecho cuya representación en la imagen se declara asimismo probada. La fotografía tiene un contenido pornográfico, incluso, aunque no se exija ahora en el tipo del artículo 197.7 CP. Y esto es importante, aunque el marco de los hechos probados lo degrada a la figura del artículo 197.7 CP y tiene operatividad en beneficio del reo por ser posterior a los hechos, para permitir una mejor ubicación de la conducta declarada probada.

Resulta evidente que la descripción del contenido de la fotografía (...) en la actitud que consta es material que afecta gravemente a la intimidad personal de la víctima.

Se trata de proteger a los menores, y también a los adultos, con el tipo penal del artículo 197.7 CP y evitar la difusión, exhibición o revelación a terceros de fotografías que les comprometan en el terreno de su privacidad, intimidad, y en este caso de su propia sexualidad, ya que la víctima solo cedía la imagen al recurrente pero sin autorizar su difusión a terceros. Pero, pese a ello, el autor lo hizo y está probado.

(...) le envió la fotografía al recurrente para él, no para que la exhibiera a terceros, siendo irrelevante el alegato del recurrente de que lo hizo para «demostrarles» que (...) seguía con él, lo cual no excluye la comisión delictiva, ya que el tipo no admite una especie de construcción de «excusa absolutoria» que el recurrente pretende construir acerca de la razón de la «exhibición» de la fotografía.

La indiferencia del recurrente en no conocer el alcance de su acción no le exonera de su responsabilidad, por cuanto la acción se lleva a cabo por la exhibición de ese material pornográfico, cual era la fotografía, que afectaba gravemente a la intimidad personal de la menor, y más en un núcleo poblacional reducido, como era la localidad donde vivían, con lo que el efecto expansivo de las imágenes puede tener más daño potencial que en una localidad mayor, ya que el ámbito de los «conocidos» es mucho mayor que los «desconocidos», y, por ello, la potencialidad destructiva de la imagen provoca una gravedad mayor en la intimidad personal de la víctima.

El recurrente debía ser consciente del riesgo que tenía para el bien jurídico protegido lo que estaba haciendo, que era, nada menos, que exhibir o revelar a terceros una fotografía de una menor en una actitud claramente pornográfica, sin ser admisible una excusa tendencial a «justificar» por qué estaba enseñando esa fotografía a dos personas, cuando, en todo caso, esa fotografía se la envió (...) para él solo, no para enseñarla a terceros, para lo cual alega que quería demostrar que estaba con él, lo que es irrelevante.

La exhibición o revelación de la fotografía de una menor en posición o actitud pornográfica, como aquí ha ocurrido respecto a la conducta sexual, integra, al menos, el tipo penal del artículo 197.7 CP, que beneficia al reo por retroactividad de lo favorable, y esto es lo que describen los hechos probados, sin ser preciso que se exhiban a una pluralidad de personas (se declara probado que se exhibe a dos) y con independencia de que se entregue voluntariamente, aunque en este caso se describe una conducta de intercambio, pero con destino de uso personal, sin autorización de exhibición.

Precisamente, es la exhibición de las fotografías que le había mandado lo que integra la «preocupación» de la víctima para acceder a los deseos del recurrente y que le lleva a éste a plantear que la relación no se rompe en agosto de 2014, y alega que siguieron con la relación, cuando no es eso lo que reflejan los hechos probados, sino que la relación posterior a esa fecha estuvo «mediatizada» por la presión psicológica

del recurrente a la víctima de que, o seguía teniendo contacto con él, incluyendo, al menos, diez accesos carnales, o enseñaba las fotografías que ella le había mandado (a requerimiento de él o por su voluntad, lo que es irrelevante). No obstante, él ya lo había hecho a dos personas, lo que integra el tipo penal que ahora se fija del artículo 197.7 CP.

Por todo ello, habida cuenta que se aplica y sigue el criterio más beneficioso de ponderar la aplicación retroactiva del artículo 197.7 CP en lugar del más grave del artículo 189.1 b) en beneficio del reo, es preciso fijar y sistematizar los requisitos que esta Sala (Sentencia 70/2020 de 24 Feb. 2020, Rec. 3335/2018) ha fijado en orden a la aplicación de este tipo penal introducido por la LO 1/2015, a saber:

1. La acción nuclear.

La acción nuclear consiste en difundir imágenes «obtenidas» con el consentimiento de la víctima en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros. El vocablo «obtener» –según el diccionario de la RAE– es sinónimo de alcanzar, conseguir, lograr algo, tener, conservar y mantener. Resulta muy difícil sostener que cuando esas imágenes se remiten por la propia víctima y se alojan en el móvil del destinatario, en realidad, no se consiguen, no se logran, no se tienen, no se conservan o no se mantienen.

2. El origen de la captación u obtención de la imagen o vídeo y el consentimiento de la víctima en el envío.

La obtención de las imágenes o grabaciones audiovisuales que, en todo caso, ha de producirse con la aquiescencia de la persona afectada, puede tener muy distintos orígenes. Obtiene la imagen, desde luego, quien fotografía o graba el vídeo en el que se exhibe algún aspecto de la intimidad de la víctima. Pero también obtiene la imagen quien la recibe cuando es remitida voluntariamente por la víctima, valiéndose para ello de cualquier medio convencional o de un programa de mensajería instantánea que opere por redes telemáticas.

3. No hay una exigencia locativa al momento de la obtención de la imagen.

Es cierto que el artículo 197.7 exige que estas imágenes hayan sido obtenidas «... en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros». Pero esta frase no añade una exigencia locativa al momento de la obtención por el autor. Lo que busca el legislador es subrayar y reforzar el valor excluyente de la intimidad con una expresión que, en línea con la deficiente técnica que inspira la redacción del precepto, puede oscurecer su cabal comprensión, sobre todo, si nos aferramos a una interpretación microliteral de sus vocablos. El domicilio, por ejemplo, es un concepto que si se entiende en su significado genuinamente jurídico (cfr. art. 40 del Código Civil), restringiría de forma injustificable el ámbito del tipo. Imágenes obtenidas, por ejemplo, en un hotel o en cualquier otro lugar ajeno a la sede jurídica de una persona, carecerían de protección jurídico-penal, por más que fueran expresión de una inequívoca manifestación de la intimidad. Y la exigencia de que la obtención se verifique «...fuera del alcance de la mirada de terceros», conduciría a excluir aquellos supuestos –imaginables sin dificultad– en que la imagen captada reproduzca una escena con más de un protagonista.

4. La tipicidad deviene por la difusión, revelación o cesión de las imágenes.

No podemos aferrarnos, en consecuencia, a una interpretación ajustada a una defectuosa literalidad que prescinda de otros cánones hermenéuticos a nuestro

alcance. El núcleo de la acción típica consiste, no en obtener sino en difundir las imágenes –obtenidas con la aquiescencia de la víctima– y que afecten gravemente a su intimidad.

Pero es indispensable para acotar los términos del tipo excluir a terceros que son extraños al círculo de confianza en el que se ha generado el material gráfico o audiovisual y que obtienen esas imágenes sin conexión personal con la víctima. La difusión encadenada de imágenes obtenidas a partir de la incontrolada propagación en redes telemáticas, llevada a cabo por terceros situados fuera de la relación de confianza que justifica la entrega, queda extramuros del derecho penal.

#### 5. Determinación del sujeto activo.

Sujeto activo es aquel a quien le es remitida voluntariamente la imagen o grabación audiovisual y posteriormente, sin el consentimiento del emisor, quebrantando la confianza en él depositada, la reenvía a terceros, habitualmente con fines sexistas, discriminatorios o de venganza. Este es, además, el criterio de la Circular de la Fiscalía General del Estado núm. 3/2017.

#### 6. La víctima no es «cooperadora» necesaria del delito. Es víctima.

No es la propia víctima la que creó el riesgo de su difusión, remitiendo su propia imagen. Ese razonamiento, llevado a sus últimas consecuencias, puede llegar a justificar la lesión en bienes jurídicos del máximo valor axiológico. Basta para ello formular un juicio de reproche dirigido a la víctima, por no haber sabido defender con vigor sus propios bienes jurídicos. Las consecuencias derivadas de esta visión –piénsese, por ejemplo, en los delitos contra la libertad sexual o contra el patrimonio– hacen inaceptable esta línea de razonamiento.

Quien remite a una persona en la que confía una foto expresiva de su propia intimidad no está renunciando anticipadamente a ésta. Tampoco está sacrificando de forma irremediable su privacidad. Su gesto de confiada entrega y selectiva exposición a una persona cuya lealtad no cuestiona, no merece el castigo de la exposición al fisionomía colectivo.

#### 7. No se exige en el juicio de tipicidad que la imagen se difunda, revele o ceda a una «pluralidad» de personas. Basta con que lo haga a una.

El artículo 197.7 exige que el soporte gráfico o audiovisual se haga llegar a una pluralidad de personas. Así se desprendería de la expresión «...revele o ceda a terceros», utilizando el plural.

Así como el vocablo difundir ha de entenderse como sinónimo de extender, propagar o divulgar a una pluralidad de personas, las expresiones revelar o ceder son perfectamente compatibles con una entrega restringida a una única persona.

El requisito de la difusión quedó cumplido cuando, sin autorización de la afectada, se inició la cadena de difusión, siendo indiferente que la imagen sea remitida a una o más personas. Resulta contrario a las reglas de la lógica y a la intención del legislador, la exigencia de una difusión masiva en redes sociales de uso generalizado o la difusión simultánea a más de una persona por parte del receptor de las imágenes.

(STS 37/2021, de 21 enero)

## ARTÍCULO 198 CP

*Descubrimiento y revelación de secretos, conductas realizadas por funcionario público: el prevalimiento del cargo público al que este tipo delictivo alude debe ser interpretado no en el sentido de mero aprovechamiento (laboral) del cargo, de la categoría profesional o de las facultades de dirección que el mismo proyecta sobre sus subordinados (también funcionarios públicos de ordinario), sino en atención a que el delito sea cometido prevaliéndose el sujeto activo de su condición o cargo público frente a particulares (o naturalmente frente a autoridades o funcionarios públicos al margen de su función).*

(...) el artículo 198 CP contiene un tipo agravado, de naturaleza especial en la medida en que restringe el círculo de posibles sujetos activos a aquellos que ostentan (...) la condición de autoridad o funcionario público, exigiendo además que, naturalmente, su actuación se halle fuera de los casos permitidos por la ley y también que no mediare «causa legal por delito». Sin embargo, es evidente que tales elementos, con ser imprescindibles, no se alcanzan para completar las exigencias del mencionado tipo penal, que expresamente exige, además, que el sujeto activo se prevalga de su cargo para realizar cualquiera de las conductas descritas en el artículo anterior.

El Tribunal Superior ha tratado de colmar la carencia argumental de la que adolece a este respecto la resolución recaída en la primera instancia, explicando que no solo el acusado no era un simple particular (sino un funcionario público) y superior jerárquico de las víctimas sino que, además, desplegó determinadas estrategias para el desarrollo de su proyecto criminal, sirviéndose del despacho en el que desempeñaba sus funciones públicas, y requiriendo la presencia en el mismo de las perjudicadas para ponerlas en disposición de ser grabadas, con excusas vinculadas a la relación laboral que mantenían y aprovechando la situación de dependencia profesional de aquéllas.

A nuestro parecer, sin embargo, ni aún con esto resulta bastante para justificar la aplicación del precepto penal agravado. La exigencia de prevalimiento evoca la idea de que el sujeto activo del delito utilice en su favor una determinada condición de superioridad o primacía para ejecutar su conducta, condición de superioridad o primacía que puede, naturalmente, obedecer a múltiples causas (la mayor edad o grado de madurez; la ascendencia familiar o académica; la subordinación laboral, por ejemplo). Y en el caso, no cabe duda de que el acusado, además de ostentar la condición de funcionario público, cometió el delito previsto en el artículo 197.1 CP, en su despacho profesional (puesto aquí por la administración local a su disposición para que pudiera desarrollar las funciones públicas que le estaban encomendadas) y aprovechando la relación de superioridad jerárquica o facultades de dirección laboral que ostentaba frente a las víctimas (de la que se servía para, con motivo fútiles, llamarlas a su presencia, situándolas bajo el objetivo de las cámaras que previamente había dispuesto).

No nos cabe duda, en consecuencia, de que el acusado, funcionario público, cometió el delito (...), en una dependencia, –pública también y puesta a su disposición funcional por la Administración–, «prevaliéndose» de una cierta relación de superioridad (jerárquica, laboral) que ostentaba sobre las víctimas. Las mismas, en efecto, no acudían a su despacho de manera espontánea o por propia y libérrima voluntad, sino requeridas por quien en ese momento era «su jefe» y en cumplimiento, aquéllas, de sus cometidos profesionales.

Sin embargo, lo que el precepto aquí controvertido establece no es una agravación general o indeterminada para las conductas previstas en el artículo 197.1 CP cuando las mismas sean cometidas por quien se encuentra en una cierta relación de

superioridad sobre su víctima, situación que aprovecha, de la que se prevale, en la ejecución del delito, circunstancia ésa que, sin duda, cuando como aquí concurra, podrá (deberá) ser valorada al tiempo de individualizar la pena prevista en abstracto en el tipo básico. Lo que el artículo 198 demanda es que lo aprovechado, aquello de lo que el sujeto activo se prevale, sea precisamente la condición de autoridad o funcionario público del mismo, su cargo.

Es obvio que el acometimiento de cualquier actividad laboral mínimamente compleja ha de ser implementado con el concurso de una pluralidad de personas. Y que éstas, para el buen fin de la actividad desarrollada, asumen en el proceso productivo diferentes funciones, de también distinta responsabilidad y contenidos, no de un modo meramente yuxtapuesto o intercambiable sino a partir de una distribución más o menos explícita de cometidos, y articulada sobre la base de un, también más o menos explícito, orden jerárquico que demanda la determinación en el ámbito de la actividad laboral de un cierto poder de dirección de unos sujetos frente a los otros. Así, el texto refundido de la ley del Estatuto de los trabajadores, Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, en su artículo 5 c) sitúa entre los deberes de los trabajadores, el de cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas –o de la persona en quien éste delegue, conforme precisa el artículo 20.1 del mismo texto legal–. Es obvio también que, como regla general, a mayor complejidad en la actividad profesional desempeñada, mayor también será el número de las categorías profesionales comprometidas en la misma, distintas categorías que, a menudo, aparecen también articuladas entre sí de un modo jerárquico o piramidal.

Por descontado, en el ámbito de la Administración pública, la relación estatutaria sustituye en general a la meramente convencional propia de la actividad profesional privada, dotando de significativas peculiaridades al régimen jurídico de sus trabajadores, pero sin que naturalmente estén ajenas en el desarrollo de la actividad profesional implementada por los funcionarios públicos aquellas mismas relaciones de subordinación o facultades de dirección a las que hasta aquí nos venimos refiriendo, entre los diferentes cargos o categorías profesionales que componen el funcionariado.

Sentado lo anterior, este Tribunal considera que el prevalimiento del cargo público al que el artículo 198 CP alude debe ser interpretado no en el sentido de mero aprovechamiento (laboral) del cargo, de la categoría profesional o de las facultades de dirección que el mismo proyecta sobre sus subordinados (también funcionarios públicos de ordinario), sino en atención a que el delito sea cometido prevaleándose el sujeto activo de su condición o cargo público frente a particulares (o naturalmente frente a autoridades o funcionarios públicos al margen de su función). Lo que en este caso merece un reproche reforzado de la conducta desplegada por el autor no es el empleo abusivo de la relación laboral que liga a víctima y victimario –cuando, en sustancia, no resulte distinto del que puede hallarse en cualquier actividad profesional privada–, sino el aprovechamiento por el sujeto activo de su condición de «cargo público», del ejercicio abusivo del mismo, ordinariamente frente a los administrados o frente a otros funcionarios públicos a través del empleo de métodos o formas vinculadas o reservadas al ejercicio de aquella condición. Así, por ejemplo, si el acusado hubiera requerido la presencia en su despacho profesional, con ese mismo fin delictivo, de particulares concernidos o no por alguna clase de expediente administrativo, estaría indudablemente abusando, prevaleándose, de su cargo público para la comisión del delito. Pero no sucede lo mismo cuando, como aquí, los requerimientos se efectuaban frente a otras funcionarias públicas, no sobre la base de la autoridad o facultades que el cargo mismo atribuye en cuanto tal sino en el marco de una simple relación de dependencia laboral, en este caso funcionarial. No se advierte, en definitiva, motivo

alguno para identificar en la conducta del acusado la presencia de una mayor gravedad en el injusto o un plus de culpabilidad que pudiera justificar la existencia de una exasperación sensible en la respuesta punitiva, más allá de la misma condición personal, –funcionario público–, del aquí acusado, comparando su conducta con otra equivalente que pudiera haber sido desarrollada en el marco de cualquier clase de actividad privada en la que el sujeto activo ostentara, con relación a las víctimas, una cierta relación de prevalencia o facultades de dirección profesional. Y no es la simple condición de funcionario público la que determina la aplicación del artículo 198 CP, siendo exigible que el mismo se prevalga de dicho cargo, de las facultades o atribuciones específicas que como tal comporta, abuso que vendrá determinado en atención al aprovechamiento del autor de las atribuciones públicas que el cargo lleva consigo frente a los administrados o por el inapropiado empleo de los medios específicos vinculados a la propia función pública a los que, solo por razón de dicho cargo, el sujeto activo tiene acceso.

Resulta obligado aquí traer a colación las consideraciones que tuvimos oportunidad de realizar en nuestra reciente sentencia núm. 244/2020, de 27 de mayo (...) en el que se describen diversas conductas constitutivas de delito de descubrimiento y revelación de secretos.

El citado tipo requiere en primer lugar que el sujeto activo sea autoridad o funcionario público. Ahora bien, no nos encontramos ante un tipo agravado anudado a la función pública. No es suficiente con la condición de funcionario público del sujeto activo. El propio tenor literal de precepto rechaza esta posibilidad. El artículo 198 CP exige algo más: que la actuación del sujeto no esté amparada por la Ley, que el acceso ilícito a la intimidad se produzca en una situación en la que no medie una causa o investigación por delito, y que el sujeto actúe con prevalimiento de cargo.

Conforme señalaba la sentencia de esta Sala núm. 305/2014, de 7 de abril, en referencia a la agravante genérica de prevalimiento de carácter público del culpable, la misma «(...) requiere que el autor ponga ese carácter público al servicio de sus propósitos criminales, de modo que, como tiene dicho gráficamente esta Sala en lugar de servir al cargo de funcionario se sirve de él para delinquir. En definitiva, el plus de reproche que supone esta agravante y que justifica el plus de punibilidad se encuentra en las ventajas que el ejercicio de la función pública otorga para poder realizar el hecho delictivo, de suerte que de alguna manera se instrumentaliza el cargo para mejor ejecutar el delito».

Es necesario pues que la autoridad o funcionario actúe en el área de sus funciones específicas, de tal modo que aun cuando la acción sea ejecutada por una autoridad o funcionario público, si su actuación no se refiere específicamente a tales funciones y únicamente se ha aprovechado de su condición de autoridad o funcionario para facilitar la comisión del hecho, su actuación deberá ser calificada conforme al artículo 197 CP.

(STS 5/2021, de 13 enero)

## ARTÍCULO 234 CP

*Hurto: si alguno de los coautores logra la consumación, se comunica a todos los partícipes cuando perseguidos inmediatamente al hecho es aprehendido uno o más de los infractores, pero otro u otros logran escapar con el producto de la depredación; en caso de consumación por alguno de los autores de un hurto que no alcance los 400 euros y para otros autores queda en tentativa, habrá que apreciar un concurso de*



*leyes entre un delito de hurto en tentativa por la total cuantía de objeto del delito y un delito consumado por la cantidad efectivamente dispuesta, aplicándose el que tenga pena mayor. Doctrina aplicable al delito de estafa y apropiación indebida.*

Cierto es que de manera reiterada la jurisprudencia de esta Sala, en los términos que rememoran las dos sentencias que precedieron a esta en el estudio del caso, ha mantenido que, si alguno de los coautores logró la consumación, esta se comunica a todos los partícipes (entre otras muchas, SSTS 1419//2002, de 29 de julio; o 490/2007, de 7 de junio). Si perseguidos inmediatamente al hecho, es aprehendido uno o más de los infractores pero otro u otros logran escapar con el producto de la depredación, el delito se consuma para todos (SSTS 11-7 y 10-10-1986, 17-3-1987, 30-9-1988, 5-4-1990 y 29-1-1991).

Y esa jurisprudencia es aplicable al caso que nos ocupa. No hay motivo para excluirla. El hurto está consumado para los tres autores que actuaron concertados y conjuntamente al haber logrado uno de ellos escapar con una prenda valorada en 149 euros. La cuestión es si debe entenderse consumado un delito del artículo 234.1, es decir, por cuantía superior a los 400 euros, cuando lo dispuesto no alcanza esa cifra. Como señaló el Fiscal en su elaborado escrito apoyando el recurso, se trata de un problema que no solo se suscita en los casos de coautoría, sino que puede perfectamente plantearse respecto a un autor individual. Pensemos en quien, actuando en solitario, no puede abandonar el lugar de los hechos con la totalidad del botín, pero si huir con parte.

(...) Cuando de disponibilidad parcial de los efectos sustraídos se trata, es frecuente la referencia a la jurisprudencia de esta Sala que desde antiguo ha venido señalando que basta con la disponibilidad de una parte de lo sustraído para que el delito quede consumado en su totalidad. Y si bien es cierto que ese criterio se ha mantenido, no lo es menos que se trata de una doctrina asentada en relación a los delitos de robo y en supuestos de continuidad delictiva, por mucho que, en ocasiones, siempre la margen del *thema decidendi*, se proclame aplicable también al delito de hurto.

(...) Hay que decidir, en definitiva, si en casos de consumación parcial, es admisible considerar perfeccionado un delito de hurto en una tipificación agravada, cuando el límite cuantitativo que atrae la misma solo se alcanza sumando a la cuantía de los efectos de los que se llegó a disponer efectivamente, con la de aquellos respecto a los que no se logró la disponibilidad. O lo que es lo mismo, cuando el importe de lo aquello de lo que se llegó a disponer efectivamente, no llega al límite de esa tipicidad. Solo en este aspecto quedará, en su caso, matizada nuestra jurisprudencia anterior, si bien la decisión tiene también trascendencia en relación a los delitos de estafa y de apropiación indebida, tipificados en una escala gradual parangonable con la del hurto.

(...) Se plantean tres posibles alternativas. La que mantiene la resolución recurrida, es decir, que debe entenderse consumado el hurto por el importe total de todos los efectos, de los que dispusieron y de los que no, aunque la adición de estos últimos provoque un salto agravatorio en la calificación. La de entender que solo se ha cometido un delito por el importe de los efectos de los que efectivamente se dispuso, en este caso un delito leve del artículo 234.2 CP. Otra tercera, afrontarlo como una relación concursal entre el tipo previsto en el artículo 234.1 CP en tentativa, y la modalidad que como delito leve tipifica el artículo 234.2 CP, en este caso consumada. Y dentro de esta, habremos de decantarnos entre el concurso de delitos o el de normas.

1. La primera opción debe ser descartada en cuanto opera sobre una ficción, la disponibilidad de unos efectos que no se ha conseguido, luego faltaría, de cara a la

aplicación de la modalidad agravada, tanto acción como resultado. Incurriríamos en un exceso difícilmente compatible con el principio de culpabilidad y el de proporcionalidad proyectados sobre el desvalor de la acción y el resultado.

2. Tampoco la que hemos anunciado como segunda opción proporciona una solución satisfactoria. Entender que nos encontramos ante un delito leve de hurto consumado del artículo 234.2 CP tomando en consideración exclusivamente el valor de aquello de lo que se llegó a disponer, resultaría igualmente desproporcionado, esta vez por defecto. Supondría desprestigiar la entidad del proyecto criminal, y que, además de lo dispuesto, hubo un intento de apoderamiento de otras prendas que superaban el límite cuantitativo de los 400 euros, en el que se ha colocado la frontera entre el delito leve de hurto y el menos grave.

3. Centrándonos en la tercera opción, ante la disyuntiva entre el concurso de delitos, que en todo caso sería ideal, o el de normas, nos decantamos por este último. Nos encontramos ante tipos de idéntica factura y significado jurídico, y ante un comportamiento también unitario en la vertiente natural y en la jurídica, de manera que el más grave los delitos concernidos absorbe de manera suficiente el desvalor.

(...) En este caso entendemos que el criterio que se acomoda en mayor medida al desvalor de la acción y la culpabilidad de los acusados, es el contemplado en el artículo 8.4 CP, que prima la mayor gravedad de la pena, lo que nos proyecta en este caso hacia el delito intentado del artículo 234.1 y 3 CP, que al tener prevista pena privativa de libertad, frente a la de multa que lleva aparejado el delito leve del artículo 234.2 y 3, emerge como más grave. Tal opción no afecta a las responsabilidades civiles derivadas de todo el conjunto, ni impide, en la determinación de la pena, tomar en consideración como factor de relevancia, el que se produjera una disponibilidad parcial.

Con arreglo a la construcción por la que nos decantamos, refrendamos en su vigencia la tradicional jurisprudencia de esta Sala según la cual, tanto en los supuestos de autoría individual como plural, la acción delictiva alcanza la perfección aunque no se logre la disponibilidad de la totalidad de los efectos sustraídos. Doctrina que solo modulamos en el sentido de interpretar que, en casos de consumación parcial de un delito de hurto, también aplicable a los de estafa y apropiación indebida, no cabrá entender consumado el delito con arreglo a una calificación más grave, cuando la cuantía de los efectos respecto de los que se ha obtenido la disponibilidad parcial no alcanza la que la misma requiere. Tales supuestos se resolverán a través de las reglas del concurso de normas, entre la infracción más grave en atención al valor conjunto de todos los efectos, en grado de tentativa, y la consumada a tenor de la disponibilidad efectiva, a resolver de conformidad con la regla del artículo 8.4 CP. En este caso, entre el tipo previsto en el artículo 234.1 y 3 CP intentado, y el delito leve del artículo 234.2 y 3 CP consumado.

(STS 316/2021, de 15 abril)

## ARTÍCULO 250 CP

*Estafa impropia: ocultación a la compradora de la vivienda de que además de la hipoteca sobre la que se informó, también existía otra por otra disposición por cuantía muy superior; concurso de normas con la estafa agravada por recaer sobre vivienda: aplicación del principio de especialidad.*

En los casos en los que se dispone de un inmueble con la finalidad de que constituya la vivienda del comprador, concurriendo engaño consistente en ocultar que sobre el mismo existe una carga (del mismo modo cuando se atribuya falsamente facultad de disposición sobre el mismo careciendo de ella o cuando habiéndola enajenado como libre la gravare o enajenare nuevamente), resultan aplicables a los hechos tanto el artículo 251.2.º, primer inciso, (o apartado primero o segundo, segundo inciso) que específicamente se refiere a esa conducta, como el artículo 248, que la incluiría en su redacción más genérica, aunque con la agravación prevista en el artículo 250.1.1.º, en la medida en que hubiera concurrido un engaño bastante que diera lugar al acto de disposición del comprador.

En todos los casos del artículo 250.1, los hechos serían acreedores a una pena diferente en su límite máximo, de 4 años en el artículo 251 y de 6 años en el artículo 250. La cuestión se presenta con mayores consecuencias cuando, además de tratarse de vivienda habitual del comprador, la defraudación es superior a 50.000 euros, (o concurre cualquiera de las agravaciones del artículo 250.1.4.º, 6.º o 7.º, o afecta a un número elevado de personas, apartado 5.º), pues en ese caso la pena correspondiente, en lugar de situarse entre 1 y 4 años conforme al artículo 251, lo haría entre 4 y 8 años de prisión, de acuerdo con el artículo 250.2.

Conviene realizar dos precisiones. En primer lugar, es cierto que el concurso no tiene lugar en todos los casos, pues puede haber ocasiones en las que solo sea aplicable uno de los preceptos por faltar algún elemento del otro tipo delictivo (STS núm. 810/2016, de 28 de octubre; STS núm. 170/2018, de 11 de abril y STS núm. 283/2020, de 4 de junio). Y, en segundo lugar, la concurrencia de normas se puede producir no solo en los casos mencionados, sino en todos los previstos en el artículo 250.1 y en el artículo 251.

2. La jurisprudencia no ha sido uniforme en la resolución de esta cuestión. Reconociendo la existencia del problema, en ocasiones se ha inclinado por aplicar el principio de especialidad entendiendo que el precepto especial es el artículo 251, en tanto que describe una conducta engañosa muy específica y teniendo también en cuenta que, de otra forma, dados los supuestos del artículo 250.1, aquel precepto quedaría como de aplicación muy residual, lo cual no se compadece bien con su mantenimiento en el CP de 1995, en el que, además, no existe, como con anterioridad, una remisión a las penas del artículo que regula los supuestos agravados de la estafa genérica. En este sentido pueden citarse la STS núm. 941/2007, de 8 de noviembre; núm. 797/2011, de 7 de julio; 90/2014, de 4 de febrero; 107/2015, de 20 de febrero y 434/2019, de 1 de octubre.

Pero, en otras ocasiones se ha tenido en cuenta que la especialidad también es predicable del artículo 250.1, que se refiere a conductas muy específicas que considera más graves, y que, en todo caso, apreciando ambas especialidades, sería de aplicación el principio de alternatividad, que conduciría a la misma solución, es decir, a la aplicación de este último precepto. En este sentido la STS núm. 954/2010, de 3 de noviembre; núm. 934/2013, de 10 de diciembre; núm. 580/2016, de 30 de junio, o núm. 50/2018, de 30 de enero. En este sentido, el artículo 251 contempla conductas que pueden ir referidas a bienes muebles o inmuebles, y, dentro de éstos, a viviendas habituales o a otros inmuebles con destinos o utilidades diferentes. Y describe conductas consistentes, por ejemplo, en atribuirse falsamente unas facultades inexistentes sobre la cosa, sin tener en cuenta expresamente, por ejemplo y por citar algunos casos, si se trata de cosas de primera necesidad (artículo 250.1.1.º); si recae sobre bienes que integren el patrimonio artístico, histórico, cultural o científico (artículo 250.1.3.º); si el valor de la defraudación es superior a 50.000 euros (artículo 250.1.4.º), o si deja en a la víctima o a su familia en una situación económica seriamente negativa.

La especialidad sería aplicable con carácter general, en cuanto que en todos los casos del artículo 250.1 se recogen conductas que justifican, en la opción de la norma, la agravación la pena, y muy concretamente, en relación con el apartado 1.º referido a viviendas, además de a cosas de primera necesidad u otros bienes de reconocida utilidad social, que cuando concurre con las agravaciones de los apartados 4.º (especial gravedad), 5.º (valor de la defraudación de más de 50.000 euros o afectación de un elevado número de personas); 6.º (abuso de relaciones personales o de credibilidad empresarial) o 7.º (estafa procesal), determina que la pena quede establecida entre 4 y 8 años.

Se razona en alguna sentencia en el sentido de que no resulta explicable que la protección a la vivienda habitual, que justifica la imposición de esa pena más agravada cuando concurre, por ejemplo, con el valor de lo defraudado en más de 50.000 euros, lo que sucede con alta frecuencia, resulte debilitada en los casos en los que el engaño consista en la ocultación de una carga sobre el bien inmueble. O, por citar otros supuestos del artículo 251, cuando consista en atribuirse falsamente facultad de disposición sobre el inmueble careciendo de ella por no haberla tenido nunca o por haberla ya ejercitado.

El artículo 251 sanciona comportamientos que pueden ejecutarse (ordinariamente lo serán) mediante maquinaciones engañosas a las que son aplicables las exigencias jurisprudenciales sobre las características necesarias del engaño. También en el caso del segundo inciso del artículo 251.2.º, aunque el engañado y el perjudicado sean sujetos diferentes. Esas características de estos engaños pueden explicar una agravación respecto del tipo básico. Pero no se alcanzan las razones de que excluyan las previstas en los subtipos agravados del artículo 250.

3. En general, la especialidad de una norma, con la correlativa aplicación del principio de especialidad, puede justificar una agravación o una atenuación de la pena. Pero, tanto en un caso como en otro, el resultado debe estar apoyado en una mayor o menor gravedad del hecho, que es lo que justifica la modificación de la pena respecto del tipo básico. Concretamente, resulta difícil de justificar que la especialidad conduzca a una reducción de la pena cuando en el tipo que se considera especial no se aprecian elementos que determinen una menor gravedad.

En la mayoría de los casos citados, no aparecen en la descripción típica elementos que expliquen una menor gravedad, de forma que la especialidad condujera a la aplicación del artículo 251, que prevé menor pena que el artículo 250.1 o 2. Como ocurre en el caso presente, en el que, aunque no se oculte la existencia de la hipoteca, se oculta el importe de la deuda de la que responde.

Es cierto que podría argumentarse que el sistema de publicidad registral respecto de los inmuebles es valorable a los efectos de la determinación de la gravedad de la conducta, e, incluso, con referencia a la especialidad de la previsión legal. Pero, de un lado, el precepto se refiere también a cosas muebles, y, de otro, contempla conductas en las que tal sistema de publicidad resulta inoperante (el que, habiéndola enajenado como libre, la gravare o enajenare nuevamente antes de la definitiva transmisión al adquirente)

4. Como ya se decía en alguna sentencia anterior, no se aprecia la existencia de razones consistentes que avalen que la agravación de las estafas que se contempla en el artículo 250.1 y 250.2 CP cedan ante la agravación de los tipos básicos contenida en el artículo 251, en los casos en que sea aplicable, dadas las características de la conducta. Todos los supuestos previstos en el artículo 251 presentan caracteres especiales respecto de los previstos con carácter muy general en el artículo 248. Y lo mismo ocurre con las previsiones del artículo 250, apartados 1 y 2. Puede tenerse en cuenta, como supuesto bien significativo, la atribución de facultades inexistentes

sobre inmuebles, por valor defraudatorio superior a 50.000 euros, que están destinados a vivienda habitual del comprador, frente a cualquier otro engaño respecto a los mismos. En este segundo caso, la pena quedaría comprendida entre 4 y 8 años, mientras que en el primero lo sería entre 1 y 4 años.

Por lo tanto, y aunque ello conduzca a la aplicación más restrictiva del tipo básico (artículo 248 y 249) y a la de un primer subtipo agravado respecto del mismo (artículo 251), la correcta protección de los bienes jurídicos afectados por conductas que la norma considera más graves, aconseja considerar que, por aplicación del principio de especialidad, será aplicable en primer lugar el artículo 250.1 y 2 (pena de 4 a 8 años de prisión y multa de 12 a 24 meses), cuando concurren las circunstancias previstas en él, es decir, la 1.<sup>a</sup> del artículo 250.1 junto con las previstas en los apartados 4.º, 5.º, 6.º o 7.º del mismo artículo.

En segundo lugar, se aplicará el artículo 250.1 (pena de 1 a 6 años de prisión y multa de 6 a 12 meses) en caso de no concurrir de la forma expuesta las circunstancias antes referidas, pero apreciando la concurrencia de cualquiera de las circunstancias de este artículo 250.1.

En tercer lugar, se aplicará el artículo 251 (pena de 1 a 4 años de prisión) cuando, no siendo aplicables los anteriores preceptos, concurren las circunstancias previstas en el mismo. De la misma forma será aplicable en los casos en que por las características de los hechos no sea aplicable el tipo general de la estafa, por no apreciarse la concurrencia del engaño.

Y, finalmente, en cuarto lugar, serán aplicables los artículos 248 y 249 (pena de 6 meses a 3 años de prisión), cuando no sean aplicables los anteriores preceptos.

De tal manera que la regulación de la estafa vendría constituida por un tipo básico y tres subtipos progresivamente agravados en atención a la gravedad de la conducta y a las necesidades de protección de los bienes jurídicos, de manera que, para resolver el concurso aparente de normas, es aplicable el principio de especialidad. En todo caso, si se reconocieran distintas especialidades sin posibilidad de optar por alguna de ellas de modo preferente, la aplicación del principio de alternatividad conduciría a la misma solución.

5. En el caso, por lo tanto, al tratarse de una operación de compraventa de un inmueble destinado a vivienda habitual del comprador en la que la decisión de la compradora vino determinada por un engaño consistente en la ocultación de una carga por importe de más de 50.000 euros, puede apreciarse la concurrencia aparente del artículo 251.2.º, inciso primero, con el artículo 248, 250.1, 1.ª y 5.ª, según la redacción actualmente vigente, y 250.2, todos del CP, por lo que la pena estaría comprendida entre 4 y 8 años de prisión, además de la multa de 12 a 24 meses, resultando aplicable este último precepto como consecuencia del principio de especialidad (artículo 8.1.º CP), y, subsidiariamente, por aplicación del principio de alternatividad (artículo 8.4.º CP).

No resultan aplicables separadamente las agravaciones contempladas en los apartados 4.º y 5.º, pues, en el caso, la entidad del perjuicio solo viene determinada, según lo que resulta de los hechos probados, por el importe de la defraudación. Y tampoco resulta de aplicación la agravación prevista en el apartado 6.º, pues no se aprecia abuso de unas relaciones personales inexistentes entre víctima y defraudadora, ni tampoco aparece descrito un aprovechamiento de la credibilidad empresarial o profesional de esta última.

(STS 355/2021, de 29 abril)

## ARTÍCULO 305 CP

*Delitos contra la Hacienda Pública: para la determinación de la cuota del IVA en la cantidad a abonar por los bienes vendidos o servicios prestados se ha de deducir la cantidad del IVA soportado en la adquisición de esos bienes o servicios: excepción a ello cuando el sujeto pasivo ha participado deliberadamente en el fraude para que no se abone el IVA soportado.*

No discuten las partes en este recurso cuál es el importe de la cuota devengada por IVA en cada uno de los ejercicios económicos objeto de enjuiciamiento, lo que se cuestiona es si el importe devengado puede ser minorado con el importe del IVA que debía haberse soportado con ocasión de prestarse los servicios a las entidades domiciliadas en Canarias, incluyendo el llamado IVA intragrupos.

La cuestión, teniendo repercusión para la determinación del requisito objetivo del tipo penal, viene regulada en el Capítulo Primero, del Título VIII de la ley 37/1992, que hace referencia a las deducciones aplicables en la determinación de la cuota del impuesto.

(...) La jurisprudencia de esta Sala muestra un precedente en el que se analizó la cuestión de manera tangencial; concretamente en la sentencia del Pleno de la Sala Segunda 357/2020, de 30 de junio.

No resolvimos en aquella ocasión si el IVA soportado y no ingresado, había de descontarse a la hora de liquidar el IVA posteriormente devengado y defraudado. En aquella ocasión, se trataba de un empresario que no había declarado la venta de determinados productos. Al descubrirse la facturación oculta y constatarse que en las facturas de venta solo se reflejaba el precio por el que se había vendido el producto, sin detallarse si lo facturado incluía o no el importe del IVA correspondiente a la operación, se analizó si los beneficios obtenidos en cada ejercicio económico por el empresario, a efectos de su tributación en IRPF, debían calcularse descontando el IVA que supuestamente debería haber ingresado.

En dicha resolución, el Pleno de la Sala, si bien subrayaba que las sentencias del TJUE no se orientan a indicar a los órganos de la jurisdicción penal qué criterio han de seguir para determinar la cuota defraudada en un impuesto, a fin de evaluar la concurrencia o ausencia del requisito objetivo del tipo penal que ahora analizados, sí admitía la trascendencia que pueden tener sus resoluciones para marcar la prevalencia del derecho europeo en la interpretación de las normas tributarias. Y desde esta consideración reflejaba la STJUE, de 5 de octubre de 2016 (sentencia Astone, asunto C-332/15), que si bien subrayaba (ap. 43) que el derecho de los sujetos pasivos a deducir del IVA del que son deudores el IVA soportado por los bienes adquiridos y los servicios recibidos constituye un principio fundamental del sistema común del IVA establecido por la legislación de la Unión (sentencias de 6 de diciembre de 2012, Bonik, C-285/11, EU: C:2012:774, apartado 25 y jurisprudencia citada, y de 13 de febrero de 2014, Maks Pen, C-18/13, EU: C:2014:69, apartado 23), también concluía que «que...una denegación del derecho a deducir en circunstancias que demuestran la existencia de un fraude fiscal por parte del sujeto pasivo que pretende disfrutar de este derecho no puede considerarse contraria al principio de neutralidad fiscal, ya que éste no puede ser válidamente invocado por un sujeto pasivo que ha participado deliberadamente en tal fraude y ha puesto en peligro el funcionamiento del sistema común del IVA (véanse, por analogía, la sentencia de 7 de diciembre de 2010, R., C-285/09, EU: C:2010:742, apartados 51 y 54, así como, en este sentido, la sentencia de 18 de diciembre de 2014, Schoenimport «Italmoda» Mariano Previti y

otros, C-131/13, C-163/13 y C-164/13, EU: C:2014:2455, apartado 48)». De suerte que la conclusión respecto de la cuestión prejudicial que allí se resolvió fue que «...los artículos 168, 178, 179, 193, 206, 242, 244, 250, 252 y 273 de la Directiva IVA deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que permite a la administración tributaria denegar a un sujeto pasivo el derecho a deducir el IVA cuando se ha acreditado que éste incumplió fraudulentamente... la mayoría de las obligaciones formales que le incumbían para poder disfrutar de ese derecho».

En el mismo sentido, la STJUE, de 5 de octubre de 2016 (C-576/15) recuerda que «... los sujetos pasivos que hayan cometido un fraude fiscal consistente, en particular, en ocultar operaciones imponibles e ingresos relativos a las mismas no se hallan en una situación comparable a la de los sujetos pasivos que cumplen sus obligaciones en materia de contabilidad, de declaración y de pago del IVA. Por consiguiente, este principio no puede ser válidamente invocado por un sujeto pasivo que ha participado deliberadamente en tal fraude y ha puesto en peligro el funcionamiento del sistema común del IVA (véanse, en este sentido, las sentencias de 18 de diciembre de 2014, Schoenimport «Italmoda» Mariano Previti y otros, C-131/13, C-163/13 y C-164/13, EU: C:2014:2455, apartado 48, y de 28 de julio de 2016, Astone, C-332/15, EU: C:2016:614, apartado 58)».

En línea similar, la STJUE 18 de diciembre de 2014 (asuntos acumulados C-131/13, C-163/13 y C-164/13) recordó que «...la función central que corresponde al derecho a deducción, previsto en el artículo 17, apartado 3, de la Sexta Directiva, en el mecanismo del IVA para garantizar una perfecta neutralidad del impuesto no se opone a que se deniegue tal derecho a un sujeto pasivo en el supuesto de una participación en un fraude (véanse en este sentido, en particular, las sentencias Bonik, EU: C:2012:774, apartados 25 a 27 y 37, y Maks Pen, EU: C:2014:69, apartados 24 a 26). Igualmente, la función específica que corresponde al derecho a la devolución del IVA, para garantizar la neutralidad de este impuesto, no puede oponerse a la denegación de este derecho a un sujeto pasivo en tal supuesto».

Por último, recordábamos también la reciente sentencia del TJUE, C-159-17, de 7 de marzo de 2018, al expresar que «...los artículos 167 a 169, 179, 213, apartado 1, 214, apartado 1, y 273 de la Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal, que permite a la Administración tributaria denegar a un sujeto pasivo el derecho a la deducción del impuesto sobre el valor añadido cuando se acredita que, debido a los incumplimientos que se le imputan, la Administración tributaria no ha podido disponer de la información necesaria para comprobar que concurren los requisitos materiales que generan el derecho a la deducción del impuesto sobre el valor añadido soportado por dicho sujeto pasivo, o que este último actuó de manera fraudulenta para poder disfrutar de tal derecho, circunstancias que incumben verificar al tribunal remitente».

(...) Se ha declarado que los servicios prestados por las empresas del acusado, en realidad eran prestados por su entidad domiciliada en Madrid, y que las empresas que constituyó en Canarias no tenían otra finalidad que simular que la prestación de los servicios se hacía por empresas situadas fuera del territorio del impuesto. De este modo, el fraude (...) no solo se proyecta sobre la elusión del pago del IVA devengado por la prestación de sus servicios a otras entidades, sino también sobre el IVA devengado con ocasión de su propia adquisición. Si las grandes empresas de telecomunicaciones no ingresaron el IVA devengado por la prestación de servicios a la empresa del acusado que realmente recibía sus servicios, no fue como consecuencia de la omisión

defraudatoria e intencional de aquellas como sujetos pasivos del impuesto en aquel tramo (como refleja el sobreseimiento acordado en su día), sino porque el recurrente desplegó un ardid tendente a hacerlas creer que los servicios se prestaban a dos empresas autónomas en su funcionamiento y que, consecuentemente, el impuesto no podía devengarse al tratarse de servicios supuestamente prestados a entidades establecidas fuera del territorio del impuesto.

En esencia, el fraude del recurrente no solo se proyecta sobre el IVA que debió haber ingresado, sino también sobre aquel que debió soportar y no se devengó. De este modo, el IVA que debió soportarse no puede resultar deducible, en la medida en que su falta de ingreso es consecuencia directa e ineludible del específico fraude desplegado por el acusado, lo que, de conformidad con los artículos 6.2, 6.3 y 6.4 del CC, así como con el artículo 11.2 de la LOPJ, determina excluir la minoración de su importe, tanto en la cifra que descuenta la sentencia de instancia, como con respecto al IVA intra grupo que la defensa reclama en el motivo 1a de su recurso.

(STS 115/2021, de 11 febrero)

## ARTÍCULO 325 CP

*Contaminación acústica: la creación de un riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas no es un tipo hiperagravado del artículo 325.2 CP, sino un tipo autónomo que añade un potencial peligro del tipo básico que agrava las conductas del artículo 325.1 CP.*

(...) La jurisprudencia de esta Sala, pese a las dificultades interpretativas asociadas a los tipos penales llamados a esa protección, ha considerado que la contaminación acústica es un ataque contra la salud y el medio ambiente, de obligado tratamiento penal.

(...) El casuismo jurisprudencial es revelador de que los problemas de tipicidad han sido resueltos entendiendo que estamos ante un delito que responde a la estructura que es propia de «...los delitos de peligro hipotético, también denominados de peligro abstracto-concreto, de peligro potencial o delito de aptitud. De modo que no se tipifica en sentido propio un resultado concreto de peligro, sino un comportamiento idóneo para producir peligro para el bien jurídico protegido. En estos supuestos la situación de peligro no es elemento del tipo, pero sí lo es la idoneidad del comportamiento efectivamente realizado para producir dicho peligro. La categoría de los denominados delitos de peligro abstracto-concreto o de peligro hipotético no requiere la concreción del peligro como proximidad de amenaza inmediata para un bien determinado. Basta la producción de una situación de riesgo apreciada desde la perspectiva meramente *ex ante* (SSTS 141/2008, 8 de abril; 838/2012, 23 de octubre; 840/2013, 11 de noviembre y 713/2014, 22 de octubre).

Se trata, en definitiva, de un delito «...cuya base es la infracción de ordenamiento que sobrepasa los límites de lo permitido, requiriendo que sanción que infringe el ordenamiento se ha valorado como perjudicial para lo que es preciso acudir a la normativa específica, en este caso emanadas del ayuntamiento, que regula el ámbito de lo permitido por la actividad industrial para compaginar lo con el derecho a una convivencia ordenada. Por otra parte desde la tipicidad subjetiva, el dolo de este delito consiste en el conocimiento de que la acción realizada, en el caso las emisiones acústicas, genera un riesgo grave en el bien jurídico lo que comporta la existencia de una



voluntariedad en la causación de riesgo y la representación de que la interacción puede generar los perjuicios que en el caso se declaran probados, lo que se corrobora cuando conociendo el incumplimiento de la norma, conociendo el resultado producido, no se desiste de la acción y el resultado perturbador se mantienen en tiempo (...). Normalmente, será un dolo eventual ya que la conducta lesiva del medio ambiente se limitará a poner en peligro como resultado de la acción el bien jurídico con conocimiento de la acción que se desarrolla y la potencialidad de riesgo» (STS 431/2018, 27 de septiembre).

(...) Se hace preciso ahora constatar que a esa infracción normativa se suma la creación de un riesgo grave para las personas desde la perspectiva que es propia de los delitos de peligro potencial o hipotético, en los términos que hemos referido en los apartados precedentes. Para colmar el juicio de tipicidad no resulta precisa la constatación objetiva de unas lesiones en que se haya materializado ese peligro. Basta acreditar su potencialidad lesiva para que el delito pueda estimarse consumado. Tampoco es indispensable que la concreta situación de peligro para la salud de las personas se evidencie como elemento del tipo. Basta un anticipado juicio de idoneidad sobre la capacidad de la acción para generar ese peligro.

Admitiendo la anterior premisa, parece evidente, que la notoria superación de los umbrales del ruido reglamentariamente admitido en los negocios de hostelería en zonas residenciales, implica, en términos generales, un riesgo de afectación en la salud y el bienestar –en definitiva, en su derecho al equilibrio existencial– para las personas a las que esa contaminación acústica pueda llegar a repercutir. La disposición de la vivienda de los denunciantes superpuesta al local generador de los ruidos define un escenario en el que el elemento normativo y el grave riesgo potencial de deterioro de la salud de los moradores se hace patente, sobre todo en supuestos como el analizado en que ello ha durado desde el año 2002 hasta el 2013, once años.

En efecto, en el ámbito propio de la contaminación acústica, la valoración de la gravedad, a la vista de los precedentes más destacados, ha de atender a la continuidad e intensidad del ruido (STS 327/2007, 27 de abril), así como a la prolongación en el tiempo, reiteración, continuas visitas de inspección, levantamiento de los precintos y mecanismos empleados para sortear la limitaciones impuestas sobre la fuente de contaminación» (STS 410/2013, 13 de mayo) o a la intensidad e ilegalidad de las emisiones (STS 370/2016, 28 de abril).

Por tanto, la transgresión de las normas reguladoras de la contaminación acústica con índices de ruido susceptibles de generar un grave riesgo para la salud de las personas, como acontece en este supuesto, implica la correcta aplicación del artículo 325 del CP.

(...) Ahora bien, como hemos dicho en la reciente sentencia de esta Sala 207/2021, de 8 de marzo, el artículo 325 del CP abre el capítulo relativo a los «Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente», y tras la reforma operada por la LO 1/2015, 30 de marzo, el casuismo con el que se describe la acción típica y los clamorosos errores de técnica legislativa han multiplicado los problemas interpretativos que ya existían respecto de la redacción original, siendo el resultado el de un precepto, singularmente el apartado 2.º, que suscita la duda de si es un tipo básico o agravado.

La citada sentencia también apunta a lo paradójico de la dificultad de determinar la norma intemporal aplicable y qué legislación es más favorable, en los siguientes términos: «Así, por lo que afecta a la duración de la pena privativa de libertad, la redacción original del CP de 1995 castigaba la contravención de las leyes y reglamentos protectores del medio ambiente, cuando fuera acompañada de la emisión de vertidos, radiaciones, extracciones y demás acciones contaminantes, con la pena

de 6 meses a 4 años de prisión. Si el riesgo de grave perjuicio fuese para la salud de las personas, la pena de prisión tenía que imponerse en su mitad superior. Esta respuesta penal se mantuvo en la reforma operada por la LO 15/2003, 25 de noviembre. Sin embargo, la modificación de la LO 5/2010, 22 de junio, supuso el cambio en la pena de prisión, que fue elevada de 2 a 5 años, manteniendo la agravación, en su mitad superior, para el caso de riesgo grave para la salud de las personas. La última reforma llevada a cabo por la LO 1/2015, 30 de marzo, incorporó una sensible rebaja de la pena de prisión, que pasó de un tope máximo de 5 años a una pena de entre 6 meses y 2 años, con la agravación para el caso de afectación grave de la salud de las personas que, como novedad, ahora podía ser elevada «...hasta la superior en grado».

Esta Sala se enfrenta al desafío de proclamar una interpretación que sea acorde con los principios que legitiman la aplicación de la norma penal y que evite quebras clamorosas del principio de proporcionalidad. Desde esta perspectiva ha de afrontar el alcance de la reforma de la LO 5/2010, 22 de julio [sic], que ha descolocado sistemáticamente el inciso final en la redacción histórica del artículo 325 del CP –grave peligro para la salud de las personas– para ubicarlo en el párrafo final de un tipo agravado diferenciado que ahora tiene acogida en el artículo 325.2 del CP.

Pocas veces la Sala se encuentra en la tesitura de decidir, como punto de partida en la labor interpretativa, si el tipo penal aplicable al hecho declarado probado constituye un tipo básico o, por el contrario, acoge un tipo agravado. Y es que el artículo 325.2 del CP comienza refiriéndose a «...las anteriores conductas, por sí mismas o conjuntamente con otras». Es decir, la tipicidad del artículo 325.2 del CP se construye mediante una metodología de remisión sistemática a las conductas definidas como tipo básico, lo que es propio de la estructura formal de los tipos agravados.

Sin embargo, cuando se intensifica la pena por el «riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas», resulta especialmente difícil concluir que se trata de una agravación, sin otro apoyo que el vuelco sistemático que ha experimentado ese precepto, que ha sido desplazado del inciso final del verdadero tipo básico a un párrafo y un apartado distinto, ahora incluidos en el artículo 325.2 del CP.

La Sala concluye que en materia de contaminación acústica no existe un tipo básico alojado en el artículo 325.1 del CP para aquellos casos –que siempre encontrarán mejor tratamiento en el derecho administrativo sancionador– en que la contaminación acústica sea susceptible de generar un riesgo para la salud de las personas que, sin embargo, no llega a ser grave o a tener significancia. Ello nos obliga a una reinterpretación sistemática de la desestructurada novedad con la que ha sido incorporada la alusión al riesgo grave para las personas en la reforma de 2015. Conforme a esta idea, el tipo básico del delito contra el medio ambiente por contaminación acústica que genera grave daño a la salud de las personas, exige como presupuesto del tipo objetivo, además de la infracción legal o reglamentaria de las normas protectoras, que se haya desarrollado una acción capaz de generar un riesgo potencial grave –no leve– para la salud de las personas.

Sólo el potencial riesgo grave para la salud de las personas, no bastando para ello la mera constatación del incumplimiento formal de la normativa reguladora del ruido, puede legitimar el recurso al derecho penal como fórmula sancionadora. Lo contrario supondría erosionar el carácter fragmentario del derecho penal, su condición de última ratio, además del principio de proporcionalidad.

La primera consecuencia, claro es, tiene carácter penológico. En efecto, la pena a imponer en su mitad superior, «... pudiéndose llegar hasta la superior en grado», es la pena de prisión de 6 meses a 2 años (art. 325.1), no la de 2 a 5 años (art. 325.2). La creación de un riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas no es un tipo hiperagravado que exaspere la pena impuesta en el artículo 325.2 del CP a aquellas

conductas que «...pudieran perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales». La generación de un riesgo grave para la salud de las personas representa un tipo autónomo que añade un potencial peligro a la estructura del tipo básico que, por su propia naturaleza, agrava la respuesta penal definida en el artículo 325.1 del CP.

Esta conclusión, fácil de obtener en las redacciones previgentes a la reforma de 2015, se complica ahora por la irreflexiva ordenación sistemática de los dos apartados que integran el nuevo artículo 325 del CP.»

(...) En el supuesto, la Sala de instancia considera que los hechos declarados probados son constitutivos de un delito contra el medio ambiente previsto y penado en el artículo 325 inciso final CP en redacción anterior a la reforma por la LO 5/2010, de 22 de junio, en el que se establece una pena que comprende desde 6 meses a 4 años de prisión, multa de 8 a 24 meses e inhabilitación especial para profesión u oficio de 1 a 3 años, pena que debido a la agravación del tipo ha de aplicarse en su mitad superior en lo que respecta a la pena privativa de libertad. Por lo cual, queda realmente enmarcada en un mínimo de 2 años, 3 meses y 1 día a 4 años de prisión.

En cambio, con la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, interpretada en los términos anteriormente apuntados por esta Sala, sin aplicación del párrafo segundo, por las razones expuestas, el juicio de contraste resulta más beneficioso, pues la pena tipo es prisión de 6 meses a 2 años, multa de 10 a 14 meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de 1 a 2 años, pone de manifiesto que la legislación más favorable es la que ha fijado la redacción actual del artículo 325, con un marco punitivo sensiblemente reducido en lo que afecta a la pena de prisión.

Existe, por tanto, un error en el juicio de subsunción, en la medida en que la aplicación del precepto penal más favorable es el de la legislación vigente, que debe ser aplicado con la penalidad que diremos en nuestra segunda sentencia.

(STS 870/2021, de 12 noviembre)

## ARTÍCULO 338 CP

*Delitos sobre la ordenación del territorio. Afectar a algún espacio natural protegido: el incremento penológico del artículo 338 CP no ha de operar sobre el artículo 319.1 CP en tanto éste se refiere a «la construcción no autorizada en lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor ecológico», sino sobre el artículo 319.2. CP para no castigar dos veces la agravación por el valor ecológico.*

Ciertamente el artículo 330 y su difícil armonización con el artículo 338 si se quiere llegar a consecuencias penológicas proporcionadas comparativamente, impone algún condicionante en la exégesis del artículo 338; pero no hasta el punto de introducir jurisprudencialmente un requisito que el legislador no quiso plasmar. El artículo 338 habla de afectar; no de afectar gravemente. Aunque es evidente, por lógica, que ha de tratarse de una afectación negativa, perjudicial; aunque no especial o singularmente perjudicial.

La mera construcción en el espacio catalogado ¿colma la antijuridicidad requerida por el subtipo?; ¿o se requiere una afectación real del espacio que habrá de quedar acreditada? Es correcto inclinarse por esta segunda alternativa. No estamos ante una circunstancia puramente locativa. Aunque en el caso de delitos urbanísticos en determinados espacios naturales la mera construcción implicará normalmente por sí misma esa afectación perjudicial o negativa.

Afectar significa, según la acepción del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española a la que hay que vincular la dicción del artículo 338 menoscarbar, perjudicar, influir desfavorablemente o producir alteración o mudanza en algo. A ella hay que estar. Por tanto, ha de producirse una real y constatable degradación o devaluación del espacio protegido. Eso no implica que deba quedar destruido; o que se produzca un daño irrecuperable o que se requiera irreversibilidad o un estado ruinoso, o consecuencias especialmente intensas. Los términos en que la sentencia de instancia expresa la incidencia negativa operada en el espacio natural (paisajística, en su fauna y flora, etc...) suponen ya afectación y deterioran el valor medioambiental de esa zona de especial (¡máxima!) protección.

Es verdad que si la afectación no se acredita o no se describe no puede apreciarse el tipo agravado. No basta con la referencia locativa. En eso tiene razón la sentencia de apelación. Pero en este caso puede hablarse de concreta afectación descrita en la sentencia de instancia. Y sobre esa base fáctica no se puede especular reclamando una afectación mayor (...).

(...) La estimación nos obliga a retomar la otra razón invocada por la Audiencia para denegar la concurrencia del artículo 338 CP. Se refería a su incompatibilidad con el artículo 319.1, cuestión controvertida sobre la que existen posiciones jurisprudenciales no uniformes.

(...) En ese panorama jurisprudencial zigzagueante (vid también STS 708/2016, de 19 de septiembre), que con elogiada profundidad repasa la sentencia de apelación, ha mediado la reciente STS 216/2020, de 22 de mayo, abriendo paso a una solución intermedia. Parte de la constatación de que en los casos en que la condición de suelo no urbanizable (art. 319.1) se base en «sus valores ecológicos» no cabrá la aplicación simultánea de 319.1 y 338 CP; pero en el conflicto de normas entre una calificación encajada en el artículo 319.1; y otra determinada por la aplicación conjunta de 319.2 y 338, el principio de alternatividad (art. 8.4) nos llevará a la segunda opción.

Un suelo puede estar protegido por razón de tal valor ecológico, sin que por ello tenga la consideración de espacio natural protegido, razona este precedente. No se solapan ineludiblemente ambas condiciones, aunque por definición todo «espacio natural protegido» entrará en el marco del artículo 319.1.º Es posible una protección ambiental del suelo –que determina básicamente su carácter no urbanizable– sin estar ante un espacio natural protegido. Más insólito, si es que cabe, será lo contrario. Está previsto en la legislación que el planeamiento urbanístico pueda proteger, declarándolos no urbanizables, determinados suelos en razón de sus valores ambientales, aunque lo más frecuente es que el planeamiento se remita o recoja la legislación ambiental a la hora de proteger espacios por esas razones, limitándose a declarar suelo no urbanizable de especial protección las diversas modalidades de espacio natural protegido incluidas en su término municipal.

Se pueden diferenciar –y seguimos haciéndonos eco de la STS 216/2020– tres tipos de espacios en función de la naturaleza del suelo a efectos de su protección penal:

- a) Suelo no urbanizable (art. 319.2 CP).
- b) Suelo no urbanizable especialmente protegido por los valores expuestos en el precepto (art. 319.1).
- c) Suelo integrado en un Espacio Natural Protegido (art. 338).

El grupo c) obliga a esclarecer si la protección reforzada del artículo 319.1 y la hiper protección del artículo 338 son compatibles. Es decir, si constituyen dos escalones sucesivos de una misma y única escalinata –puntos sucesivos de un mismo tramo–; o, por el contrario, se trata de una diversificación de la protección –un tramo inicial del que surgen dos escaleras o sendas diferentes: hay que decantarse por una u otra, según los caso–. Es decir, el tipo básico (art. 319.2) podría verse agravado por la afectación de factores medioambientales de dos formas: bien cuando, recae sobre un espacio natural protegido (art. 338), bien cuando sin recaer en un espacio natural protegido, se refiere a una zona en la que la calificación urbanística le reconoce un especial valor ecológico (art. 319.1.º).

La doble agravación acumulada se antoja desproporcionada. Así lo destacan dogmática y praxis. La comparación con el artículo 330 CP lo evidencia. Los resultados excesivos han empujado subliminalmente (así sucede aquí) a llevar más allá de su literalidad las exigencias del artículo 338 CP.

Proyectar el artículo 338 sobre el 319.1 significaría ponderar dos veces una misma circunstancia: el especial valor ecológico. Primero, por haber sido reconocido en el ámbito del planeamiento urbanístico; posteriormente por su proclamación a nivel general. Esa diversificación se presenta como artificiosa si se atiende a que en el primer nivel lo habitual es guiarse por el segundo nivel. Este debe determinar una protección más intensa, pero no reduplicada.

Estaríamos ante un juego de preceptos semejante al expresamente plasmado en los artículos 368, 369 y 370 CP en sede de delitos contra la salud pública: las agravaciones del artículo 370 operan sobre el tipo básico (art. 368) y no sobre los subtipos agravados (art. 369). No son dos peldaños sucesivos, sino dos agravaciones distintas y de intensidad diferenciada referidas ambas a un mismo tipo básico.

Aquí tanto el artículo 338 como el artículo 319.1 se referirían, alternativamente (uno u otro, pero no los dos), al tipo básico: artículo 319.2.

(...) Agravar (art. 319.1) por ese especial valor ecológico reconocido urbanísticamente; y sobre esa agravación situar otra por virtud de tratarse de un espacio natural protegido es agravar dos veces con un único e idéntico fundamento: el valor ecológico.

Llevar los hechos, empero, tanto al artículo 319.1, como al artículo 338 no solo parece quebrar la prohibición del *bis in ídem* sino que además conduce a resultados penológicos francamente desproporcionados, que se han pretendido corregir estrechando el ámbito del artículo 338 en contradicción con su tenor literal.

Ubicarlos en exclusiva en el artículo 319.1 significa equiparar supuestos diversos y desactivar el artículo 338 en contra de lo que se parece ser voluntad del legislador que quiere dotar de especial tutela a esos espacios.

Negar la virtualidad del artículo 338 CP en casos como el ahora contemplado no solo contradice algún pronunciamiento anterior ya citado de esta Sala, sino que además, despojaría de eficacia en este ámbito al artículo 338 CP, desactivando esa protección reforzada.

Por esas razones la STS 216/2020, que nos está sirviendo de falsilla –algunos de sus párrafos se han clonado sin más–, opta por una vía intermedia: el conflicto entre el artículo 319.1 o 338 ha de ser resuelto dando preferencia a este último pero contemplado como alternativa y no cumulativamente, con arreglo a la técnica del concurso de normas penales (art. 8 CP): los hechos pueden ser castigados conforme a los artículos 319.2 y 338; o según el artículo 319.1. Ambas calificaciones gozan del mismo grado de especialidad (se agrava por el valor ecológico). En un caso, cuando ha sido reconocido exclusivamente a nivel de planeamiento urbanístico; en el otro,

cuando ese reconocimiento es más general. Al ser inaplicable el principio de especialidad (art. 8.1 CP) habrá que acudir a los criterios subsidiarios para solventar esta concurrencia de normas, lo que nos conduce al principio de alternatividad (art. 8.4). Prevalece la calificación que pivota sobre los artículos 319.2 y 338 por ser más grave. Así evitamos el *bis in ídem* que llevó a la Audiencia a eludir la aplicación del artículo 338; pero, al mismo tiempo, no arrinconamos ese precepto de forma improcedente haciéndolo inoperante en el ámbito urbanístico; ni lo reinterpretemos de forma reductora.

El incremento penológico del artículo 338 no ha de operar sobre el artículo 319.1. en tanto éste se refiere a «la construcción no autorizada en lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor ecológico», sino sobre el artículo 319.2.

Sucedirá entre el artículo 319.1 y el artículo 338, algo semejante, aunque con una solución concursal distinta a lo que sucede con los artículos 330 y 338. Aquél establece un incremento de pena en los supuestos del Capítulo III, cuando en «un espacio natural protegido se dañare gravemente a algunos de los elementos que hayan servido para calificarlo». En el artículo 330 la declaración de espacio natural protegido es un elemento normativo del tipo. Lógicamente, ese mismo elemento no puede ser posteriormente utilizado como factor determinante de una agravación. Si así se hiciera, se vulneraría el «non bis in ídem». Al igual que el artículo 330, el artículo 319.1 en los casos en que opere por virtud de los valores ecológicos, no será compatible con el artículo 338. Pero en el primer caso estaremos ante una relación de especialidad (prima el art. 330); en el segundo ante la alternatividad (el art. 338 desplaza al art. 319.1 CP).

(STS 124/2021, de 11 febrero)

## ARTÍCULO 354 CP

*Incendio forestal: se comete el delito cuando se inicia la combustión de algún material, arbustivo o similar, en montes o masas forestales por la aplicación del fuego procedente de alguna fuente externa, sin que exista propagación por la escasa significación del incendio producido.*

El artículo 354 CP sobre el que se conforma la acción imprudente castiga al que «prendiere fuego a montes o masas forestales sin que llegue a propagarse el incendio de los mismos». Se trata de una modalidad atenuada del tipo básico previsto en el artículo 352 CP, en la que algunos sectores doctrinales han querido ver un adelanto de las barreras punitivas con la tipificación de su tentativa. Sin embargo, el tenor literal del precepto no acompaña esa tesis excluyente del resultado, en cuanto que al describir la acción no solo habla el Código de prender fuego, lo que supone accionar cualquier mecanismo de ignición apto a tal fin, sino también que el mismo provoque un incendio que no llegue a propagarse. Son indiferentes las razones de esa falta de propagación, salvo que se debiera a la intervención sofocadora del autor, pues en tal caso tendría entrada la exención prevista en el artículo 354.2 CP a modo de desistimiento voluntario tributario de impunidad.

Lo relevante para el tipo que nos ocupa es que el incendio resultante no se extienda a otros puntos, lo que sugiere que el compromiso que el mismo implica para el bien jurídico protegido, el equilibrio medioambiental, no sea significativo, descartado, además, un peligro para la vida o la integridad física de las personas, o cualquiera de los supuestos de agravación que traerían a escena la aplicación de los artículos 351, 352 y 353 CP.

(...) En el caso que nos ocupa, la sentencia dictada en la instancia, al analizar la tipicidad de los hechos probados en consonancia con la acusación formulada, no esquivaba el obstáculo que supone que en el caso concreto el incendio, por el contrario de lo previsto en el artículo 354.1 CP, si llegara a propagarse, lo que salva por la vinculación inherente al principio acusatorio al ser esa la única calificación que se planteó por las partes acusadoras, con apoyo, se dice, en la doctrina de esta Sala que habría asimilado a la ausencia de propagación los supuestos en los que la misma fuera mínima (...).

No hemos localizado en nuestras bases de datos sentencia alguna de esta Sala que avale la afirmación antes aludida, ni en relación al artículo 354 CP en vigor, ni respecto a su precedente en el CP del 73, artículo 553 bis c). La referencia al Código anterior exige una aclaración. La actual redacción de los delitos de incendio forestal coincide con la que incorporó en aquél la LO 7/1987, que consagró el delito de incendio como tipo con sustantividad propia diferenciada de la de carácter patrimonial que lo derivaba hacia el de daños, e incorporó como categoría específica «los delitos de incendios forestales». La coincidencia, salvada la adaptación penológica, es total en el caso del actual 354 CP en relación al 553 bis c); prácticamente también en el caso del 352 vigente en relación al 553 bis a); y más acotada en el caso del artículo 353 CP actual en relación con el 553 bis b) del CP derogado, especialmente después de la modificación de que aquel fue objeto por efecto de la LO 1/2015.

(...) En conclusión, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Sala, la propagación excluye la aplicación del tipo previsto en el artículo 354 CP para proyectarse hacia el tipo básico del 352 CP. Lo que no significa que no existan casos límite en los que no resulte fácil determinar si esa propagación o dispersión del incendio ha llegado o no a producirse. Entre el momento en que el objeto incendiado combustiona autónomamente y aquel en el que puede claramente apreciarse su propagación, pueden surgir una serie de zonas difusas o fases intermedias. La pauta metodológica en esos casos, de cara a descartar la propagación que desplazaría la tipicidad hacia el artículo 352 CP no puede ser otra que la escasa significación del incendio producido.

(STS 317/2021, de 15 abril)

## ARTÍCULO 368 CP

*Contrabando para cometer tráfico de drogas: concurso medial de delitos. Tenencia de embarcación semirrígida utilizada para transporte de drogas con destino a la distribución entre terceros: no hay vulneración del non bis in idem.*

(...) Se trataría de un concurso medial de delitos cuando nos encontramos con la tenencia para el contrabando con la embarcación y, luego, y, además, la tenencia de la droga para el destino del tráfico. La admisión del concurso medial por el TSJ ha sido correcta. Lo uno facilita lo otro en su utilidad medial.

4. Existe desconexión que impide el concurso de normas y admite el medial cuando es otro el delito de contrabando en el que ya no coincide el objeto sobre el que recae la acción delictiva con el objeto del artículo 368 y 370.3 CP; es decir, cuando el objeto del delito de contrabando es la tenencia de una embarcación semirrígida extraordinariamente veloz, carente de titularidad y registro, desvinculada de cualquier actividad legal y destinada a la comisión de delitos varios contra la salud pública. Esta

utilidad y utilización permite que opere en relación medial para cometer y llevar a cabo el delito contra la salud pública.

5. La tenencia de la embarcación de las características del RDL16/2018 determinan la reubicación en compartimentos estancos y separables entre sí del delito de contrabando respecto del delito contra la salud pública. No cabe la absorción del contrabando en el tráfico de drogas.

(...)

7. Concorre el dolo exigido tanto para el delito de contrabando para cometer el delito de tráfico de drogas. Se reduplica el dolo.

8. Hay diferencia del bien jurídico protegido entre ambos delitos en relación de concurso medial:

- a) El interés fiscal del Estado. Intereses fiscales y aduaneros del Estado.
- b) La salud pública colectiva, que reclama su autonomía delictiva respecto del primero.

9. El objeto de ambos delitos es distinto:

- a) La embarcación que reúna las características del RDL 16/2018.
- b) Las sustancias estupefacientes.

10. El artículo 370.3 CP no determina la prohibición del *non bis in idem*. La cantidad de la droga determina la extrema gravedad por sí misma. Existe diferenciación en los bienes jurídicos protegidos.

(...)

11. Se admite por el TSJ como concurso medial como dos acciones, por la conexión instrumental de carácter objetivo que mediaría entre ambos delitos.

No cabe, pues, el pretendido concurso de normas o absorción del contrabando en el tráfico de drogas, porque este último no conlleva asumir o reunir la totalidad del injusto del hecho probado y el desvalor de la acción desplegada en el *modus operandi* con el empleo de los mecanismos utilizados para el transporte de la droga y la existencia de la embarcación fijada como tal en el RDL 16/2018 en relación a la Ley 12/1995 en actividades de contrabando y por sus características. De ser así se desnaturalizaría el contenido del RDL 16/2018 en los casos de existencia de un delito de tráfico de drogas, cuando concurren las circunstancias previstas en el RDL 16/2018.

Si así fuera quedarían impunes las conductas en las que por las características de la embarcación para el transporte e introducción de la droga permitiera calificar los hechos como contrabando. No se trataría de hablar de absorción, sino más bien de impunidad si se aplicara el pretendido artículo 8.3 CP. Se trata de conductas separables. Se trata esta cuestión de igual modo y con argumentos complementarios en el FD núm. 6 ante el planteamiento del otro recurrente.

(...) No existe vulneración del *non bis in idem* por sancionar el delito de contrabando por el empleo de embarcación y la extrema gravedad del artículo 370.3 CP. Nótese que la extrema gravedad del artículo 370.3 CP se aplica ya a la cantidad de droga aprehendida que transportaban los recurrentes y consta en los hechos probados (...).

(STS 906/2021, de 24 noviembre)



## ARTÍCULO 384 CP

*Conducción de vehículo sin haber obtenido el permiso: padre que facilita a su hijo menor de ocho años un vehículo de motor para que lo conduzca solo en aparcamiento abierto a la circulación viaria, creando un riesgo para el menor y para los demás posibles usuarios de la vía.*

Debemos destacar, en primer lugar, que el recurso tiene interés casacional, habida cuenta la necesidad de fijación de criterio al respecto en cuanto a la interpretación del alcance típico, antijurídico, culpable y punible de conductas que giran sobre el artículo 384.2 CP, tanto cuando se trata de mayores de edad, como en este caso de menores de edad, en conductas de ayuda relevante perpetradas por el padre, o tercero, que coadyuve directamente con el conductor en la conducción *ex art.* 384 CP.

(...) El padre tenía una función de control del peligro que provenía del acto de conducción del menor, evitando exponerle al propio peligro que suponía la conducción, pero no hacer lo que hizo, cual fue, no lo olvidemos, una conducta ni tan siquiera de comisión por omisión, sino una conducta activa, al poner todos los medios a su alcance para que el menor condujera, y en la forma en la que lo hizo de forma continuada con tan solo 8 años de edad, mientras el padre estaba fuera del vehículo grabándole, lo que es más grave en su conducta que si fuera dentro, porque incrementó el peligro que ya había creado dolosamente

La responsabilidad del padre, recurrente en este caso, no viene, como luego insistimos, por la circunstancia de que el menor le hubiera arrebatado las llaves del vehículo en un descuido, y, sin percatarse de ello el padre, el menor hubiera conducido el vehículo, sino que participa en que tal conducción se llevara a cabo. Sin su colaboración, el hecho no se habría producido. Su conducta no es que sea omisiva, sino que es activa, y, además, de autoría mediata.

Es preciso destacar que en los casos en los que se produce esta colaboración del «tercero» para que otra persona mayor de edad conduzca sin permiso de una forma activa y participativa, como aquí ocurrió, y no por mero descuido, nos encontramos ante una cooperación necesaria en el tipo penal del artículo 384.2 CP. Pero en este caso concreto se trata, hasta incluso, más de una autoría mediata que de una cooperación necesaria por la circunstancia de ser menor de edad, y sin que ello suponga una situación de indefensión, ya que la defensa se ha podido ejercitar respecto al *factum* descrito y respecto a la conducta desplegada por el recurrente en relación al tipo penal objeto de acusación y la participación del mismo.

No puede hablarse, así, de que en el caso concreto hay una mera «accesoriedad» a la acción llevada a cabo, por cuanto no existe un injusto culpable del menor. La conducta del recurrente es en sí misma delictiva, por cuanto no hay una mera participación accesoria, sino una autoría mediata en el desarrollo de una conducta que se despliega por el padre, al poner todos los medios al alcance del menor para que conduzca. Y sobre ello se ha podido defender el recurrente, siendo la cooperación una de las formas de autoría previstas en el artículo 28 CP.

En términos generales, este tipo de conductas se sancionan por la vía de la cooperación necesaria por la decisiva colaboración que existe en el «tercero» que coadyuva con necesidad en la conducción del autor directo imputable, pero en el caso del inimputable, como el menor, sin injusto culpable, es predicable más técnicamente la teoría de la autoría mediata.

(...) habrá que estar a cada caso para evaluar si la conducta es típica en razón a su gravedad, y en este caso lo es en razón al hecho probado de un padre que, con absoluto desprecio de la vida de su hijo, nada menos que de 8 años de edad, le pone al frente de un vehículo de motor para conducirlo y le graba, mientras que el menor lleva a cabo la conducción del mismo, constituyendo una evidente colaboración activa en el peligro que pone de manifiesto su propio hijo, de cara a su propia vida e integridad física y de las demás personas que podrían haber sido atropelladas de pasar por allí.

Y es que hay un dato relevante, cual es que la irresponsabilidad del padre en este caso no puede sancionarse solo como una mera infracción administrativa, sino que hay un componente de individualización del caso en concreto que le hace ser responsable penal, dada la menor edad del hijo y el reproche, no solo social, sino penal que la grave ejecución del hecho lleva consigo.

La responsabilidad penal del padre es absoluta, en tanto en cuanto no se trata tan solo de que haya descuidado la vigilancia del menor para que éste no utilice el vehículo, sino que le ha ayudado a ello. El recurrente lleva a cabo una conducta activa de forma mediata a la ejecución del delito como aquí ha ocurrido, no siendo la irresponsabilidad penal del menor por su minoría de edad un salvoconducto o pasaporte para que el padre que ayuda al menor a coger el vehículo de motor y conducir con él sin permiso de conducir quede, luego, exento de responsabilidad penal, cuando la acción llevada a cabo es típica *ex art.* 384.2 CP y antijurídica por ello.

El padre no puede escudarse en que el menor es no imputable para ligar su reclamada falta de responsabilidad penal al menor cuando la conducta es típica y antijurídica, y más aún en la individualización del caso, como exponemos. Ha contribuido con su decisiva actuación a la conducción típica del menor, coadyuvando en la comisión del hecho delictivo, con lo que su acción no puede estar exenta de responsabilidad penal, quedando en una mera infracción administrativa. Esto no es admisible.

(...) El artículo 384 CP tipifica un delito de peligro abstracto, en el que se considera que la mera actividad de conducir sin la autorización administrativa acreditativa de los conocimientos y habilidades para ello, supone un riesgo o peligro grave para los bienes jurídicos protegidos (vida e integridad física de las personas y seguridad vial), por lo que dicha conducta, aun cuando no se produzca un resultado lesivo concreto es merecedora de sanción penal. Y los colaboradores necesarios en esta conducción serán responsables penalmente. Más en este caso en el que el conductor era un menor y, ante ello, la posición del recurrente emerge como conducta activa de poner todos los medios al alcance por parte de la persona que está detrás, a la persona que está delante, tal y como se construye en la teoría de la autoría mediata, y, sobre todo, en los casos de menor de edad del ejecutante directo del acto.

Además, no se trata de que el menor, por sí mismo, haya llevado a cabo una conducta ilícita con desconocimiento del padre sustrayéndole las llaves, por ejemplo, lo que no sería punible para este último, sino que es este el que la propicia con su acción, ya que es evidente que es él quien le lleva al lugar donde el menor se pone el frente del volante, y es él quien le graba, demostrando una conducta absolutamente colaboradora en la comisión del ilícito penal. No se trata de un descuido, o de una omisión del deber de vigilancia del padre respecto del menor, sino que se trata de una acción coadyuvante a que el menor actúe como lo hizo, conduciendo un vehículo de motor sin permiso de conducir.

(...)

3. La circunstancia de que el menor esté exento de responsabilidad penal no impide que el padre, que debió evitar que sucediera el hecho probado, sea el que per-

mite y ayude a que se perpetre, grabando, además, su comisión conduciendo el vehículo de motor, es decir, habiéndole permitido y ayudado el padre a que conduzca como lo hizo.

Hay un elemento clave en este tema, cual es el conocimiento de la inexistencia de permiso de conducir y la decisiva colaboración en que, a sabiendas de esa imposibilidad de conducir, lo haya llevado a cabo.

Y, además, como se expone, la conducta del recurrente es decisiva en la comisión del delito.

4. Dada la necesaria fijación de unificación de doctrina hay que recordar que, en términos generales, cometido el hecho por imputable penalmente la actuación del tercero iría por la vía de la cooperación necesaria y en el caso concreto por la de la autoría mediata ante la inexistencia de injusto culpable en la conducta del menor inimputable, donde no existe accesoriadad en la conducta del padre, sino autoría mediata.

En términos generales, como hemos expuesto, los partícipes en un delito ajeno, pueden responder (prescindiendo de los inductores –art. 28 a)– como cómplices del artículo 29 CP, o como cooperadores necesarios del artículo 28 b), según esa participación haya de considerarse necesaria o no necesaria para la comisión del delito por el autor principal.

(...) Esto evidencia que el caso concreto no pone de manifiesto una inocuidad de la conducta desplegada por el recurrente, sino un absoluto desprecio de sus obligaciones, coadyuvando, favoreciendo, posibilitando y alentando activamente la acción de la conducción sin permiso, obviamente, de un menor de edad de tan solo 8 años.

En definitiva, cabe apreciar, a la vista de lo expuesto, que no estamos en presencia de un mero incidente puntual en el que tiene lugar una leve contravención de la prohibición de referencia –piénsese, por ejemplo, en el supuesto de un progenitor que, en un lugar apartado, permitiera, durante unos segundos, a su hijo mayor de edad accionar los mandos de un vehículo a motor y ello por encontrarse aquel preparando las pruebas para la obtención de la correspondiente licencia de conducción– sino ante un comportamiento especialmente reprochable con la normativa vigente en la materia en el que se permite la actuación en solitario de un menor de corta edad, de manera continuada y en un lugar en el que resulta apta la circulación de vehículos a motor, poniendo así en riesgo de forma total y absolutamente injustificada en riesgo la seguridad colectiva que el precepto penal de referencia tiende a proteger, ya que resulta viable pensar que solo la casual ausencia de personas y/o bienes en las inmediaciones pudiera haber evitado la producción de relevantes menoscabos ya personales, ya materiales dimanantes de la inadecuada conducción de referencia».

(...)

7. Existe una relevancia de la conducta del titular del vehículo, al facilitarlo al menor, que carece de permiso, ya que sin su decisiva contribución en la obtención del vehículo el menor no hubiera podido disponer del mismo en ningún caso, ya que no hubiera tenido acceso material al vehículo con el que conduce, contribución relevante para que el menor conduzca, debiendo concluirse que, sin su cooperación, el delito no se había cometido. Hay autoría mediata en el caso.

Ello se basa en que se aporta el vehículo, sin que el autor, en este caso el menor, no lo hubiera obtenido de otro modo (teoría de los bienes escasos), y pudo impedir el recurrente, como padre, la comisión del delito retirando su concurso (teoría del domi-

nio del hecho) con lo que el menor no hubiera podido llevar a cabo la conducta típica y antijurídica.

La culpabilidad del recurrente es evidente, en tanto en cuanto tenía el claro dominio del hecho de impedir el uso del vehículo al menor, y sin embargo, no lo hace, sino lo contrario, ya que lo facilita y ayuda a que el menor conduzca con una edad, nada menos, que de 8 años, lo que evidencia una absoluta irresponsabilidad de un padre respecto a cómo debe tutelar los intereses del menor, que dada su menor edad era incapaz de darse cuenta del peligro que corría.

La puesta en peligro del menor y de terceros posibles perjudicados fue propiciada directa, no indirectamente por una conducta irresponsable socialmente, pero responsable penalmente. Coadyuvó eficazmente en la conducta de la conducción sin permiso a sabiendas.

Se puede aplicar, también, la teoría de la presunción del conocimiento, señalándose que el conocimiento exigido parece evidente en el ámbito familiar con menores, como aquí ocurre, en relaciones de dependencia laboral y de prestación de servicios. Y así, la participación del propietario o arrendador del vehículo en estos casos colma los requisitos doctrinales y jurisprudenciales para considerarle cooperador necesario, pues sin su decisiva aportación no sería posible cometer el delito por parte del conductor. Su aportación se convierte en un acto necesario en el *iter criminis*.

Pero es que, incluso, en estos casos, como decimos, hasta podríamos hablar de coautoría, ya que existe acuerdo común anterior a la realización del delito, dominio funcional del propietario o arrendador del vehículo, ya que dispone de las llaves del vehículo y de medios para impedir la conducción del autor: no facilitarle las llaves, por ejemplo. Podrían incluirse aquí los supuestos de la realización de «clases de conducción» privadas, los supuestos de aquel propietario que, para evitar conducir tras ingerir alcohol, permite que conduzca aquél que no posee permiso, etc.

No existiría responsabilidad penal en la situación en la que un padre deja las llaves en la entrada de su inmueble y el menor, sin conocimiento del padre, y sin tener, obviamente, permiso de conducir coge las llaves y utiliza el vehículo de motor, o en la situación en la que una persona le deja la llave de su vehículo a otra sin el conocimiento de que esta persona no tiene el permiso de conducir, aun cuando vaya con ella de copiloto, o le dejara las llaves sin conocimiento de esta circunstancia y aquél condujera el citado vehículo, es decir en situaciones en donde concurre la falta del elemento subjetivo, o del objetivo, en la conducta desplegada, dado que hemos señalado que la cooperación necesaria exige la concurrencia de ambos elementos, subjetivo y objetivo.

Pero la situación que ocurre en este caso no es la de un padre que con desconocimiento permite y no es consciente que un menor conduzca, sino que, en este caso, colabora de forma decisiva a ello, ya que se lleva al menor en el vehículo y le cede el uso y disposición del mismo en la conducción, grabándole mientras lleva a cabo esta conducta el menor. Acto reprochable penalmente.

En estos casos quien colabora decisivamente con el que conduce participa en la preparación del hecho, proporcionando el vehículo, y en la ejecución del delito, asesorando y apoyando con su sola presencia y experiencia al conductor, aunque en este caso le grababa desde fuera, hay que concluir que ayuda de forma eficaz y ejecutiva en la comisión del delito. No solo no lo impide, sino que colabora en que se lleve a cabo y tiene un claro dominio del hecho.

Debemos recordar, pues, que la autoría mediata, al igual que la autoría inmediata, es una forma de autoría principal. El autor mediato de un delito es el que realiza el tipo legal correspondiente empleando como instrumento a otra persona que actúa de

forma inconsciente a la trascendencia penal de lo que está haciendo como se reseña sobre esta forma de autoría.

La cooperación necesaria que se aplica en estos casos cuando el conductor es mayor de edad está ubicada en las modalidades de autor *ex art.* 28 CP, y en este caso concreto de menor de edad en la autoría mediata. Sabemos, así, que autor es, en primer lugar, aquel que ejecuta por sí solo la acción delictiva completa, el que lleva a cabo solo el tipo del delito. Pero autor también es aquel que se sirve de otro como instrumento, con la circunstancia de que ambos son autores, aunque aplicando una u otra vía de participación según las circunstancias concurrentes y los elementos del caso como aquí se ha explicado, por lo que, al igual que el cooperador necesario, el autor mediato es, sencillamente, autor. De este artículo 28 CP se colige que en el inciso tercero del párrafo primero incluye entre los auténticos autores a quienes realizan el hecho por medio de otro del que se sirven como instrumento, y de ello se deriva que la autoría mediata es aquella en la que el autor no realiza directa y personalmente el delito, sino sirviéndose de otra persona, generalmente no responsable, que es quien lo realiza.

Para realizar el delito, apunta la mejor doctrina, el autor mediato se vale como instrumento de un inimputable, o de una persona a la que se induce a error sobre la ilegalidad de la conducta, por lo que el inimputable no es el autor, sino el que utiliza al inimputable, como aquí ocurre.

Se añade que una característica importante de la autoría mediata es que se exige una relación de subordinación. Es decir, el instrumento debe estar supeditado a la voluntad del hombre de atrás como se predica en la tesis de la autoría mediata. Y esto se debe a que el instrumento actúa sin libertad o sin conocimiento, o padeciendo una situación de inculpabilidad.

Así, se incide por la doctrina en estos casos que si el instrumento actuara voluntariamente, entonces no sería instrumento, sino un autor propiamente, y en estos casos del artículo 384.2 CP podríamos apelar, como decimos, a la tesis de la cooperación necesaria en el tercero. Y en casos como el que ahora nos ocupa se reafirma el uso de la teoría del dominio del hecho como principal concepto teórico que delimita la autoría de la participación delictiva, y en concreto la autoría mediata.

Según la teoría del dominio del hecho, sería autor quien sin intervenir de propia mano es portador del dominio del hecho y se vale de otra persona a quien utiliza como instrumento. Es decir, el autor mediato controla la realización del hecho delictivo, que es lo que en este caso ha ocurrido.

Sostiene, así, la doctrina, que el dominio del hecho se fundamenta en el dominio de la voluntad del que actúa por parte del autor mediato, o aprovechando su propia inimputabilidad, como en este caso ocurre. Es el autor mediato quien hace prevalecer su voluntad sobre el instrumento aunque este sea inimputable.

(...) En este caso concreto el conductor era inimputable, y se afirma en estos casos que la exigencia de ausencia de (plena) responsabilidad jurídico-penal del hombre de adelante (en este caso un menor de edad) como condición necesaria de la autoría mediata del hombre de atrás (el padre que pone los medios al alcance del menor para que conduzca) puede fundamentarse en que cabe aplicar en estos casos la atribución de autoría jurídico-penal. Además, hay que recordar que la comisión mediata ha de ser equiparable a la comisión inmediata para que pueda ser punible, y en el caso presente concurre.

(...)

8. En los casos generales en los que el conductor es mayor de edad, existe, además, relevancia penal de la cooperación necesaria en el delito de mera actividad o

de peligro. Así, apunta la doctrina a este respecto que la tipicidad objetiva en los delitos de mera actividad consiste en determinar si la conducta realizada está abarcada por el ámbito de lo prohibido normativamente. Para ello debe precisarse si, desde un punto de vista *ex ante*, una persona media situada en la posición del autor hubiese contado con la existencia de los elementos típicos.

Adicionalmente, en el caso de que se trate de un tipo penal de mera actividad y de peligro abstracto, debe analizarse, igualmente a partir de un punto de vista *ex ante*, si la conducta es estadísticamente peligrosa. Incluso, si se trata de un tipo de lesión de mera actividad, pudiera estudiarse la relevancia penal de dicha lesión.

(...) Pues bien, se puede concluir que los actos probados del recurrente constituyen una contribución esencial al delito del artículo 384.2 CP, porque supone la realización de un acto sin el cual el delito no se hubiera cometido, por lo que es obvio que si no le hubiera dejado el coche no lo hubiera podido conducir, al ser un acto necesario para la conducción del disponer del vehículo, y además le acompañó en dicha conducción, siendo autor del artículo 28 CP, aun pese a la inimputabilidad del menor de edad que era el conductor. Ello no desnaturaliza la conducta típica, antijurídica, culpable y punible del recurrente, quien colabora activamente a que el hecho se cometa. De este hecho era conocedor el recurrente por el escrito de acusación y pudo defenderse debidamente, sosteniendo su no responsabilidad penal, pero que debe ser desestimada como se ha expuesto, al constituir su conducta un acto típico, culpable, antijurídico y punible en el delito de la conducción del artículo 384.2 CP por la conducción del menor, pero posibilitada activamente por el recurrente y de forma decisiva en esa actuación preparada *ex ante* de forma específica como ha quedado probado.

Por su parte, y en cuanto afecta en términos generales para cuando el conductor es mayor y un tercero colabora o coadyuva de forma decisiva en que conduzca sin permiso, la Circular 10/2011 de 17 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado, sobre Criterios para la Unidad de Actuación especializada en materia de seguridad vial reduce el reproche penal en el ámbito de la cooperación necesaria al supuesto en que exista una «acción positiva de ceder o prestar» el vehículo para su conducción inmediata o cercana en el tiempo a quien nunca ha obtenido permiso o licencia, con plena consciencia de dicha carencia. El recurrente no realiza, incluso, una conducta pasiva de permitir, sino activa al dejarle el vehículo y acompañarle grabando la conducción continuada del menor de 8 años de edad tan solo en la peligrosa conducción que un niño estaba realizando, de tal suerte que dichos actos deben ser calificados como de cooperación necesaria al delito objeto de condena, aunque el menor sea inimputable, porque no puede extenderse al cooperador necesario la inimputabilidad del menor.

(STS 314/2021, de 15 abril)

## ARTÍCULO 392 CP

*Falsedades: el permiso de conducir es un documento oficial que habilita para pilotar vehículos de motor y además tiene la consideración de documento de identidad.*

(...) es criterio con abundantes precedentes jurisprudenciales; y así la STS 300/1996, de 8 de abril señala que los permisos de conducir no sólo constituyen documento oficial sino que también son subsidiariamente un instrumento de identificación de la persona a cuyo favor se otorgan.

3. La reforma operada por LO 5/2010, introduce un segundo apartado en el artículo 392 CP, donde se sanciona con específica diferencia y mayor amplitud que

otras conductas de utilización de mistificados documentos, al que hiciere uso, a sabiendas, de un documento de identidad falso.

Ciertamente cuando el documento falso es utilizado por su falsificador, sólo se sanciona el hecho de la falsificación y no su utilización; en tradicional expresión jurisprudencial: «el uso del documento de identidad falso es absorbido por el de falsificación del mismo» (STS núm. 782/1990, de 6 de marzo, en interpretación del artículo 310 CP/1973, que sancionaba específicamente esta conducta de uso de documento de identidad falso).

Ello no evita que sean dos las infracciones delictivas derivadas del uso de documento falso por el propio falsificador; la falsificación se consuma en el momento en que la maniobra falsaria es operada en el documento, con la *editio falsi*, siempre que medie la intención de introducir ese documento en el tráfico jurídico (vid. SSTS 483/2011 de 15 de noviembre o 723/2018 de 23 de enero de 2019); no se precisa el uso de los documentos falsificados para la consumación de la falsedad.

Pero si no concurre el delito de falsificación, desaparece el concurso y consecuentemente debe ser sancionado el antes absorbido delito de uso de documento de identidad falsificado.

Algún sector de la doctrina se refería al uso como «falsedad impropia» porque no es una conducta propiamente de falsificación, sino que se nos ofrece con posterioridad al hecho de falsificación misma y de manera independiente de ella».

Uso del documento falso que no resulta abarcado por la cosa juzgada declarada. El hecho de la falsificación documental del concreto permiso de conducción que contemplamos, no se reitera cada vez que se utiliza el mismo documento mistificado; en la primera ocasión se exterioriza la ideación de su destino y de ahí la consunción entre falsificación y uso; pero cada utilización ulterior de ese documento falso, siempre en relación a ese mismo documento falsificado, donde aparece el acusado como titular de un permiso de conducir que se dice expedido en Senegal, integra un ilícito penal adicional de uso de documento de identidad falso.

Cada utilización, cada exhibición ulterior a los agentes en cada una de esas fechas, deviene en nueva infracción delictiva. (...) Aun cuando en singular modo se considerara que el término «uso» debiera entenderse en la acepción que implica una práctica reiterada, plural, por costumbre, la existencia de los dos procesos precedentes donde ha resultado investigado el acusado, ha conllevado una ruptura jurídica de la actividad delictiva, el cese de la permanencia, continuidad, tracto continuado, o cualesquiera otras acciones que prolongadas en el tiempo caracterizan un tipo delictivo; y determina la necesidad de la ponderación *ex novo* de las conductas ulteriores; habrá un nuevo delito desconectado de la actividad previa, tras una ruptura jurídica en la actividad (vid. STS 724/2020, de 2 de febrero).

(STS 170/2021, de 25 febrero)

## ARTÍCULO 410 CP

*Desobediencia: miembro de la Mesa del Parlamento de Cataluña que desoye los requerimientos recogidos en la STC 259/2015, de 2 de diciembre sobre la ilegalidad del proceso soberanista, al admitir a trámite proposición de ley abiertamente inconstitucional y participar en otras actuaciones parlamentarias igualmente ilegales.*

El delito de desobediencia se comete cuando dolosamente se dejen de cumplir las prevenciones, órdenes y mandatos emanados de una autoridad, dictados en el ámbito de su competencia y de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido. Una

reiterada jurisprudencia de esta Sala ha interpretado el tipo penal del artículo 410 CP exigiendo que la orden emane de una autoridad competente, que sea una orden directa y terminante, dictada conforme a la legalidad, y que sea conocida por el sujeto obligado a cumplirla quien, de forma expresa, no cumple con obligación impuesta.

Dijimos en la sentencia 477/2020, de 28 septiembre, que el delito de desobediencia cometido por autoridad o funcionario se integra por los siguientes elementos:

a) La previsión, pronunciamiento o dictado de la sentencia o resolución procesal por un órgano judicial, o de una orden por autoridad o funcionario administrativo y que la sentencia, resolución u orden se haya dictado por órgano judicial o administrativo competente y con observancia de las normas procedimentales legales, y que la sentencia, resolución u orden conlleve una obligación de actuar de determinada forma o de no actuar, para ciertas autoridades o funcionarios, precisamente para que se logre la efectividad de la sentencia, resolución u orden. Este es el presupuesto jurídico administrativo del delito de desobediencia.

b) Que la autoridad o funcionario no desarrolle la actuación a que le obligue la sentencia u orden o despliegue la actividad que le prohíben tales resoluciones. El Código actual, en el artículo 410, como el anterior en el artículo 369, exige que la autoridad por funcionarios se nieguen abiertamente a dar cumplimiento al mandato obligatorio y la jurisprudencia de esta Sala ha equiparado a tal comportamiento la pasividad reiterada y actuación insistentemente obstaculizadora, y

c) El elemento subjetivo, que requiere el conocimiento del presupuesto jurídico extrapenal, es decir, de la obligación de actuar generada por la resolución del tribunal o del superior administrativo y el propósito de incumplir, revelado ya por manifestaciones explícitas, o implícitamente por el reiterado actuar opuesto al acatamiento de la orden, sin que se admita la posibilidad de comisión culposa del delito de desobediencia (SSTS 493/98, de 10 de junio; 415/1999, de 9 abril).

(...) En términos del Auto del Tribunal Constitucional 24/2017, la propuesta de ley de referéndum tenía un «contenido objetivamente contrario a la Constitución» y, por ende, a los mandatos recogidos en los requerimientos que se han reseñado en el hecho probado. (...) Este proyecto de ley fue presentado a Mesa el día 6 septiembre, pese a su registro el día 31 de julio, y en la reunión de la Mesa el Letrado mayor del Parlamento y el Secretario general del Parlamento emitieron un informe dirigido a los miembros de la Mesa en el que reiteraban el contenido de las Sentencias.

Autos y providencias dictadas por el Tribunal Constitucional indicando el deber de impedir o paralizar cualquier iniciativa, jurídico o material que directa o indirectamente suponga ignorar o eludir la nulidad declarada por el Tribunal Constitucional en las sentencias, autos y providencias que habrían sido notificadas expresamente al acusado. Hemos declarado probado que el acusado era plenamente consciente de que referéndum de autodeterminación contrariaba abiertamente la Constitución y las órdenes dictadas por el Tribunal Constitucional en varias resoluciones que le fueron notificadas personalmente y de las que había sido informado. No obstante, el acusado en su condición de miembro de la Mesa, llamado a calificar los escritos y documentos parlamentarios y admitirlos, o inadmitirlos, a trámite (art. 37 del Reglamento del Parlamento), votó favorablemente a la tramitación del proyecto de ley, desobedeciendo las obligaciones impuestas por el Tribunal Constitucional, órgano competente, para su disposición.

Documentalmente consta en las actas de las reuniones de la Mesa que esa proposición de ley fue incluida en el orden del día de la Mesa del 6 septiembre, pese a que había sido presentada en el registro 31 julio anterior y hubo reuniones de la Mesa



durante el mes de agosto. Que el acusado votó a favor de su admisión a trámite, pese a las advertencias de los Letrados y, también consta, que en la misma fecha el acusado votó en contra de tres reconsideraciones formuladas por sendos grupos parlamentarios que solicitaban la inadmisión a trámite de la mencionada ley.

Los requisitos que hemos señalado para el delito de desobediencia del artículo 410 CP, concurren en los hechos objeto del presente enjuiciamiento. No cabe duda de que el Tribunal Constitucional es el órgano competente, como intérprete supremo de la Constitución (art. 1 LOTC) y sus resoluciones deben ser obedecidas (...). Las resoluciones son claras y precisas. (...) El recurrente no ha discutido la función del Tribunal Constitucional en un Estado democrático de Derecho. A él se ha referido como el órgano jurisdiccional que tiene «la última palabra», sobre lo que era objeto de debate en el Parlamento de Cataluña y en su ánimo estaba el acatamiento a lo que dijera el Tribunal Constitucional, aunque pretendiera la modificación de la Constitución.

(...) Consecuentemente, sobre la naturaleza de autoridad y sobre la acomodación a la ley de las órdenes emanadas no hay duda, ni el acusado las expresa. Al contrario, reconoce la legitimidad y la actuación competente del Tribunal Constitucional. (...) El acusado no obedeció en los términos que le era exigible, desde el conocimiento de la obligación que tenía, y así se le había notificado, en un extremo que el acusado también conocía.

(...) Hemos declarado probado el conocimiento del acusado sobre la obligación de actuar generada por la decisión del Tribunal Constitucional (fue ampliamente informado del deber de actuar en el sentido requerido y así se le había notificado). Además consta el hecho de incumplir, revelado por manifestaciones explícitas de su voto, tanto al admitir a trámite la proposición de ley, abiertamente contraria a la Constitución y a las Sentencias que habían anulado los pronunciamientos que el Tribunal había suspendido y había anulado, como al rechazar las pretensiones de reconsideración, que se plantearon a la Mesa. En la fecha de la reunión de la Mesa, el Tribunal había comunicado y advertido la naturaleza inconstitucional de determinadas actuaciones parlamentarias del Parlamento de Cataluña y el deber de actuar en cumplimiento de las Sentencias dictadas para no proseguir en la inconstitucionalidad declarada. La desobediencia fue, consciente, reiterada en el voto de admisión a trámite y en las negativas a la reconsideración y el acusado no podía plantear, como sí lo hizo en otras ocasiones a las que nos referiremos, alternativas al cumplimiento de lo dispuesto en las resoluciones del Tribunal Constitucional. O acataba o desobedecía, no tenía otra alternativa, y optó por desobedecer.

(STS 301/2021, de 8 abril)

## ARTÍCULO 556.1 CP

*Desobediencia a agentes de la autoridad: es necesario un mandato expreso, concreto y terminante emanado de la autoridad o sus agentes dentro de sus competencias, que sea conocido por su destinatario, con una negativa patente a su cumplimiento, o se adopte una reiterada y evidente pasividad a lo largo del tiempo sin dar cumplimiento al mandato.*

El delito de desobediencia, previsto en el artículo 556 CP, como recuerda, por todas, nuestra sentencia número 560/2020, de 29 de octubre, supone una conducta,

decidida y terminante, dirigida a impedir el cumplimiento de lo dispuesto de manera clara y tajante por la autoridad competente (SSTS 1095/2009, de 6 de noviembre, 138/2010, de 2 de febrero). Son, por tanto, sus requisitos:

a) un mandato expreso, concreto y terminante de hacer o no hacer una específica conducta, emanado de la autoridad y sus agentes en el marco de sus competencias legales.

b) que la orden, revestida de todas las formalidades legales haya sido claramente notificada al obligado a cumplirla, de manera que éste haya podido tomar pleno conocimiento de su contenido, sin que sea preciso que conlleve, en todos los casos, el expreso apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia, caso de incumplimiento.

c) la resistencia, negativa u oposición a cumplimentar aquello que se le ordena, que implica que frente al mandato persistente y reiterado, se alce el obligado a acatarlo y cumplirlo con una negativa franca, clara, patente, indudable, indisimulada, evidente o inequívoca (STS 263/2001, de 24 de febrero) si bien aclarando que ello ha de interpretarse de manera contundente y explícita, empleando frases o realizando actos que no ofrezcan dudas sobre la actitud desobediente, sino que también puede existir cuando se adopte una reiterada y evidente pasividad a lo largo del tiempo sin dar cumplimiento al mandato, es decir, cuando sin oponerse o negar el mismo tampoco realice la actividad mínima necesaria para llevarlo a cabo, máxime cuando la orden es reiterada por la autoridad competente para ello, o lo que es igual, cuando la pertinaz postura de pasividad se traduzca necesariamente en una palpable y reiterada negativa a obedecer (STS 485/2002, de 14 de junio). O lo que es lo mismo, este delito se caracteriza no solo porque la desobediencia adopte en apariencia una forma abierta, terminante y clara, sino que también es punible «la que resulta de pasividad reiterada o presentación de dificultades y trabas que en el fondo demuestran su voluntad rebelde» (STS 1203/97, de 11 de octubre).

Conviene tener presente –así lo precisábamos también en la STS 54/2008, de 8 de julio– que una negativa no expresa, que sea tácita o mediante actos concluyentes, puede ser tan antijurídica como la expresa y directa. El carácter abierto o no de una negativa no se identifica con la proclamación expresa, por parte del acusado, de su contumacia en la negativa a acatar el mandato. Esa voluntad puede deducirse, tanto de comportamientos activos como omisivos, expresos o tácitos.

Sin embargo, lo cierto es que el relato de hechos probados de la sentencia que es ahora objeto de recurso (...) no concreta que el acusado recibiera, fuera destinatario de orden alguna. En hipótesis, cabría considerar como fuente del mandato pretendidamente desobedecido bien el que procedería de los propios agentes, bien el que directamente derivaba de las instrucciones dictadas por la Fiscalía. Sucede, sin embargo, que en el relato de hechos probados que contiene la sentencia dictada por la Audiencia Provincial no se realiza alusión o referencia alguna a que los agentes emitieran alguna orden dirigida al ahora acusado. Antes al contrario, se describe que fue él mismo quien se dirigió a los agentes para instarles a que devolvieran el material intervenido. Ellos, los agentes, se negaron, explicando precisamente que se hallaban en el cumplimiento de la orden emitida por la Fiscalía, momento en el que el acusado «so pretexto» de que ellos eran meros agentes dependientes orgánicamente de la Alcaldía de Badalona y que «él era el único responsable», resolvió abrir la puerta del vehículo, recuperar los carteles y entregarlos a las personas que inicialmente los portaban, sin que haya constancia de que por parte de los agentes se le dirigiese orden alguna para que se abstuviera de hacerlo o de que se tratara de impedir dicha conducta de ningún modo.

Tal vez, por eso, el Ministerio Público parece identificar en su recurso como la fuente de la orden incumplida las tan citadas instrucciones de la Fiscalía. Sin embargo, y nuevamente conforme resulta del relato de hechos probados, la dictada por la Ilma. Sra. Fiscal Jefe de Barcelona (Instrucción 1/2017), complementaria de la 2/2017, dictada por el Excmo. Fiscal Superior de Cataluña, tenía por destinatarios a los Mossos de Escuadra, a fin de que los jefes de las respectivas unidades de policía judicial se dirigieran por escrito a todos los jefes de las policías locales de cada demarcación o territorio para que, con el propósito de evitar la consumación o agotamiento de los delitos, procedieran directamente a adoptar las medidas conducentes a intervenir los efectos o instrumentos destinados a preparar o celebrar el referéndum ilegal, urnas, sobres electorales, manuales de instrucción para los miembros de las mesas electorales, impresos electorales, propaganda electoral, elementos informáticos, así como cualquier otro material de difusión, promoción o ejecución del referéndum.

No estamos aquí, como se ha anticipado *supra*, en el trance de determinar si el acusado protagonizó o no dolosamente su comportamiento, ni tampoco, desde luego, ante un aspecto relacionado con el derecho fundamental a la presunción de inocencia o a las exigencias derivadas del principio *in dubio pro reo*; extremos, todos ellos, a los que de manera confusa se refiere la sentencia recurrida como fundamento de su decisión. Sin embargo, dicha sentencia debe ser confirmada, aunque por razones sustancialmente diversas. En efecto, el precepto contemplado por el artículo 556 del Código Penal, tiene naturaleza de delito especial, en el sentido de que resulta restringido el círculo de sus posibles sujetos activos, no cualquiera puede cometerlo. Se precisa para ello que nos encontremos ante el destinatario de una orden, procedente de la autoridad o de sus agentes (respetando las formalidades legales y con competencia para emitirla) y, sin embargo, la desobedezca gravemente. Es claro aquí que el acusado conocía, en sustancia, el sentido de las órdenes contenidas en las Instrucciones de la Fiscalía, del que había sido informado por los propios agentes. Instrucciones con relación a las cuales, además, la alcaldesa de la Corporación había enviado un escrito a la Fiscalía Provincial de Barcelona «interesando que la dejara sin efecto respecto a la intervención de la policía local». Y es claro también que la actuación del acusado, en los términos en los que aparece descrita en la resolución impugnada, dificultó gravemente o impidió a los agentes, de una forma plenamente consciente, el cumplimiento de lo que a ellos les había sido ordenado. (...) conocía la existencia de la orden, de la que sin embargo no era destinatario, y actuó con pleno conocimiento y voluntad de que su conducta frustraría el cumplimiento de lo ordenado. Tal vez quiso desobedecer, entendido este concepto en un sentido vulgar o genérico, pero penalmente no pudo hacerlo porque ninguna orden le había sido dirigida. En otro plano, y dicho a efectos de que mejor pueda ser comprendido lo que queremos decir, no es infrecuente, en particular aunque no exclusivamente en el período de la adolescencia, observar cómo determinadas personalidades buscan su reafirmación impostando una rebeldía que, en realidad, no vulnera mandato alguno. Quieren infringir, aunque no haya orden que infringir.

Resulta necesario concluir, sin embargo, que ni los agentes mismos, ante la actitud del acusado, emitieron orden ninguna destinada a él para que depusiera su actitud, —como, acaso, habrían hecho de no tratarse de un edil de la corporación—; ni tampoco las instrucciones emitidas por la Fiscalía tenían a (...) como destinatario. Por eso, la conducta de éste, contemplada aquí lógicamente inscrita en el ámbito referencial del delito de desobediencia, único por el que se formula acusación, solo puede considerarse atípica, habida cuenta de que para desobedecer una orden en los términos referidos en el citado artículo 556 del Código Penal, es preciso primero que la misma exista y tenga por destinatario al sujeto activo, lo que aquí no sucedió.

A efectos meramente ilustrativos o dialécticos, acaso podría contemplarse idealmente la figura de la inducción a la desobediencia, para el caso de que se hubiera entendido que el acusado hizo nacer en los agentes, estos sí destinatarios de la orden recibida, la voluntad de desatenderla. Sin embargo, ni lo primero ni lo segundo fluye del relato de hechos probados. Más dudosamente podría haberse reflexionado acerca de la posibilidad de cometer esta clase de delitos a través de la figura de la autoría mediata, que se contempla en el propio artículo 28 del Código Penal y que, en todo caso, requeriría que los autores inmediatos (en tal hipótesis los agentes) hubieran actuado de un modo no culpable, por ejemplo, bajo la causa de exculpación contemplada en el artículo 20.6 del Código Penal. Mas, es claro que ni tales hipótesis fluyen o pueden construirse a partir del relato de hechos probados (ni del contenido en la sentencia ahora recurrida ni del que se incorporó a la dictada por el Juzgado de lo Penal), ni se contenían tampoco explícitamente en el escrito de acusación.

Ciertamente, y como ya se ha dicho, el acusado conocía la orden emitida por la Fiscalía en el ejercicio de sus funciones y actuó con el propósito de obstruir su cumplimiento, invocando para ello su condición de tercer teniente de Alcalde de Badalona y confiado en la influencia que aquélla podría tener en la reacción (en la falta de reacción) de los agentes de la guardia urbana (...). Dicha conducta desprende, claro es, el aroma de lo antijurídico, de lo opuesto al Derecho. Sin embargo, en el marco de esta modalidad, particularmente angosta, del recurso de casación y en los límites del único motivo que la autoriza (...), se concreta aquí nuestra función en valorar si los hechos que se declaran probados en la sentencia impugnada, pétreos ya y en todo inmodificables, admiten ser o no subsumidos en el único tipo penal invocado por la acusación (el delito de desobediencia, contemplado en el artículo 556 del Código Penal). Entendemos, por lo ya explicado, que, siempre con respecto al mencionado tipo penal, único marco de referencia atendible aquí, la conducta es atípica.

(STS 187/2021, de 3 marzo)

## Acuerdos del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo

EDUARDO DE URBANO CASTRILLO

Doctor en Derecho  
Magistrado en excedencia  
Ex Coordinador del Gabinete Técnico  
de la Sala Segunda del Tribunal Supremo

En el año 2021, como viene sucediendo en los últimos años, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo no ha celebrado ninguna reunión de unificación de criterios, haciendo uso del artículo 264 LOPJ.

Ahora, siguiendo la fórmula que se implantó en 2019, se resuelven cuestiones dudosas, por su novedad o contradicción entre distintos Tribunales, mediante sentencias de pleno que, por tanto, no acaban con un acuerdo sino con un fallo, en el que se explica con cierta extensión, la decisión que resulta directamente aplicable al caso, al tiempo que señala la doctrina cara al futuro.

Seguidamente damos cuenta de las sentencias de pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo dictadas en el pasado año 2021, invitando, a su lectura directa para conocer *in extenso* su fundamentación.

### STS 314/2021, DE 15 DE ABRIL

*Asunto: Responsabilidad de un padre por el delito del artículo 384.2 CP al coadyuvar en la conducta de conducir un vehículo de motor del hijo de ocho años de edad, mientras le grababa.*

Doctrina: Tras indicarse que se trata de una cuestión resuelta de forma contradictoria por distintas Audiencias, en cuanto a la responsabilidad de los mayores de edad mediante conductas de ayuda relevante a la conducción por menores de edad, se resuelve que se trata de un caso de cooperación necesaria [ex artículo 28 b) CP] respecto a un delito en el que se tipifica la mera actividad de conducir sin la autorización administrativa acreditativa de los conocimientos y habilidades para ello, lo que supone un riesgo o peligro grave para los bienes jurídicos protegidos (vida e integridad física de las personas y seguridad vial), por lo que dicha conducta, aun cuando no se produzca un resultado lesivo concreto, es merecedora de sanción penal. Y el hecho de que quien conduzca esté exento de responsabilidad penal no impide que el garante,

es decir, quien debía evitar la conducta delictiva, deba responder por haber permitido y cooperado en la comisión del delito.

### STS 317/2021, DE 15 DE ABRIL

*Asunto: Distinción entre los incendios forestales.*

Doctrina: La diferencia entre el incendio del artículo 352 y del artículo 354 del CP, estriba en que en el primero se castiga, con pena superior, cuando existe propagación y en el segundo, el mero prender fuego a montes o masas forestales.

Por su parte, y como pueden surgir una serie de zonas difusas o fases intermedias entre el momento de la combustión y el de la propagación o dispersión del incendio, la pauta metodológica –se señala– no puede ser otra que la escasa, o no, significación del incendio producido.

Por otro lado, se castiga la imprudencia en el artículo 358 CP, para cuya aplicación hay que tener en cuenta, tanto el deber subjetivo de cuidado omitido, como la gravedad de la imprudencia en relación con el grado de previsibilidad o de cognoscibilidad de la situación de riesgo, atendiendo para ello a las circunstancias del caso concreto.

### STS 335/2021, DE 22 DE ABRIL

*Asunto: Delito contra la propiedad intelectual por explotar económicamente, a través de un locutorio, unos programas informáticos sin la licencia de utilización.*

Doctrina: Encaja en el tipo del artículo 270 CP la explotación económica de unos programas informáticos sin la previa licencia para su utilización, lo que supone su ilícita explotación comercial cuando se realiza en un locutorio, pues ello posibilita el acceso a Internet a partir de ordenadores que albergan programas informáticos, hardware y software, que son obras documentadas, creación del espíritu con un contenido original y protegido por el ordenamiento.

Asimismo, el Tribunal Supremo declara que la conducta enjuiciada no puede encontrar amparo en el principio de intervención mínima, pues el principio de intervención mínima orienta al legislador a la hora de ordenar los instrumentos de protección de los distintos bienes jurídicos, debiendo regirse la actuación de jueces y tribunales, por el principio de legalidad.

### STS 333/2021, DE 22 DE ABRIL

*Asunto: Calificación jurídica del «deslucimiento» de un bien.*

Doctrina: La desaparición del artículo 626 CP, donde se contenía la falta de deslucimiento de un bien, ahora reconvertida en una infracción administrativa (artículo 37 de la Ley de Seguridad Ciudadana) no significa que haya quedado impune si la acción supone una pérdida de su valor o una reparación evaluable económicamente.

Y ese es el caso, en el que se aplica el artículo 263 CP, delito de daños, cuando se embadurna con pintura una fachada y la puerta de una vivienda, pues la conducta típica consiste en la destrucción, deterioro o inutilización con menoscabo de la sustancia del bien, con la consiguiente necesidad de un desembolso económico para reparar «los daños» causados. Pues ello comporta una lesión al patrimonio ajeno, consistente en el empobrecimiento del mismo, por el mal producido.

## STS 355/2021, DE 29 DE ABRIL

*Asunto: Aplicación de las agravaciones en la estafa impropia.*

Doctrina: El Pleno de la Sala Segunda, condena a quien vende un inmueble ocultando que garantizaba una deuda de 142.000 euros como autora de un delito de estafa agravada del artículo 248, 250.1 5.ª y 250.2 del CP, en la redacción actualmente vigente, en concurso de normas con el artículo 251.2.º, inciso primero.

Recuerda que aunque generalmente la maquinación engañosa de la estafa se construye sobre la aportación de datos o elementos no existentes, dotándoles de una apariencia de realidad que confunde a la víctima, es posible también que consista en la ocultación de datos que deberían haberse comunicado para un debido conocimiento de la situación por parte del sujeto pasivo, al menos en los casos en los que el autor está obligado a ello.

Por ello, engaña a un tercero quien le comunica algo falso como si fuera auténtico y quien le oculta datos relevantes que estaba obligado a comunicarle. En el caso de la estafa impropia del artículo 251.2 del CP, la concurrencia del engaño se materializa con el vocablo «ocultando» la existencia del gravamen, que, a su vez implica el carácter doloso de la acción, al tratarse de silenciar consciente y voluntariamente la existencia de la carga que soporta el bien objeto del contrato.

El artículo 251, se aclara igualmente, contempla conductas que pueden ir referidas a bienes muebles o inmuebles, y, dentro de estos, a viviendas habituales o a otros inmuebles con destinos o utilidades diferentes. Finalmente, en el concurso de normas entre los artículos 250 y 251 CP, es de aplicación el principio de especialidad.

## STS 364/2021, DE 29 DE ABRIL

*Asunto: Prescripción de las pensiones alimenticias cuando su impago ha dado lugar a una condena por el delito del artículo 227 CP.*

Doctrina: La obligación del pago de pensiones impuesta en sentencia civil, cuyo incumplimiento origina un proceso penal, no es responsabilidad civil que nazca de un delito, pues se generó antes y no se transforma por el hecho de que su incumplimiento haya podido dar lugar a un proceso ante la jurisdicción penal.

En consecuencia, su prescripción se rige por la ley civil, que conlleva un plazo de cinco años en el derecho común y tres en el derecho civil catalán. Habiéndose afirmado la naturaleza estrictamente civil de la deuda y su condición de obligación *ex lege* –que no *ex delicto*– no suscita duda la aplicabilidad de la legislación autonómica específica (Ley 29/2002, de 30 de diciembre).

## STS 396/2021, DE 6 DE MAYO

*Asunto: Uso por el no titular de una tarjeta de estacionamiento de personas con discapacidad.*

Doctrina: Se trata de un supuesto atípico penalmente, que encuentra en el derecho administrativo sancionador una respuesta normalmente más ágil y que puede suplir la inidoneidad de nuestro derecho penal positivo vigente para salir al paso de esos usos ilegítimos, e incluso convertirse en una reacción suficientemente proporcionada y desincentivadora.

Pero otra cosa es su falsificación, que es constitutiva del delito del artículo 392 CP que, dado que se trata de un documento oficial, su uso deba penarse por el artículo 393, si se acredita perjuicio a tercero. Y este elemento intencional debe identificarse con un perjuicio real y efectivo, no meramente hipotético, por respeto al principio de intervención mínima.

Acaba la resolución señalando una paradoja: lo más grave (uso de una certificación oficial de trascendencia en el tráfico jurídico por quien no es su titular) resultará atípico; siendo punible, en cambio, lo menos grave, pero esa falta de lógica es predicable de la ley.



# CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

ÁNGELA CASALS FERNÁNDEZ

Profesora Acreditada Contratada Doctora  
de Derecho Penal y Derecho Penitenciario  
Universidad CEU San Pablo

## INSTRUCCIÓN 2/2011, DE 11 DE OCTUBRE, SOBRE EL/LA FISCAL DE SALA DE CRIMINALIDAD INFORMÁTICA Y LAS SECCIONES DE CRIMINALIDAD INFORMÁTICA DE LAS FISCALÍAS (ACTUALIZADA A 21 DE SEPTIEMBRE DE 2021)(1)

SUMARIO.: I. Introducción.–II. La especialización en materia de criminalidad informática. 1. Fundamento. 2. Marco competencial. a) Delitos en los que el objeto de la actividad delictiva son los sistemas informáticos o las TIC. b) Delitos en que la actividad criminal se sirve para su ejecución de las ventajas que ofrecen las TIC. c) Delitos en los que la actividad criminal entraña especial complejidad en su investigación que demanda conocimientos específicos en la materia.–III. El/La Fiscal de Sala Coordinador/a contra la criminalidad informática: Funciones: 1. Práctica de diligencias e intervención en aquellos procesos penales de especial trascendencia. 2. Supervisión y coordinación de la actividad de las secciones de criminalidad informática. 3. Coordinación de los criterios de actuación de las distintas Fiscalías en materia de criminalidad informática. 4. Elaboración anual de un informe sobre los procedimientos de esta naturaleza. 5. Otras funciones.–IV. Las secciones territoriales de criminalidad informática. 1. Constitución y organización. 2. Funciones.

---

(1) Disponible en: <https://www.fiscal.es/documentación>

## I. INTRODUCCIÓN

La articulación de un sistema adecuado de especialización en el trabajo constituye sin duda una de las líneas maestras que inspiraron la reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, que se llevó a efecto por Ley 24/2007, de 9 de octubre, consolidando de esta forma el proceso de transformación iniciado años atrás y gestado en el seno de la propia institución con el objetivo de adaptar la estructura del Ministerio Fiscal a las exigencias y necesidades de una sociedad cada vez más compleja.

De este proceso, previo a la última modificación estatutaria, son fieles exponentes la constitución de las Fiscalías Antidroga y contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada, así como la previsión legislativa, a través de los artículos 18 quater y quinquies en la anterior redacción del EOMF, de las plazas de Fiscal de Sala contra la Violencia sobre la Mujer y de Fiscal de Sala Coordinador/a para los delitos relativos a la Ordenación del Territorio, la Protección del Patrimonio Histórico Artístico y del Medio Ambiente. Como también responde a ese mismo planteamiento la creación por Real Decreto 1552/2005, de 23 de diciembre, de la plaza de Fiscal de Sala Coordinador/a de Siniestralidad Laboral, y por Real Decreto 709/2006, de 9 de junio, de las de Fiscales de Sala Coordinadores/as de Seguridad Vial y Extranjería. Al mismo tiempo, internamente, la publicación de diversas instrucciones de la FGE sobre ámbitos concretos de actividad fue sirviendo como cauce para perfilar las líneas de esta nueva estructura en la que la distribución del trabajo por áreas de especialidad se combinaba con la tradicional organización horizontal del Ministerio Fiscal. Al respecto son significativas las Instrucciones de la FGE núm. 7/2005 (violencia sobre la mujer); 9/2005 (incendios forestales); 11/2005 (unidad de actuación); 12/2005 (Fiscalía Antidroga); 4/2006 (Fiscalía Anticorrupción); 2/2007 (cooperación internacional); 4/2007 (medio ambiente); y 5/2007 (siniestralidad laboral, extranjería y seguridad vial).

La reforma del Estatuto Orgánico consagró definitivamente este modelo en el entendimiento de que la especialización es una exigencia impuesta por la dinámica social, cuya creciente complejidad y ritmo vertiginoso de evolución afecta a todos los aspectos de las relaciones humanas y a nuestro propio modelo de convivencia. Resultaba incuestionable que el Ministerio Fiscal, encargado constitucionalmente de la defensa de los derechos de la ciudadanía y del interés general, tenía que dotarse de un armazón y un sistema de funcionamiento que le permitiera dar respuesta a esta exigencia, procurando al tiempo una

interpretación uniforme de la norma como forma de garantizar los principios de seguridad jurídica e igualdad de los ciudadanos y ciudadanas ante la ley. Desde este planteamiento, la definición de criterios y puntos comunes de actuación en las distintas materias solo era posible adaptando la estructura de la Fiscalía a esta nueva realidad y asumiendo la especialización como uno de los criterios definidores de la organización y de la dinámica interna de la institución.

Con posterioridad a la publicación de la Ley 24/2007, de 9 de octubre, la profundización en este mismo planteamiento dio lugar a la creación de la plaza de Fiscal de Sala de Menores en virtud del Real Decreto 658/2007, de 25 de mayo, y posteriormente las de Fiscal de Sala Coordinador/a para la Cooperación Internacional y para la Criminalidad Informática, por Real Decreto 1735/2010, de 23 de diciembre. Más recientemente, en virtud del Real Decreto 978/2020, de 11 de noviembre de 2020, se creó la plaza de Fiscal de Sala Coordinador/a para la Protección de las Personas con Discapacidad y Mayores.

A idéntico propósito de impulso de la especialización obedecieron también las Instrucciones de la FGE núm. 3/2008 y 1/2009 (menores de edad); 4/2008 (protección de personas con discapacidad); 4/2009 (secciones de civil), 2/2010 (Fiscalía Antidroga) y 1/2011 (cooperación internacional), debiendo mencionarse especialmente la Instrucción de la FGE núm. 5/2008, a través de la cual se llevó a efecto la adaptación de la organización y funcionamiento de las áreas de especialización y del sistema de nombramiento de sus delegados/as a la indicada modificación estatutaria, así como la Instrucción de la FGE núm. 1/2015, sobre algunas cuestiones en relación con los Fiscales de Sala Coordinadores y los Fiscales de Sala Delegados, en la que se abordan y desarrollan algunos aspectos relativos a la organización interna y actuación de estas áreas de especialización del Ministerio Fiscal.

Igualmente, en los últimos años, tras el dictado de la Instrucción de la FGE núm. 11/2005, sobre la instrumentalización efectiva del principio de unidad de actuación establecido en el artículo 124 de la CE, y con idéntico objetivo de garantizar una intervención eficiente y coordinada del Ministerio Fiscal en los diversos ámbitos en los que se desenvuelve su actividad, se han ido articulando delegaciones del/ de la Fiscal General del Estado para materias concretas, como es el caso de la protección de víctimas, la delincuencia económica, la vigilancia penitenciaria y contra los delitos de odio y discriminación, así como para las cuestiones relacionadas con la actuación del Ministerio Fiscal en los distintos órdenes jurisdiccionales civil, social y contencioso-administrativo.

Por tanto, en palabras de la Instrucción de la FGE núm. 5/2008, han de distinguirse en la actualidad tres modelos de especialización:

- a) El de la Fiscalía de la Audiencia Nacional y las Fiscalías Especiales Antidroga y contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada.
- b) El de los/as Fiscales de Sala Coordinadores/as a que se refiere el artículo 20 EOMF, categoría que integra tanto a aquellos contemplados expresamente en los apartados 1 y 2 de la norma estatutaria –Fiscal de Sala contra la Violencia sobre la Mujer y Fiscal de Sala de Medio Ambiente–, como aquellos a los que se refiere genéricamente el artículo 20.3 del mismo texto legal, con la previsión de creación de estas plazas para la dirección de las áreas de especialización que se estimen necesarias. Esta posibilidad ha cristalizado hasta el momento en los/as Fiscales de Sala de Siniestralidad Laboral; Seguridad Vial; Extranjería; Menores, Cooperación Internacional, Criminalidad Informática y Personas con Discapacidad y Mayores, dedicados en exclusiva a la correspondiente especialidad y con proyección nacional a través de las respectivas secciones territoriales especializadas reguladas en el artículo 18 EOMF.
- c) El de los/as Fiscales de Sala Delegados/as designados en el ejercicio de las facultades organizativas del/de la Fiscal General del Estado al amparo del artículo 22.3 EOMF para cada orden jurisdiccional (Civil, Contencioso-Administrativo y Social) y para materias específicas (Protección de Víctimas, Delitos Económicos, Vigilancia Penitenciaria y Delitos de Odio y Discriminación).

No obstante, la especialización no debe suponer la pérdida o minoración de uno de los valores consustanciales y más destacados que vertebran el trabajo del Ministerio Fiscal: la capacidad de actuar en equipo. Esta cualidad –debe subrayarse– acentúa la eficacia y potencialidad de la especialización puesto que permite a los/as fiscales aportar, compartir y aprovechar conocimientos cualificados en las distintas áreas de actuación del Ministerio Público en asuntos cada vez más complejos e interrelacionados entre sí.

## II. LA ESPECIALIZACIÓN EN MATERIA DE CRIMINALIDAD INFORMÁTICA

### 1. Fundamento

En el marco antes indicado el área de especialización en criminalidad informática surge como una necesidad constatada en la práctica

habitual de las fiscalías al haberse detectado un progresivo aumento en el número de investigaciones criminales vinculadas a la utilización de las nuevas tecnologías y, más específicamente, de internet como red de redes. Es un hecho cierto que la generalización de estos instrumentos en el desarrollo de las relaciones económicas y sociales ha ido determinando la aparición de nuevas formas de criminalidad, posibilitando dinámicas y mecanismos, hasta ahora no conocidos, en la comisión de conductas ilícitas de carácter más tradicional.

Esta situación se ha agudizado especialmente a partir del año 2020 con ocasión de la pandemia y de las medidas de aislamiento social a las que la ciudadanía se han visto obligada, circunstancias que han provocado un incremento muy significativo en el uso de las herramientas tecnológicas para todo tipo de actividades y relaciones y, por ende, el desplazamiento a la red de una gran parte de la actividad criminal.

Con la finalidad de dar respuesta a esta situación, potenciando una intervención especializada en este ámbito, ya en el año 2007 el Fiscal General del Estado otorgó, en virtud de Decreto de 17 de abril, delegación expresa en un Fiscal de Sala para la dirección y coordinación de las funciones del Ministerio Fiscal en materia de delincuencia informática, facultándole para coordinar a los y las fiscales que despachasen tales asuntos en las distintas fiscalías, impartiendo las instrucciones oportunas, establecer relación con las unidades policiales especializadas en esta materia, así como para ejercer las demás funciones que considerase convenientes en orden a dicha finalidad, en los términos prevenidos en la Instrucción de la FGE núm. 11/2005. Transcurridos varios años en los que la evolución de la criminalidad en esta materia fue aumentando progresivamente, en el año 2010 se consideró necesario dar un salto cualitativo en el tratamiento de este fenómeno criminal mediante la articulación del área de especialización en criminalidad informática, tal y como actualmente se encuentra configurada.

La creciente incidencia de las manifestaciones criminales cometidas directamente contra los sistemas informáticos o que se sirven de ellos para atentar contra los más variados bienes jurídicos, algunos de carácter personalísimo como el honor y la intimidad, otros de carácter patrimonial e, incluso, algunos otros de naturaleza supraindividual como la propia seguridad del Estado; la percepción social de la peligrosidad de estas actuaciones; y las evidentes dificultades para su descubrimiento y persecución, así como para la identificación de las personas responsables de estos comportamientos, han sido factores determinantes de una decidida actuación legislativa dirigida a ofrecer soluciones normativas ante estas nuevas situaciones que se han ido generando al hilo de los avances científicos y técnicos. Entre ellas, las

más importantes han sido las modificaciones del Código Penal operadas por las Leyes Orgánicas 5/2010, de 22 de junio, y 1 y 2 del año 2015, de 30 de marzo, y por la disposición final sexta de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio en las que se definen nuevas conductas delictivas relacionadas con esta materia y/o se adecúan algunas otras de las existentes a las nuevas formas de comisión, siguiendo con ello, en buena medida, la estela marcada por la normativa comunitaria y por el Convenio de Cibercriminalidad del Consejo de Europa, hecho en Budapest el 23 de noviembre de 2001 y ratificado por España en el año 2010, documento que constituye un hito en el planteamiento transnacional para la lucha coordinada y eficaz contra este tipo de conductas y que en la actualidad ha sido suscrito por sesenta y cinco países del mundo.

En la misma línea, en el año 2015 se llevó a efecto una profunda reforma procesal, operada por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, que incorporó a nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal la regulación de la investigación tecnológica, inspirándose igualmente en la citada Convención del Consejo de Europa.

Esta área de especialización surge, por tanto, con el objetivo de reforzar la unidad de actuación del Ministerio Fiscal en esta materia, completando, al tiempo, el sistema de especialidades del que se ha ido dotando la institución para el eficaz cumplimiento de las funciones que constitucionalmente le han sido encomendadas. Así, la creación por Real Decreto 1735/2010, de 23 de diciembre, de la plaza de Fiscal de Sala Coordinador/a en materia de Criminalidad informática no fue sino un paso más en el completo desarrollo de la reforma estatutaria llevada a efecto por Ley 24/2007, de 9 de octubre, con el objetivo de favorecer la necesaria especialización del Ministerio Público.

De esta forma se equipara la articulación de esta área de especialidad a las ya existentes al amparo del vigente artículo 20 EOMF, precepto que en su apartado tercero indica que igualmente existirán en la Fiscalía General del Estado Fiscales de Sala especialistas responsables de la coordinación y supervisión de la actividad del Ministerio Fiscal en materia de protección y reforma de menores y en aquellas otras materias en que el Gobierno, a propuesta del Ministro de Justicia, oído el Fiscal General del Estado, y previo informe, en todo caso, del Consejo Fiscal, aprecie la necesidad de creación de dichas plazas. Estos/as Fiscales de Sala tendrán facultades y ejercerán funciones análogas a las previstas en los apartados anteriores de este artículo en el ámbito de su respectiva especialidad, así como las que, en su caso, pueda delegarles el/la Fiscal General del Estado, todo ello sin perjuicio de las atribuciones de los/as Fiscales Jefes/as de los respectivos órganos territoriales.

## 2. Marco competencial

La primera tarea que hubo de abordarse fue la de delimitar el ámbito en el que se concreta la actividad asignada a esta área de especialización del Ministerio Fiscal pues, no en vano, el desarrollo de las tecnologías de la información y la generalización en el uso de las mismas determina que sean cada vez más numerosos los bienes jurídicos objeto de protección penal que pueden verse comprometidos por quienes utilizan los avances de la ciencia para llevar a efecto sus criminales propósitos. Efectivamente, junto a tipos penales a través de los cuales el legislador ha protegido específicamente la seguridad de los datos, programas y/o sistemas informáticos, existen otras conductas ilícitas que, afectando a los más diversos bienes jurídicos, se planifican y ejecutan aprovechando las ventajas que ofrecen las nuevas tecnologías de la sociedad de la información (en adelante TIC) y que presentan, por tanto, a los efectos de su investigación y/o enjuiciamiento, singularidades y dificultades similares a las de los primeramente indicados.

No obstante, esta circunstancia no debe llevarnos a considerar sin más que cualquier conducta delictiva en cuya ejecución se haga uso de las tecnologías de la información y la comunicación ha de incluirse en la categoría que nos ocupa pues ello daría lugar a una desnaturalización del concepto, tal y como viene siendo considerado internacionalmente, e incluso a un desbordamiento del propio planteamiento de la especialización en este ámbito. Exigencias mínimas de operatividad y eficacia demandan, por tanto, una mayor concreción en la delimitación del objeto de actividad en esta área de trabajo de tal forma que únicamente alcance su competencia cuando, en los indicados supuestos, la utilización de estas herramientas resulte determinante en el desarrollo de la actividad delictiva y/o dicha circunstancia implique una elevada complejidad en la dinámica comisiva y, en consecuencia, una mayor dificultad en la investigación del hecho e identificación de sus responsables.

Por otra parte, es un hecho cierto que los inconvenientes apuntados en orden a definir el marco objetivo de actividad de esta especialidad se hacen más evidentes si se tiene en cuenta que el ritmo de evolución de la ciencia y la tecnología hacen aconsejable no limitar, en un catálogo cerrado, los tipos penales susceptibles de encuadrarse en la categoría de criminalidad informática, ya que es más que previsible la aparición, en un futuro más o menos próximo, de nuevas formas de delincuencia o nuevos mecanismos de comisión de ilícitos ya tipificados en los que el elemento determinante sea también la utiliza-

ción de las TIC, de forma tal que su análisis y valoración demanden conocimientos específicos que hagan aconsejable su asignación a quienes integren esta área de actividad del Ministerio Fiscal.

Todas estas circunstancias determinaron que el catálogo inicial de delitos a los que se extiende el marco competencial del área de criminalidad informática, que a continuación se expone estructurado en tres categorías, se dejara abierto a la posibilidad de hacerlo extensivo a otras conductas en el caso de concurrir las circunstancias antedichas que habrían de ser analizadas en el momento oportuno. De hecho, una de las razones que justifican la actualización de la presente instrucción es, precisamente, la necesidad de adaptar la relación inicial de delitos que se incluyeron en el ámbito de competencia de la especialidad a las indicadas novedades introducidas con la reforma del Código penal llevada a efecto por las Leyes Orgánicas 1 y 2 del año 2015 y por la disposición final sexta de la Ley Orgánica 8/2021.

Como se ha dicho con anterioridad, la expansión competencial a nuevos tipos delictivos no debe suponer que la especialidad se convierta, por la única razón del medio comisivo, en un área inabarcable. El mero uso de las TIC no debe ser el único criterio de asignación a la especialidad pues es difícil imaginar en la actualidad escenarios, reales o virtuales, en los que las nuevas tecnologías de la sociedad de la información no estén presentes. Por ello, si bien es necesaria la actualización del catálogo de delitos, lo es también introducir un elemento de ponderación en la asignación a la especialidad.

Este razonamiento entronca con la idea de que, una vez potenciadas y consolidadas las especialidades, debe profundizarse ahora en una respuesta multidisciplinar a los retos de los nuevos y complejos fenómenos delictivos. Lejos de haberse simplificado, la respuesta penal a los diferentes hechos con trascendencia jurídica en los que el Ministerio Fiscal tiene participación es plural y multidisciplinar. Por ello, resulta aconsejable no concebir las especialidades como bloques estancos, sino como espacios en los que compartir conocimientos y avanzar en la solución a los nuevos retos de una sociedad en continua transformación. En la vanguardia de estos cambios está sin duda la especialidad que es objeto de esta instrucción.

a) DELITOS EN LOS QUE EL OBJETO DE LA ACTIVIDAD DELICTIVA SON LOS PROPIOS SISTEMAS INFORMÁTICOS O LAS TIC

– Delitos contra los datos y sistemas informáticos y disponibilidad de herramientas para cometer dichos delitos, conductas previstas y penadas en los artículos 264, 264 bis, 264 ter y 264 quater del Código Penal.



- Delitos de acceso ilegal a sistemas, interceptación ilícita y disponibilidad de herramientas para cometer dichos delitos, conductas previstas y penadas en los artículos 197 bis, 197 ter, 197 quater y 197 quinquies del Código penal.

- Delitos de descubrimiento y revelación de secretos o cuyo objeto sean datos que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos electrónicos o telemáticos del artículo 197 del Código Penal, cuando se hayan cometido a través de las TIC.

- Delitos de descubrimiento y revelación de secretos de empresa, previstos y penados en el artículo 278 del Código Penal, cuando se hayan cometido a través de las TIC.

- Delitos contra los servicios de radiodifusión e interactivos, previstos y penados en el artículo 286 del Código Penal.

b) **DELITOS EN LOS QUE LA ACTIVIDAD CRIMINAL SE SIRVE PARA SU EJECUCIÓN DE LAS VENTAJAS QUE OFRECEN LAS TIC**

- Delitos de estafa, previstos y penados en el artículo 248.2 a), b) y c) del Código Penal, siempre que en los supuestos a) y c) se utilicen las TIC para llevar a efecto la transferencia u operación de cualquier tipo en perjuicio de otro.

- Delitos de distribución o difusión pública a través de las TIC de contenidos destinados a promover, fomentar o incitar al suicidio a personas menores de edad o discapacitadas necesitadas de especial protección, previstos y penados en el artículo 143 bis del Código Penal.

- Delitos de distribución o difusión pública a través de las TIC de contenidos destinados a promover, fomentar o incitar a la autolesión a personas menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, previstos y penados en el artículo 156 ter del Código Penal.

- Delitos de acoso a menores de 16 años a través de las TIC, previstos y penados en el artículo 183 ter del Código Penal.

- Delitos de corrupción de menores o de personas con discapacidad necesitadas de especial protección o relativos a pornografía infantil o referida a personas con discapacidad, previstos y penados en el artículo 189 del Código Penal, cuando para el desarrollo y/o ejecución de la actividad delictiva se utilicen las TIC.

- Delitos de distribución o difusión pública a través de las TIC de contenidos destinados a promover, fomentar o incitar la comisión de delitos de abusos y agresiones sexuales a menores de 16 años, exhibicionismo y provocación sexual, previstos y penados en el artículo 189 bis del Código Penal.

– Delitos de distribución o difusión pública a través de las TIC de contenidos destinados a facilitar, entre personas menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, el consumo de productos, preparados o sustancias o la utilización de técnicas de ingestión o eliminación de productos alimenticios cuyo uso sea susceptible de generar riesgo para la salud, previstos y penados en el artículo 361 bis del Código Penal.

– Delitos contra la propiedad intelectual, previstos y penados en los artículos 270 a 272 del Código Penal, cuando sean cometidos en la prestación de los servicios de la sociedad de la información.

c) **DELITOS EN LOS QUE LA ACTIVIDAD CRIMINAL, ADEMÁS DE SERVIRSE PARA SU EJECUCIÓN DE LAS VENTAJAS QUE OFRECEN LAS TIC, ENTRAÑA ESPECIAL COMPLEJIDAD EN SU INVESTIGACIÓN QUE DEMANDA CONOCIMIENTOS ESPECÍFICOS EN LA MATERIA**

– Delitos de falsificación documental de los artículos 390 ss. del Código Penal, cuando para la ejecución del delito se hubieran empleado las TIC y siempre que dicha circunstancia fuera determinante en la actividad delictiva y generará especial complejidad técnica en la investigación criminal.

– Delitos de injurias y calumnias contra funcionario público, autoridad o agente de la misma, previstos y penados en los artículos 211 ss. del Código Penal, cuando sean cometidos a través de las TIC y siempre que dicha circunstancia sea determinante en la actividad delictiva y genere especial complejidad en la investigación criminal.

– Delitos de acoso permanente, previstos y penados en el artículo 172 ter del Código Penal, cuando sean cometidos a través de las TIC y siempre que dicha circunstancia sea determinante en la actividad delictiva y genere especial complejidad en la investigación criminal.

– Delitos de amenazas y coacciones, previstos y penados en los artículos 169 ss. del Código Penal, cuando sean cometidos a través de las TIC y siempre que dicha circunstancia sea determinante en la actividad delictiva y genere especial complejidad en la investigación criminal.

– Delitos contra la integridad moral, previstos y penados en el artículo 173.1 del Código Penal, cuando sean cometidos a través de las TIC y siempre que dicha circunstancia fuera determinante en la actividad delictiva y genere especial complejidad en la investigación criminal.

– Delitos de odio y discriminación, previstos y penados en los artículos 510 y 510 bis del Código Penal, cuando sean cometidos a través de las TIC y siempre que dicha circunstancia sea determinante en la actividad delictiva y genere especial complejidad en la investigación criminal.

- Cualquier otro tipo delictivo en cuya ejecución haya sido determinante la utilización de las TIC siempre y cuando dicha circunstancia genere una especial complejidad en la investigación criminal.

### III. EL/LA FISCAL DE SALA COORDINADOR/A CONTRA LA CRIMINALIDAD INFORMÁTICA

El apartado 3 del artículo 20 EOMF –por remisión a los apartados 1 y 2 del mismo precepto– define las funciones que, en régimen de exclusividad, corresponde desempeñar al/a la Fiscal de Sala y que han de ser complementadas con lo establecido en los apartados IV y V de la Instrucción de la FGE núm. 11/2005, sobre la instrumentalización efectiva del principio de unidad de actuación establecido por el artículo 124 de la CE, en la que se perfilan las funciones comunes a los/as Fiscales de Sala Coordinadores/as y Delegados/as para las áreas específicas de actuación. Estas funciones fueron posteriormente desarrolladas de forma más completa y detallada en la Instrucción de la FGE núm. 1/2015, sobre algunas cuestiones en relación con los Fiscales de Sala Coordinadores y los Fiscales de Sala Delegados.

El planteamiento de la Instrucción de la FGE núm. 11/2005 fue plenamente asumido por la reforma estatutaria al establecer como uno de los objetivos de la revitalización de la figura de los/as Fiscales de Sala el de encabezar, dirigir y coordinar las imprescindibles redes de fiscales especialistas en jurisdicción especializadas o en materias especialmente sensibles, las cuales deberán necesariamente constituirse, en algunos casos por imperativo legal, en todas y cada una de las fiscalías, conforme a un modelo homogéneo y preestablecido que contemple las diferencias de tamaño, disponibilidad de plantilla y volumen de actividad. Ciertamente, en la referida instrucción no se mencionaba expresamente la especialización en materia de criminalidad informática pues el planteamiento de su necesidad no surgió hasta la delegación efectuada por el Fiscal General del Estado en virtud de Decreto de 17 de abril de 2007, pese a que en aquel documento ya se apuntaba la futura articulación de otras áreas de especialización, posibilidad a la que el legislador dio carta de naturaleza en el artículo 20.3 EOMF.

Como claramente señala el precepto estatutario, se trata, en todo caso, de funciones de coordinación y supervisión de la actividad del Ministerio Fiscal que desempeña el/la Fiscal de Sala con el apoyo y la colaboración de los/as fiscales adscritos/as designados al amparo del ad 13.5 EOMF, que integran la Unidad de Criminalidad Informática de la Fiscalía General del Estado y cuyo alcance y contenido ha sido desarrollado en relación con los/as restantes Fiscales de Sala Coordi-

nadores/as por las Instrucciones de la FGE núm. 712005, 4/2007, 5/2007, 3/2008 y, con carácter general, en las Instrucciones de la FGE núm. 5/2008 y 1/2015.

Siguiendo el propio orden establecido en el artículo 20, apartados 1 y 2, de la norma estatutaria, se asignan al/a la Fiscal de Sala Coordinador/a contra la Criminalidad Informática las siguientes funciones:

1.<sup>a</sup> Practicar las diligencias a que se refiere el artículo 5 EOMF e intervenir directamente, o a través de instrucciones, en aquellos procesos penales de especial trascendencia apreciada por el/la Fiscal General del Estado, referentes a hechos delictivos relacionados con la criminalidad informática.

La función de coordinación y supervisión que viene asignada a quien desempeñe la función de Fiscal de Sala contra la Criminalidad Informática no obsta a que pueda asumir, bien por sí mismo/a, bien a través de los/as delegados/as territoriales correspondientes, la dirección y/o intervención directa en asuntos concretos y determinados, si bien esta posibilidad requiere de un pronunciamiento expreso y específico del/de la Fiscal General del Estado en atención a razones de especial trascendencia que serán valoradas a la vista de las circunstancias que concurran en cada uno de los supuestos concretos.

Esta asignación es factible tanto en relación con la apertura y tramitación de las diligencias de investigación del artículo 5 EOMF, como en relación con los procedimientos judiciales en curso. En relación con este último supuesto ha de entenderse, en palabras de la Instrucción de la FGE núm. 5/2007 al referirse a las funciones de los/as Fiscales de Sala Coordinadores/as en materia de Extranjería, Seguridad Vial y Siniestralidad Laboral, que la intervención del/de la Fiscal de Sala Coordinador/a no está sujeta a límite territorial u orgánico alguno. Puede tener lugar ante cualquier juzgado o tribunal, quedando excluida la intervención ante el Tribunal Constitucional, criterio que recogen también las Instrucciones de la FGE núm. 4/2007 y 3/2008 en relación, respectivamente, con los/as Fiscales de Sala de Medio Ambiente y Urbanismo y de Menores.

La decisión al respecto del/de la Fiscal General del Estado, que revestirá la forma de Decreto, podrá adoptarse por propia iniciativa o a sugerencia o petición del/de la Fiscal de Sala Coordinador/a, que deberá indicar las razones que justifican la intervención directa en las diligencias de investigación o procedimiento judicial de que se trate.

El conocimiento de aquellos expedientes que por su importancia, dinámica comisiva o trascendencia pública demandan este régimen espe-

cial de actuación, se llevará a efecto, generalmente, por la vía del artículo 25.2 EOMF y/o de la información que el/la Fiscal de Sala Coordinador/a vaya recibiendo de las secciones territoriales de la especialidad o, en su caso, de los/as Fiscales Jefes/as del órgano correspondiente, lo que permitirá efectuar la oportuna propuesta al/a la Fiscal General del Estado cuando así se estime oportuno. Cuando para valorar las circunstancias concurrentes y, en consecuencia, la oportunidad de esa intervención directa, sea necesario un conocimiento más amplio del objeto de la investigación o del procedimiento judicial de que se trate, el/la Fiscal de Sala Coordinador/a podrá tomar conocimiento personalmente de las actuaciones, bien sea solicitando copia de las mismas, bien sea personándose en la fiscalía correspondiente, dando cuenta de ello a su Fiscal Jefe/a.

El Decreto de asignación será comunicado a la jefatura del órgano territorialmente competente, así como al respectivo Fiscal Superior, a través del/de la Fiscal de Sala Coordinador/a, que deberá mantener informados a ambos/as de las decisiones esenciales que al respecto vaya adoptando, especialmente en aquellos aspectos que afecten directa o indirectamente al normal desenvolvimiento de sus funciones como Fiscales Jefes/as. La intervención de quien desempeñe la función de Fiscal de Sala Coordinador/a a la que se refiere este apartado podrá llevarse a efecto directamente por sí mismo o a través de las instrucciones concretas que en relación con el asunto de que se trate pueda dar al respectivo delegado territorial, de las cuales se deberá también dar puntual conocimiento a su inmediato superior jerárquico.

2.<sup>a</sup> Supervisar y coordinar la actividad de las secciones de criminalidad informática y recabar informes de las mismas, dando conocimiento al/a la Fiscal Jefe/a del órgano del Ministerio Fiscal en que se integran

Con independencia de la actuación más excepcional a que se refiere el apartado anterior, la genuina labor atribuida tanto al/a la Fiscal de Sala Coordinador/a contra la Criminalidad Informática, como a los/as restantes Fiscales de Sala Coordinadores/as en las respectivas áreas específicas de actuación, se centra en el conocimiento y seguimiento de los asuntos que, incluidos en el ámbito de su área de especialización, se tramitan en las diversas fiscalías o en los múltiples órganos judiciales ante los que actúa el Ministerio Público.

Estas atribuciones de control que se encomiendan a quien ejerce la función de Fiscal de Sala tienen como objetivo garantizar una actuación similar en la atención del servicio en todo el territorio del Estado y el mantenimiento de criterios uniformes en la interpretación y aplicación de la norma, así como facilitar una adecuada coordinación en

aquellas investigaciones, especialmente frecuentes en la materia que nos ocupa, en las que la actividad delictiva se desarrolla y/o produce sus efectos en diversos lugares de la geografía nacional. Será necesario, por tanto, que el/la Fiscal de Sala Coordinador/a reciba de los distintos órganos del Ministerio Fiscal información detallada de los asuntos en que concurra esta última circunstancia, así como de los problemas organizativos y/o de funcionamiento del servicio que puedan plantearse en las distintas fiscalías.

Por otra parte, la eficacia y operatividad de esta área de especialización exigirá también, a efectos estadísticos y de valoración de necesidades en medios personales y materiales, un conocimiento preciso, cuantitativo y cualitativo de los asuntos competencia del área de especialización que se tramitan en cada una de las fiscalías, a cuyo fin la Unidad de Criminalidad Informática podrá solicitar a través de los/as delegados/as provinciales la información que se estime oportuna sobre incoación de diligencias de investigación y/o procedimientos judiciales, escritos de acusación, sentencias dictadas, recursos interpuestos, etc., dando conocimiento de las instrucciones dictadas en relación con ello al/a la Fiscal Jefe/a respectivo/a.

Debe recordarse, en cualquier caso, que estas funciones de supervisión y coordinación asignadas a quien desempeñe la función de Fiscal de Sala han de ser ejercidas sin perjuicio de las facultades que estatutariamente tienen encomendadas los/as Fiscales Jefes/as de cada órgano en la dirección y control de la fiscalía correspondiente, por lo que debe procurarse una relación fluida entre ellos, con ocasión de la cual el/la Fiscal de Sala Coordinador/a podrá trasladarles tanto criterios jurídicos de carácter general o en relación a la tramitación o resolución de asuntos concretos como las sugerencias que estime convenientes para la adecuada organización y funcionamiento del servicio, criterios y sugerencias que serán valoradas oportunamente por el/la Fiscal Jefe/a. En caso de discrepancia se planteará la cuestión ante el/la Fiscal General del Estado a fin de que por su parte se adopte la decisión que proceda.

3.<sup>a</sup> Coordinar los criterios de actuación de las distintas fiscalías en materia de criminalidad informática, para lo cual podrá proponer al/a la Fiscal General del Estado la emisión de las correspondientes instrucciones y reunir cuando proceda a los/as fiscales integrantes de las secciones especializadas

Íntimamente vinculada a la anterior, esta es una de las funciones esenciales que corresponde desempeñar a quien asume la responsabilidad de coordinar el área de especialización pues, no en vano, lo que

se pretende a través de esta estructura vertical de la institución es hacer efectiva la unidad de actuación especializada como forma de garantizar el principio constitucional de igualdad de todos los ciudadanos y ciudadanas ante la ley y, en definitiva, la seguridad jurídica.

Por ello resulta de especial interés aprovechar la experiencia que día a día se va adquiriendo por los/as Sres./as Fiscales con ocasión de su intervención en diligencias de investigación y/o en los procedimientos en curso y a partir del análisis y valoración de los problemas jurídicos que con ocasión de los mismos se suscitan, establecer criterios unitarios en la interpretación y aplicación de la norma, labor que con el apoyo de los/as fiscales especialistas de los distintos territorios será orientada y dirigida por quien ostenta la función de Fiscal de Sala, que a dicho fin podrá proponer al/a la Fiscal General del Estado la publicación de las circulares e instrucciones que estime oportunas.

En su labor de favorecer y potenciar la unificación de criterios de actuación, el/la Fiscal de Sala Coordinador/a podrá resolver directamente las consultas informales que se le planteen sobre materias de su competencia, dando conocimiento de ello al/a la Fiscal General del Estado. Cuando dichas consultas se presenten formalmente por algún órgano del Ministerio Fiscal y afecten a cuestiones jurídicas específicamente relacionadas con la criminalidad informática, le corresponde elaborar por sí mismo/a como responsable del área de especialización la oportuna propuesta de resolución, que elevará al/a la Fiscal General del Estado para ser sometida, en su caso, a la consideración de la Junta de Fiscales de Sala.

Con la finalidad de reforzar la unidad de actuación, la Instrucción de la FGE núm. 1/2015 también dispone el uso por la Unidad de Criminalidad Informática de la FGE de otras herramientas, tales como la supervisión de asuntos de especial relevancia, informes de recursos de casación y/o la revisión de escritos de acusación elaborados por las fiscalías territoriales respecto de conductas delictivas que por su naturaleza o características demanden de esa especial atención. En la misma instrucción, y con idéntico objetivo, se asigna a dicha unidad la resolución de las consultas jurídicas que se le planteen a través de la elaboración y publicación de los correspondientes dictámenes, así como la preparación de resúmenes jurisprudenciales debidamente sistematizados que deberán ser remitidos a todos los/as delegados/as con periodicidad semestral.

La supervisión de los escritos de acusación se justifica por la Instrucción de la FGE núm. 1/2015 en la necesidad de garantizar que los mismos se adecúen a los máximos estándares de depuración técnica y adecuación formal dadas las consecuencias procesales que de ellos se derivan e, incluso en ocasiones, su previsible difusión extraprocesal,

lo que hace aconsejable su examen y valoración por aquellas unidades que, por su función y atribuciones, ofrecen una especial cualificación técnica en la materia de que se trate. Este régimen, que determina la obligación de la fiscalía territorial de remitir a dicho fin el escrito de calificación a la unidad correspondiente, ha de aplicarse específicamente respecto de las causas que hayan sido previamente relacionadas como de especial relevancia, sin perjuicio de la posibilidad de que las fiscalías territoriales pueden remitir para su supervisión cualesquiera otros escritos de acusación no incluidos en dicha relación, si consideraran conveniente su estudio por la unidad especializada.

La Instrucción de la FGE núm. 1/2015 consideró incluidas en este régimen, en referencia a esta área de especialización, las causas relativas a hechos ilícitos cometidos por una organización criminal o que manifiesten sus efectos en el territorio de más de una fiscalía provincial, así como los escritos de calificación por delitos de pornografía infantil cuando fuera de apreciación algún subtipo agravado. No obstante, en la propia instrucción se hacía constar que el contenido y alcance de la supervisión podría ser en el futuro objeto de ampliación a través de directrices internas emanadas de los/as Fiscales de Sala Coordinadores/as. Por ello, la clara percepción del imparable aumento de la actividad delictiva online y la aparición de nuevas conductas que han dado lugar a la incorporación de figuras delictivas o la modificación de las ya existentes en el Código Penal con ocasión de la reforma operada por las Leyes Orgánicas 1 y 2 del año 2015 y por la disposición final sexta de la Ley Orgánica 8/2021, por ende, la necesidad de establecer criterios uniformes de interpretación y aplicación de estos nuevos tipos penales, aconsejaron hacer uso de dicha posibilidad y ampliar el listado de causas en las que era aconsejable ejercer las mencionadas facultades de supervisión.

De acuerdo con este planteamiento y completando, en consecuencia, las indicaciones recogidas en la Instrucción de la FGE núm. 1/2015, se consideran sometidos al régimen de supervisión de la Unidad de Criminalidad Informática los escritos de acusación formulados en los procedimientos cuyo objeto sea alguna de las materias relacionadas en el siguiente catálogo:

– Cualquiera de los delitos competencia del área de especialización definida en la Instrucción de la FGE núm. 2/2011, cuando hayan sido cometidos por una organización criminal.

– Cualquiera de los delitos competencia del área de especialización definida en la Instrucción de la FGE núm. 2/2011, cuando alguna de sus fases o de sus efectos se manifiesten en más de una fiscalía provincial.



- Delitos relativos a la pornografía infantil o de personas con discapacidad necesitadas de especial protección en todas sus modalidades, incluidos los supuestos en que se trate de pornografía técnica o virtual.
- Delitos contra la propiedad intelectual, previstos y penados en los artículos 270 a 272 del Código Penal, cuando sean cometidos en la prestación de los servicios de la sociedad de la información.
- Delitos de acceso ilegal a sistemas (art. 197 bis 1 CP), delitos de interceptación irregular de comunicaciones entre sistemas (art. 197 bis 2 CP), delitos de daños informáticos (arts. 264 y 264 bis CP) y delitos relacionados con el abuso de dispositivos (arts. 197 ter y 264 ter CP).

Tal y como se indicó en la Instrucción de la FGE núm. 11/2005, y se desarrolla en la Instrucción de la FGE núm. 1/2015, el/la Fiscal de Sala Coordinador/a se reunirá anualmente con los/as fiscales especialistas del área, en su caso, delegados/as provinciales responsables del servicio o sección de cada fiscalía, con el fin de unificar criterios, si bien dichas reuniones podrán celebrarse con una periodicidad menor cuando las circunstancias así lo aconsejen. A estas reuniones podrán incorporarse los/as Fiscales Jefes/as si así se estima procedente en atención a las cuestiones que deben ser analizadas. El orden del día será fijado por el/la Fiscal de Sala, tomando en consideración las propuestas que se le formulen o las necesidades detectadas, y de sus sesiones se levantará el acta correspondiente. Las conclusiones se redactarán por los/as fiscales designados al efecto bajo la supervisión del/de la Fiscal de Sala, y conocidas que sean por el/la Fiscal General del Estado y con su anuencia, se remitirán a todas las fiscalías a través de la respectiva jefatura territorial. Estas conclusiones tendrán valor orientativo, sin perjuicio de que, en su caso, se incorporen con pleno valor vinculante a través de la correspondiente instrucción o circular de la Fiscalía General del Estado.

También compete a quien desempeña la función de Fiscal de Sala Coordinador/a convocar a uno o más de los/as delegados/as provinciales de la especialidad cuando así se estime conveniente para el análisis conjunto de cuestiones jurídicas o de carácter organizativo surgidas en el desempeño de la actividad encomendada.

4.<sup>a</sup> Elaborar anualmente un informe sobre los procedimientos seguidos y actuaciones practicadas por el Ministerio Fiscal en materia de criminalidad informática que será incorporado a la Memoria anual de la Fiscalía General del Estado

A este fin le corresponde tomar conocimiento del apartado de las memorias de las diversas fiscalías relativo a esta materia y efectuar un

análisis estadístico de la actividad desarrollada por el Ministerio Fiscal en dicho ámbito, tanto en los aspectos cuantitativos como cualitativos. Con ese objetivo podrá proponer a la Secretaría Técnica o a la Unidad de Apoyo de la Fiscalía General del Estado cuantas medidas estime necesarias para mejorar la información estadística en esta materia. En todo caso, a los efectos de la elaboración de este informe y de su incorporación a la Memoria, se tendrá en cuenta lo establecido en la Instrucción de la FGE núm. 5/2008.

Además de estas funciones expresamente previstas en la norma estatutaria, también le corresponden las atribuciones que a continuación se detallan y que son inherentes al ejercicio de su función, en términos similares a los establecidos con carácter general para los/as Fiscales de Sala Delegados/as y Coordinadores/as de especialidades en la Instrucción de la FGE núm. 11/2005 y en las restantes instrucciones de la Fiscalía General del Estado dictadas hasta el momento en relación con las distintas especialidades:

i) Coordinar la intervención del Ministerio Fiscal en las investigaciones relativas a hechos comprendidos en el marco de actuación de la especialidad cuando afecten al territorio de más de una fiscalía provincial y revistan especial complejidad o trascendencia. Con dicha finalidad mantendrá contacto permanente con los responsables de las unidades de Policía Judicial de ámbito nacional o autonómico dedicadas específicamente a esta materia, coordinando las instrucciones de carácter general que se impartan a las mismas en los términos previstos en la Instrucción de la FGE núm. 1/2008, sobre dirección por el Ministerio Fiscal de las actuaciones de la Policía Judicial.

En el ejercicio de esta función el/la Fiscal de Sala Coordinador/a de Criminalidad Informática facilitará el contacto de los/as fiscales especialistas con las unidades policiales del respectivo territorio y cuidará se mantengan debidamente informados los/as Fiscales Superiores y Fiscales Jefes/as de los correspondientes órganos del Ministerio Fiscal.

ii) Mantener contacto con las autoridades administrativas con responsabilidad en esta materia para resolver las cuestiones generales que, relacionadas con su función, puedan ir planteándose. Apoyar y facilitar, a su vez, la comunicación directa que los/as fiscales especialistas deban establecer con dichas autoridades en sus respectivos territorios.

iii) Promover la organización y celebración de actividades formativas, cursos, jornadas de especialistas o seminarios de especialización relacionados con la criminalidad informática y colaborar con la Secretaría Técnica de la FGE en la determinación de criterios para la formación de fiscales especialistas, dentro del marco de los planes de formación inicial y continuada de la carrera fiscal.

La Instrucción de la FGE núm. 112015 aborda con mayor profundidad la participación de los/as Fiscales de Sala Coordinadores/as en las actividades formativas, complementando de esa forma lo dispuesto en este apartado.

iv) Impulsar y participar en la adopción de protocolos y convenios de coordinación y colaboración con aquellos organismos e instituciones implicados en la prevención, investigación y persecución de los comportamientos ilícitos relativos a esta materia.

#### IV. LAS SECCIONES TERRITORIALES CONTRA LA CRIMINALIDAD INFORMÁTICA

##### 1. Constitución y organización

Las secciones territoriales de las áreas de especialización son objeto de tratamiento por la norma estatutaria –de forma genérica– en su artículo 18.3, en virtud del cual estas fiscalías (autonómicas y provinciales) podrán contar con secciones especializadas en aquellas materias que se determinen legal o reglamentariamente o que por su singularidad o por el volumen de actuaciones que generen requieran de una organización específica, si bien a continuación el mismo precepto menciona concretamente, en sus párrafos cuarto, quinto y sexto, las secciones territoriales de menores, violencia contra la mujer, seguridad vial, siniestralidad laboral y medio ambiente. Es decir, el Estatuto Orgánico no establece un sistema de *numerus clausus* de secciones especializadas susceptibles de crearse en los órganos territoriales, sino que, por el contrario, fija un régimen abierto en cuanto a su constitución, ya que pueden tener su origen tanto en la determinación legal o reglamentaria como en las facultades de organización interna del Ministerio Fiscal en atención a los parámetros que la propia norma establece: la singularidad de la materia o el volumen de actuaciones que generan.

Se da, de esta forma, rango legal al planteamiento ya recogido en la Instrucción de la FGE núm. 11/2005, sobre instrumentalización efectiva del principio de unidad de actuación establecido en el artículo 124 de la CE, en la que expresamente se indicaba que en todas las fiscalías provinciales habrá de establecerse un servicio o una sección para cada una de las especialidades que son objeto de delegación en los/as Fiscales de Sala, sin perjuicio de que su dotación de medios personales y materiales pueda ser distinta en atención a las circunstancias de cada una de ellas.

También se refiere a ello expresamente la exposición de motivos de la Ley 2412007, de 9 de octubre, al explicar que se asume la idea de crear «secciones especializadas por materias en las fiscalías territoriales, solución organizativa ampliamente extendida *de facto* en muchas fiscalías, y que hasta la fecha contaba con soporte legal expreso en materia de menores y violencia de género». A través de la reforma estatutaria se generaliza, por tanto, el concepto de sección para todo el territorio y para las distintas materias aun cuando cada una de estas unidades podrá ser diferente en su composición y régimen de funcionamiento interno en atención a las necesidades y al volumen de trabajo que en cada caso deba de atenderse. La pretensión del legislador con esta medida, como se razonaba en la citada exposición de motivos, es la de homogeneizar el modelo organizativo en las distintas fiscalías y facilitar a la ciudadanía un referente concreto, conocido y accesible que tiene también sus importantes consecuencias en el ámbito interno de la institución pues dota de «esqueleto organizativo a auténticas redes de especialistas que permitirán articular la coordinación vertical y unificación de criterios desde la cúspide del Fiscal de Sala Delegado correspondiente, conservando no obstante su plena competencia organizativa y su posición en el organigrama jerárquico el Fiscal Jefe de cada uno de los órganos territoriales».

El nombramiento de la Fiscal de Sala Coordinadora contra la Criminalidad Informática constituyó, por tanto, el presupuesto de hecho para la puesta en funcionamiento de las respectivas secciones especializadas en los distintos órganos del Ministerio Fiscal, articulando de esta forma el despliegue territorial del área de especialización en criminalidad informática en condiciones similares a las ya existentes en aquella fecha en materia de violencia de género, medio ambiente, siniestralidad laboral, seguridad vial, extranjería, menores y/o cooperación internacional.

La Instrucción de la FGE núm. 5/2008, completada posteriormente por la Instrucción de la FGE núm. 4/2011, sobre el funcionamiento de las Fiscalías de Área y otras cuestiones relativas al vigente modelo orgánico territorial del Ministerio Fiscal, analiza de forma rigurosa y detallada los aspectos relacionados con la creación, estructura y funcionamiento de las secciones especializadas de las fiscalías a la luz de la reforma estatutaria y concretamente del artículo 18 EOMF, estableciendo criterios interpretativos, plenamente aplicables a las de criminalidad informática, que resumidamente se concretan en la siguiente forma:

a) Su ámbito territorial de actuación es provincial, por lo que deberá existir, como mínimo, una sección especializada por provincia que generalmente tendrá su sede en la Fiscalía Provincial. No obstante, habida cuenta de que estas secciones no están vinculadas a la actuación

de órganos judiciales concretos (a diferencia, por ejemplo, de las secciones de menores), es posible que, con carácter excepcional, la dirección de las mismas o, incluso, la propia sección radique en una Fiscalía de Área, siendo también factible que la sección se integre conjuntamente por fiscales pertenecientes a la Fiscalía Provincial y a las de Área.

Por su parte, la Instrucción de la FGE núm. 1/2015 contempla la designación con carácter obligatorio de fiscales de enlace con el/la delegado/a provincial en aquellos órganos territoriales del Ministerio Fiscal en los que no se encuentre ubicada la delegación, ya sea una Fiscalía de Área –supuesto más habitual dado que la delegación suele establecerse en la Fiscalía Provincial– o la propia Fiscalía Provincial y en las restantes áreas cuando la delegación radica en una de estas últimas. La designación de estos fiscales de enlace corresponde a quien ostente la jefatura del órgano territorial de que se trate, tal y como se indica en el punto 11.1 de la Instrucción de la FGE núm. 1/2015, que también fija las pautas de relación de aquellos con el/la delegado/a provincial de la especialidad.

En todo caso, la operatividad de estas secciones y el cumplimiento de las funciones encomendadas exige la comunicación y colaboración permanente de todos los órganos del Ministerio Fiscal –Fiscalía Provincial y Fiscalías de Área radicadas en un mismo territorio provincial– que se llevará a efecto a través de las juntas de coordinación reguladas en los artículos 22.10 y 24.3 EOMF.

b) Su dimensión y estructura interna es flexible para poder adaptarse a la plantilla, al volumen de actividad y a las necesidades de cada uno de los órganos del Ministerio Fiscal. Nada obsta a que la sección se integre por un solo miembro, en cuyo caso será el delegado de la especialidad, pues la propia exposición de motivos se refiere a ello al señalar que esta circunstancia no constituye ninguna anomalía sino, más al contrario, la solución al problema de someter a un régimen homogéneo una organización compuesta por unidades de dimensiones muy desiguales. No obstante, resulta aconsejable que las secciones territoriales se constituyan al menos con dos fiscales a fin de que el servicio se encuentre atendido de forma permanente al margen de periodos vacacionales, situaciones de licencia, enfermedad, etc.

c) La adscripción de fiscales de la plantilla –uno/a o más– a la sección se realizará de acuerdo con lo que establece el propio Estatuto, teniendo preferencia aquellos que por razón de las anteriores funciones desempeñadas, cursos impartidos o superados o por cualquier otra circunstancia análoga se hayan especializado en la materia.

Es importante recordar que la adscripción a las secciones no implica exclusividad, circunstancia a la que específicamente se refiere

también el artículo 18.3 EOMF, al igual que la exposición de motivos de la Ley 24/2007, en cuya virtud los fiscales especialistas podrán dedicarse a su área, según las características de cada fiscalía, en régimen de exclusividad o compatibilizando esa actividad especializada con la prestación de otros servicios.

d) La dirección de estas secciones se encomienda a un/a delegado/a provincial que podrá tener o no la calidad de Fiscal Decano/a. Esta última circunstancia se encuentra condicionada a la actividad y al volumen de asuntos encomendados a la especialidad, así como a las necesidades de la fiscalía en la que se integra y a la disponibilidad de medios personales en atención a su plantilla orgánica.

En cualquier caso, el sistema de nombramiento de fiscal delegado/a provincial de la especialidad, sea o no Fiscal Decano/a, se efectuará mediante resolución, en forma de Decreto, dictada por el/la Fiscal General del Estado, a propuesta del Fiscal Jefe/a Provincial y con audiencia de quien fuere Fiscal de Sala Coordinador/a, previa convocatoria entre los/as fiscales de la plantilla respectiva. A dichos efectos deberán seguirse las directrices fijadas por la Inspección Fiscal en la Instrucción dictada en el año 2008 sobre procedimiento a seguir para el nombramiento en las fiscalías territoriales de fiscales especialistas y fiscales delegados de las Fiscalías Especiales.

El nombramiento de delegado/a provincial no está sujeto a límite temporal ni tampoco se encuentra condicionado al mantenimiento en su cargo de quien ostenta la jefatura de la fiscalía territorial ni del/de la Fiscal General del Estado. No obstante, la persona interesada podrá renunciar a la delegación mediante escrito motivado que deberá ser aprobado por el/la Fiscal General del Estado o, subsidiariamente y previa delegación, por el/la Fiscal de Sala Coordinador/a.

Igualmente, podrá ser relevado por resolución dictada por el/la Fiscal General del Estado a propuesta motivada del/de la Fiscal Jefe/a del órgano respectivo y con audiencia del/de la Fiscal de Sala Coordinador/a.

e) Tanto el/la delegado/a de la especialidad como los/as fiscales especialistas integrados en la sección se encuentran bajo la dependencia de quien ejerza la jefatura del órgano correspondiente. No obstante, el ejercicio de las funciones que corresponden a dicha responsabilidad han de conjugarse con las atribuciones y competencias que en materia de criminalidad informática corresponden al/a la Fiscal de Sala Coordinador/a.

El/la delegado/a provincial de criminalidad informática se sitúa al frente de la sección y, por tanto, le corresponde la dirección y coordinación de la misma en aquellas facetas que le encomiende el/la Fiscal

Jefe/a territorial, en el marco de las directrices generales fijadas para el área de especialización por esta instrucción, correspondiendo al/a la Fiscal Jefe/a territorial la supervisión, inspección y control inmediato de la actividad desarrollada en la sección.

## **2. Funciones**

Según el artículo 18.3 EOMF, las secciones ejercerán las funciones que les atribuyan los respectivos Fiscales Jefes en el ámbito correspondiente a la materia que tienen asignada, con arreglo a lo dispuesto en este Estatuto, en el reglamento que lo desarrolle y en las instrucciones del/de la Fiscal General del Estado. En consecuencia, en la determinación y desempeño de las atribuciones que corresponden a las secciones de criminalidad informática han de armonizarse las necesidades inherentes a la adecuada prestación del servicio y a la coordinación exigible en esta área de especialización con las derivadas de una equitativa y eficiente distribución de trabajo en el órgano del Ministerio Fiscal de que se trate.

Es por ello que el catálogo de funciones que se asignan a estas secciones debe ser desarrollado en cada uno de los órganos del Ministerio Fiscal a criterio de su correspondiente Fiscal Jefe/a, en atención a las circunstancias concretas del órgano de que se trate en aspectos tales como volumen global de trabajo, número de expedientes –diligencias de investigación y/o procedimientos judiciales– relativos a supuestos encuadrables en el marco de la criminalidad informática, plantilla orgánica del Ministerio Fiscal, distribución geográfica de los órganos judiciales, organización de los servicios de guardia, distribución de la plantilla administrativa, etc., en el entendimiento de que, en todo caso, debe asegurarse una estructura mínima con la dotación de medios personales y materiales necesarios para el funcionamiento eficiente del servicio y el mantenimiento de la adecuada coordinación a nivel nacional.

A partir de este planteamiento, corresponden a las secciones de criminalidad informática las siguientes funciones:

i) Velar por el cumplimiento de los criterios y pautas de actuación establecidos en materia de criminalidad informática por la Fiscalía General del Estado, facilitando a dicho fin el apoyo y colaboración necesarios a los restantes integrantes de la fiscalía y a las secciones correspondientes a otras áreas de especialización, asumiendo, en los casos en los que el/la Fiscal Jefe/a lo delegue, el visado de los escritos de acusación relativos a esta materia.

ii) Despachar e intervenir, previa determinación de quien desempeñe la jefatura del órgano, en los procedimientos judiciales más importantes o de mayor complejidad de los comprendidos en el catálogo relacionado en el apartado II de esta instrucción y, en todo caso, en los cometidos por una organización criminal, así como en las diligencias de investigación que se incoen por hechos de esta naturaleza.

iii) Procurar el adecuado control estadístico de los procedimientos judiciales y/o diligencias de investigación que se tramiten en el ámbito territorial de su competencia por los delitos anteriormente relacionados, proponiendo a tal fin a su Fiscal Jefe/a Provincial y, en su caso, a los/as Fiscales Jefes/as de Área, las medidas adecuadas para mantener actualizada dicha información y asumiendo las funciones que al respecto se le encomienden.

iv) Informar al/a la Fiscal de Sala Coordinador/a contra la Criminalidad Informática, previo conocimiento de quien ostente la jefatura del órgano respectivo, de las diligencias o procedimientos de especial trascendencia que se tramiten en el territorio provincial y de aquellos que por sus características hagan necesaria o conveniente la coordinación con otros órganos territoriales del Ministerio Fiscal.

La Instrucción de la FGE núm. 1/2015 concreta el contenido de esta función al definir las obligaciones asignadas al/a la delegado/a provincial a efectos de hacer factible la supervisión por parte de la Unidad de Criminalidad Informática en las causas que se estimen de especial interés y, en todo caso, de los escritos de acusación que se formulen en los procedimientos por las actividades ilícitas relacionadas en el apartado III de esta misma instrucción. A dicho fin el/la fiscal delegado/a deberá remitir a la unidad especializada, a efectos de dicha supervisión, los escritos de calificación presentados en los citados procedimientos y dar el curso que corresponda a las observaciones que realice el/la Fiscal de Sala. En caso de discrepancia de criterio entre la fiscalía territorial y la Unidad de Criminalidad Informática, corresponderá al/a la Fiscal General del Estado adoptar la solución que estime más oportuna, siguiendo a dicho fin las pautas establecidas al respecto en la Instrucción de la FGE núm. 4/2011.

v) Participar activamente, prestando la colaboración y apoyo necesario, con conocimiento de su Fiscal Jefe/a, en las actuaciones que, dirigidas por el/la Fiscal de Sala, se lleven a efecto para coordinar investigaciones por hechos relacionados con la criminalidad informática que afecten al territorio de más de una Fiscalía Provincial.

vi) Remitir a la Unidad de Criminalidad Informática de la FGE la información que específicamente se demande sobre diligencias o procedimientos concretos y la que con carácter general se determine



respecto de la totalidad de los expedientes relativos a criminalidad informática, por decisión del/de la Fiscal de Sala Coordinador/a o por acuerdo adoptado en las reuniones de fiscales especialistas que periódicamente se celebren.

vii) Organizar, bajo la superior dirección de su Fiscal Jefe/a territorial, el funcionamiento de la propia sección y sus relaciones con otras secciones y/o áreas de actuación de la fiscalía, trasladándole las necesidades, propuestas o sugerencias que se consideren oportunas para la adecuada prestación del servicio, y dando cuenta de las cuestiones esenciales en relación con ello al/a la Fiscal de Sala Coordinador/a.

viii) Elaborar anualmente un informe sobre la actividad desarrollada, los datos estadísticos disponibles, los problemas jurídicos detectados y cuantas sugerencias se consideren oportunas sobre cuestiones organizativas y/o problemas técnico-jurídicos detectados en el ámbito de actuación de la sección, dando traslado del mismo a la jefatura del órgano correspondiente del Ministerio Fiscal y a la Unidad de Criminalidad Informática a los efectos de la elaboración de la correspondiente Memoria.

ix) Mantener las relaciones de colaboración oportunas con las unidades especializadas de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado o, en su caso, de las policías autonómicas, para garantizar la eficacia exigible en las investigaciones sobre hechos ilícitos relacionados con la criminalidad informática.

x) Participar, a través de alguno de sus miembros –preferentemente el/la delegado/a provincial– en las reuniones de especialistas que se celebren periódicamente para la unificación de criterios y en cuantas otras sean convocados por el/la Fiscal de Sala Coordinador/a para analizar cuestiones relacionadas con la actividad del área de especialización.

En cualquier caso, la actuación de las secciones de criminalidad informática y, en general, de quienes integren el área de especialidad en esta materia, debe estar orientada a favorecer y potenciar la necesaria colaboración y coordinación con los restantes ámbitos de actividad del Ministerio Fiscal y, más concretamente, en aquellos supuestos, frecuentes en la práctica, que incidan en materias objeto de otra área de especialización, a cuyo fin se cuidará prioritariamente el mantenimiento de unas relaciones de comunicación fluidas y permanentes con todos los órganos del Ministerio Fiscal y con los restantes miembros de la respectiva fiscalía.

En razón a todo lo expuesto, los/as Sres/as. Fiscales se atenderán en lo sucesivo a las prescripciones de la presente instrucción.

# BIBLIOGRAFÍA

## Revista de libros

DOCAL GIL, David y CABALLERO CASAS, Joan (Coords.): *Redes de odio*. Delta. Madrid, 2021, 192 páginas.

Este es un libro multidisciplinar o, como bien dicen los coordinadores en su Presentación, un estudio desde una perspectiva multifactorial y transversal (p. VII). Una importante serie de autores, coordinados por Docal y Caballero, del Centro de Estudios e Iniciativas sobre Discriminación y Violencia, entre otras actividades y titulaciones, que iré citando a medida que anote sus aportaciones, se vienen a ocupar de esta materia que podemos calificar como relativamente nueva en nuestra dogmática penal, así como de su análisis desde la óptica de otras ciencias. Y esto es, precisamente, lo más destacable. El resultado es ofrecernos una trascendente recopilación del planteamiento de su problemática y la respuesta que los profesionales, y en este caso verdaderos especialistas, pueden ofrecernos aunque, como es lógico, toda selección de participantes en un libro colectivo es responsabilidad personal de los directores, pudiendo echarse de menos a alguno, concretamente penalistas, que recientemente han escrito al respecto.

Por su parte, Delta Publicaciones nos presenta, encuadrada en su Colección fundamental de Criminología, una edición cuidada, sin ahorrar espacios ni eludir gráficas y cuadros pertinentes que enriquecen el contenido literario de la obra.

No cabe duda que el presente texto se añade a los artículos y monografías que se van publicando al respecto, y en ésta figura destacada una visión eminentemente humanista del asunto, o sea parte, en primer lugar, en la explicación de la incardinación de las conductas que se engloban genéricamente en las de odio en las directivas comunitarias y en manifiestos de instituciones internacionales e internacionales, en los tipos penales o en otros comportamientos sociológicos y cómo se ocupan de ello distintas materias científicas; y, después, en la repulsa que las mismas han de provocar. El resultado es una obra interesante y necesaria.

El libro está dividido en los capítulos que se atribuyen a cada autor, en un total de 7. La sistematización me parece adecuada a los conocimientos que se exponen, si bien el interés del penalista tiene sus preferen-

cias, lo que no desmerece, en modo alguno, de todo lo escrito. Pero no cabe duda que, al margen de criterios personales que otorgan la profesión, el contenido total es un conjunto de conocimientos que ayudan a desarrollar, con evidente fundamento intelectual, la forma de concebir estas actuaciones reprobables y plantear su crítica y nuestra actitud de rechazo frente a las mismas.

Esta delincuencia, que necesita una definición y es vinculada a grupos violentos, se manifiesta como una actitud y un empleo de terminología propia (David Docal Gil y Joan Caballero Casas). Y ello se encuentra en los dos primeros apartados (pp. 1 ss. y 21 ss. respectivamente), que vienen a ser una especie de introducción a la temática, siendo los restantes más especializados. El odio no es solo la motivación concreta del hecho dañoso producido sino el mensaje amenazador que se lanza a personas semejantes a la víctima (p. 2). En ello radica su esencia y su exhaustivo desarrollo se pone de manifiesto a lo largo de las siguientes líneas con cuantos datos le incumben. Por otro lado, ya Docal nos recuerda que los preceptos de nuestro Código Penal que se refieren al presente delito de odio son los artículos 22. 4 y 510 (pp. 3 y 4).

Monserrat López Melero, mi querida colega y cuasi discípula, profesora de la UEMC, destacada penalista y penitenciaria y, entre otros méritos, especialista en psicología del terrorismo, dedica su trabajo no únicamente, aunque sea en su mayor parte, al perfil de peligrosidad criminal del delincuente de odio, como viene a titular su aportación (pp. 55 ss.), sino al análisis dogmático del delito de referencia. Recopila así el Derecho comparado, fundamentalmente la legislación hispanoamericana, y nos describe los preceptos punitivos correspondientes, originales y reformados, tanto los referentes a la parte general (agravantes) cuanto a la especial (tipo punitivo) contenidos, en este caso concreto, en el Código Penal peruano (pp. 62 y 63), habiendo comenzado con la relación de los artículos del texto sustantivo español que se refieren al delito de odio (arts. 24. 4 y 510 CP), desarrollando luego la mención de otros preceptos concordantes, es decir estrechamente relacionados con el principal (pp. 65 y 66). También, elaborando datos proporcionados por la jurisprudencia española de la Audiencia Nacional y Tribunal Supremo, nos recuerda que el componente de odio está presente en los delitos de terrorismo (pp. 97 y 98). Las estadísticas también ocupan un lugar significativo en sus muy buenas páginas, así como lo relativo al diagnóstico y al pronóstico, siempre difícil, de las personas que cometen estos actos delictivos (pp. 79 ss.), demostrando la extensa preparación en Criminología Clínica de la autora.

El resto de artículos que componen este volumen colectivo tienen la enjundia propia de lo que significa completar las diversas perspectivas de este hecho criminal. Así, Esteban Ibarra Blanco, que dirige la Oficina de referencia, nos habla de la precisa solidaridad con las víctimas de estos delitos (pp. 103 ss.), haciéndose una recopilación detallada de cuantas expresiones y manifestaciones se relacionan con la intolerancia (pp. 109 ss. y 112 ss.). El estudio acaba con la referencia a la Directiva europea y el

Estatuto de la víctima del delito (pp. 114 ss.) Ángel Blanch Plana, Prof. de la Universidad de Lleida, incorpora a este libro el tema de la diferencia de sexo en la agresividad humana (pp. 119 ss.), es decir la actual y tremenda violencia de género y familiar, donde ciertamente el odio tiene acto de presencia en tales reiteradas acciones, que se compendian significativamente entre los años 2009-2019 (pp. 121 ss.). Miguel Ángel Gil Rodríguez, también investigador en el Centro de Estudios citado anteriormente, escribe acerca de la radicalización en el contexto de seguridad local (pp. 129 ss.), centrándose en la imprescindible misión preventiva de los municipios. Ricardo García García, catedrático de la UAM y, entre otros títulos, ex-Rector de la Católica de Valencia, plantea el tema de la religión y la violencia (pp. 149 ss.). Entre sus aciertos nos recuerda los límites de la religión en el orden público, resumiendo en las resoluciones del Tribunal Constitucional el concepto de protección de la seguridad ciudadana (pp. 163 y 164) y, lo más importante, en mi opinión, cómo la violencia actual por tal motivo es terrorismo (pp. 176 ss.). En este sentido, aunque se especifica que esta violencia es mal llamada yihadista (ult. p. cit.), con anterioridad ha estudiado este fenómeno en España, aportando referencias jurisprudenciales y datos estadísticos acerca de atentados terroristas de esta especie (pp. 174 y 175). Y, siguiendo el hilo de su discurso, el Prof. Ricardo García concluye que «el denominado yihadismo no es verdad que se asiente en el Islam. Es sólo violencia terrorista. El terrorismo no puede justificarse ni ampararse en la Religión» (p. 190).

Quiero mencionar finalmente que la labor de coordinación ejercida por dos sus responsables (Docal y Caballero) ha sido, a todas luces, digna de encomio pues no era fácil conjuntar las distintas visiones disciplinarias que atañen al delito de odio, con la correspondiente selección de los autores adecuados, y ello se ha llevado a cabo de una manera excelente.

Todos los trabajos se completan, en la mayoría de los mismos, con unas conclusiones, resumen acertado de lo expuesto, con las correspondientes notas a pié de página y con un listado bibliográfico lleno de interés y muy especializado, que insinúa nuevas fuentes de consulta y conocimiento en esta materia. Pienso así, por todo ello, que el presente libro merece tenerse muy en cuenta por las diversas perspectivas que indica.

CARLOS GARCÍA VALDÉS

Catedrático Emérito de Derecho Penal  
Universidad de Alcalá

AGUILERA SASTRE, Juan y LIZARRAGA VIZCARRA, Isabel: *Clara Campoamor, de viva voz. Entrevistas 1925-1936*. Renacimiento. Los cuatro vientos. Sevilla, 2021, 398 páginas.

En el pasado número del *Anuario*, en esta misma Sección, recensioné el libro del Prof. Ricardo Mata sobre Victoria Kent. Ahora, que acaba de aparecer, quiero acompañar aquellas líneas con la noticia del ensayo dedicado a otra excepcional mujer, que fue antagonista de la citada en muchos aspectos y también destacada figura de la II República: Clara Campoamor Rodríguez. Abogada –licenciada por la Universidad de Madrid– y diputada como la ilustre malagueña, la personalidad de ambas se me antoja muy diversa. Victoria Kent fue un animal político con las alas cortadas cuando fue Directora General de Prisiones y relegada en el Congreso después. Campoamor mantuvo una actitud equilibrada en su presencia en la política nacional del momento. Digna en su comportamiento y defensora del papel de la mujer, su militancia en el Partido Radical fue muy relativa pues su independencia se impuso. Lo que las unió fue su evidente relevancia, el ser las únicas mujeres presentes en las Cortes constituyentes, el haber desempeñado sendas Direcciones Generales –la de Campoamor fue la de Beneficencia– su republicanismo a ultranza («¡República. República siempre!», p. 79) y su exilio y muerte lejos de España.

La República tuvo pocas personalidades como ellas, dedicadas a su país, más sectaria una que otra, es cierto, pero carentes de egoísmo y dedicadas de verdad a la cosa pública. Los mismos dirigentes que la nombraron expulsan a Victoria Kent del mando de las Prisiones al año y un mes escaso de su ejercer su cargo y tampoco la generosidad partidista se vislumbró en la ilustre letrada madrileña que, prácticamente, intervenía sola en la Cámara.

La originalidad del texto de Juan Aguilera e Isabel Lizárraga, reconocidos especialistas en Campoamor, con obras previas acerca del personaje, es presentar las 70 entrevistas seleccionadas de la protagonista a lo largo de casi once años, la gran mayoría en castellano y unas pocas en otros idiomas, como el francés –que hablaba perfectamente– y el catalán, traducidas de seguido todas. Por ello el texto se titula «de viva voz» pues así la suya en la presente obra «resuena en primera persona» (p. 8). Como puede observarse, la evolución experimentada por la prócer ha sido contenida y razonable. Los años que transcurren entre la primera y la postrera sirven para captar su pensamiento coherente y específico. Pocas cosas cambian. Su fidelidad a la democracia, su denuncia cuando se la mancilla, el pacifismo, la defensa del voto femenino o el rigor expositivo de cuanto nos confiesa. Todo ello figura desde el inicial momento en las charlas compiladas en el texto por los autores y ello es, sin duda, un subido mérito de la ilustre letrada.

Antes de adentrarse en la obra propiamente dicha, los autores trazan un breve apunte biográfico de nuestra protagonista (pp. 12 ss.), semblanza que, específicamente, primero referida a su infancia y luego a su edad adulta, profesiones desempeñadas y a los flamantes cargos ejercidos, se completa en las

entrevistas firmadas por la gran periodista de la época, Josefina Carabias (pp. 129 ss. y 311 ss. y 339 ss.).

De entre las mismas significo, entre asuntos de tanto interés, su postura contra la pena de muerte la cual «degrada y disminuye a la justicia» (p. 62), su posición a favor del divorcio (pp. 87, 88 y 376 ss.), complemento indispensable a su pensamiento previo acerca de la derogación del precepto penal que castigaba con severidad a la mujer adúltera pero muy suavemente al hombre (pp. 52 ss.), su orgullo al reconocer ser la primera diputada, en su caso por Madrid, en la circunscripción de San Martín de Valdeiglesias (pp. 89 ss.) y respecto al voto femenino, hasta entonces negado, con sentido común dice refiriéndose a las mujeres, señalando la flagrante contradicción: «... no se explican que nosotras –yo, la Kent– pudiéramos ser elegidas y ellas no pudiesen elegir» (p. 90). En este sentido, la postura de las otras dos diputadas del momento, Victoria Kent y Margarita Nelken, era diferente. Claramente contraria la primera y tibia al respecto la segunda(1). Tampoco tuvo Campoamor el apoyo pleno de sus correligionarios en este importante asunto.

En cuanto a su nombramiento como Directora General de Beneficencia existen muchas comparecencias de nuestra ya ex-diputada en la prensa (pp. 297 ss., 300 ss., 308 ss. y 318 ss.). En las mismas se destaca su dedicación al cargo, atendiendo a situaciones como la indigencia en la que se encontraba el edificio del monasterio de El Escorial, la mendicidad infantil o los manicomios y su espíritu reformador al luchar por crear el Cuerpo de Visitadoras de Asistencia Pública (p. 324). Todo lleno de actuaciones cultas, pietistas o humanistas. Dependiente del ministerio de trabajo y designada a finales de diciembre de 1933, dimite a principios de octubre del siguiente año al pasar la titularidad del despacho ministerial del radical Estadella Arnó al cedista Oriol Anguera de Sojo (p. 298). Poco tiempo duró pues su mandato. Es fácil así advertir un paralelismo con el que desempeñó, un tiempo antes, Victoria Kent en Justicia, al igual que resaltar los méritos de ambas en sus respectivos cortos mandos.

Donde más puede sorprender el libro, por culpa de Clara Campoamor y de las entrevistas, no desde luego de los autores del texto, que no valoran el contenido de lo expresado, limitándose a reproducirlo, es el desconocimiento de nuestra ilustre protagonista de lo que se nos venía encima. En efecto, la última entrevió es del 10 de julio de 1936 y en ella no existe el más mínimo atisbo del alzamiento militar que se concretó una semana después. O nadie en la República se enteró, en el limbo de la ignorancia, o el

---

(1) En cuanto a su postura militante respecto al voto femenino y hasta su logro a finales de 1931, existe dos buenas obras, una visual y la otra escrita: DVD titulado «Clara Campoamor. La mujer olvidada», dirigido por Laura Maña, Tve/Cameo, Barcelona, 2011, en el que, con apuntes biográficos, se trata mayoritariamente de aquella; y un reciente libro, de Lafuente, I: «Clara Victoria. La crónica del debate que cambió la historia de las mujeres». Planeta. Barcelona, 2021, acerca de la polémica con Victoria Kent. El vídeo mencionado no se cita en la interesante bibliografía recogida por los autores (pp. 391 y 392) que únicamente trata de textos escritos, y el libro de Lafuente apareció en el mercado después de la publicación de la presente obra que recensiono.

silencio irresponsable de todos fue máximo. Tampoco acierta Campoamor en su tratamiento de la revolución de Asturias. Después de la crueldad exhibida por mineros revolucionarios y tropas y fuerzas pacificadoras no pueden minimizarse las actuaciones de aquéllos con decir que solo estaban en la imaginación morbosa de algunas personas, siendo «los desafueros totalmente inciertos» (pp. 350 y 351) aunque, eso sí, en la última página citada se menciona que, en líneas generales, «los únicos edificios destruidos o verdaderamente perjudicados...son los cuarteles de la Guardia Civil», sin citar el elevado número de muertos acaecidos ni la colección de cruces laureadas de San Fernando que muchos de los oficiales y guardias obtuvieron (como pueden observarse en el museo del Cuerpo en la madrileña calle de Guzmán el Bueno) por contener a los asaltantes mucho más numerosos y agresivos.

Y precisamente esa falta de atención a la evolución política que se vivía en España le hace decir, con anterioridad (p. 239), en 1932, que no existía en la actuación violenta de los extremistas de derecha e izquierda, peligros para la República, solo perjuicios, con olvido de las quemas de iglesias, del campante pistolero, las chekas, los sucesos de Jaca y Casas Viejas o el golpe de Sanjurjo). El diagnóstico no pudo ser más desacertado pues la catástrofe, con acontecimientos relevantes, ya se preveía aunque, como ya he dicho, en la postrera entrevista de 1936, en mujer tan atenta a la realidad, no se percibe.

Estos postreros renglones, de mi exclusiva responsabilidad, no desmerecen la obra de Juan Aguilera e Isabel Lizarraga. El rescate persistente de la figura de Clara Campoamor que los autores vienen efectuando (con la compilación anterior de sus artículos) y ahora hacen extensamente en esta obra, es absolutamente necesario. Imprescindible en cuanto dar a conocer su personalidad y comportamiento en un momento crucial de nuestra historia. Como aconteció con tantas personalidades en la posguerra civil, el destierro y la muerte lejos de España no fue el premio merecido para quien sacrificó la mejor de su vida en el servicio público, habiendo luchado por instituciones que desde entonces figuran como elementales logros del sistema democrático.

CARLOS GARCÍA VALDÉS

Catedrático Emérito de Derecho Penal  
Universidad de Alcalá

MATA Y MARTÍN, Ricardo M. (Dir.) y MONTERO HERNANZ, Tomás (Coord.): *Reinserción y prisión*. Bosch. Barcelona, 2021, 289 páginas.

Este es un libro colectivo. El Prof. Ricardo Mata, catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valladolid, lo ha dirigido con competencia y lo ha coordinado Tomás Montero, destacado técnico de Instituciones Penitenciarias y Prof. asociado de dicho centro docente. Del conjunto ha sido un texto firmado, además de por ellos mismos, por diez autores, algunos de solvencia contrastada, otros menos conocidos, en el campo penitenciario. La obra se une a una ciertamente generosa explosión de la temática penitenciaria en los últimos tiempos, que parece presentar un interés renovado en nuestra literatura científica y a la que está contribuyendo, sin lugar a duda, Ricardo Mata con monografías propias, artículos en revistas técnicas y libros de conjunto por él dirigidos.

De temática muy variada, la obra se caracteriza por la importancia de los temas tratados. No están todos, lógicamente, pero sí algunos de los indudablemente necesarios. Dividida en once capítulos, que firma cada especialista, los mismos abarcan parte de la problemática actual del ramo. Bien sea la reinserción, el tercer grado, el yihadismo, la arquitectura carcelaria, la ejecución en los delincuentes de cuello blanco o los módulos de respeto, entre otros asuntos, todo interesa y llega fácilmente al científico o al lector en general. Sin profundizar con detalle en los artículos, pues esa es misión del lector, voy a detallar la conveniencia de su publicación y lo voy a efectuar, bajo mi responsabilidad, por bloques de materias, ordenación que no responde a la numeración que se recoge en el libro.

La esencia del tratamiento penitenciario es la resocialización del condenado. Así lo dice nuestra Constitución y los artículos 1 y 59 de la Ley Orgánica General Penitenciaria. Pues bien, de reinserción hablan fundamentalmente cinco de los trabajos publicados. Es el primero el del coordinador del libro, Tomás Montero (pp. 15 ss.). Es una introducción lúcida del asunto, base del tratamiento penitenciario; los funcionarios del cuerpo técnico IIPP, Puerto Solar y Pedro Lacal acogen en sus importantes líneas la idea de una moderna concepción de la reinserción (pp. 173 ss.). La base del trabajo es el pormenorizado análisis del artículo 25 CE y la necesidad de objetivar el tratamiento, atendiendo al fundamento primordial de la reeducación, sin olvidar el apartado legal relativo a la sentencia condenatoria, el sentido de la pena y la Ley Penitenciaria, sobre el cumplimiento de la condena. El tercer artículo es del también funcionario del Cuerpo Técnico de IIPP, Rafael Martínez Fernández, acerca de los nodulos de respeto (pp. 89 ss.), uno de los más logrados avances de la Institución en materia de tratamiento cuyo origen tiene lugar en el centro de León de la mano de su director Esteban Belinchón. El trabajo describe su funcionamiento y éxitos obtenidos. Fue Mercedes Gallizo quien ideó el sistema que se extendió por nuestro país; el magistrado Faustino Gudín se ocupa del tercer grado, que califica como un éxito del sistema, especialmente de los sistemas telemáticos (pp. 119 ss.), con su habitual conocimiento de este medio y la profesora



del Instituto Universitario de Investigación en Criminología y Ciencias Forenses de Valencia, Tália González Collantes trata del yihadismo en prisión, de su problemática y de su posible reeducación (pp. 217 ss.). Finaliza este apartado, en la clasificación que he efectuado, con lo escrito al respecto por la ex-subsecretaria de Estado de Justicia de Ecuador, Ximena Costales, sobre los fundamentos de la reinserción social (pp. 261 ss.), con muy adecuados y elaborados cuadros estadísticos de la población reclusa en muchos de sus aspectos.

Otros trabajos han también de mencionarse en este volumen colectivo. Es el primero el del magistrado Florencio de Marcos relativo al juez de vigilancia (pp. 65 ss.). Perfecto conocedor de la institución, nos la presenta como garante de la ejecución y dedica mucho espacio a la intervención de este magistrado en las esenciales tareas clasificatorias y a la resolución de las quejas de los internos, dos de sus tareas legales. Otro que merece la cita es el artículo de la investigadora posdoctoral de la Universidad de Málaga, Cristina Güerri, acerca de los funcionarios de IIPP en su faceta del servicio interior y su contribución a la reinserción (pp. 145 ss.). Un tercer artículo se nos presenta lleno de originalidad. Me refiero al del Prof. de la Universidad de Cádiz, Manuel L. Ruiz-Morales, relativo a las modernas prisiones y a sus diseños (pp. 197 ss.), profusamente ilustrado. En cambio no me ha parecido completo el del Prof. de la Universidad Federal de Pará (Brasil), Marcus Alan de Melo, sobre la privatización de las cárceles (pp. 239 ss.) y ello porque no se puede escribir sobre este fenómeno de las prisiones privadas sin conocer –y lógicamente, sin citar– el libro de mi discípulo Enrique Sanz Delgado, profesor titular de Derecho Penal de la UAH, que fue su reconocida y divulgada tesis doctoral (Edisofer, 2000). No es que la investigación de Melo sea deficiente en su conjunto, que no lo es, lo que sucede es que la omisión reseñada lastra un conjunto que podía haber sido bastante mejor.

Dejo para el final la cita del estudio del catedrático de Valladolid y Director de este volumen, Ricardo Mata y Martín, acerca de los delincuentes de cuello blanco en la ejecución penitenciaria (pp. 27 ss.). Inteligente y pragmático, el artículo empieza por plantear si tales reos merecen también un cumplimiento de «guante blanco». El análisis de la Instrucción 6/2020, de la Secretaría General IIPP ocupa un extenso lugar en la reflexión. ¿Precisan estos sujetos el acceso directo al régimen abierto? Yo tengo mis dudas. Es verdad que la peligrosidad criminal vulgarmente entendida no se compece bien con estos autores, pero no menos cierto es que sus delitos trascienden a la sociedad en general y empobrecen a la misma. Ya el Prof. García-Pablos, hace tiempo, propugnaba que la pena que les correspondía era la de multa, huyendo así del internamiento, pero esto me sigue sin convencer pues, al igual que el acceso directo al régimen abierto, no deja de ser una desigualdad respecto a otros condenados con sentencias incluso más leves.

El libro y sus artículos se acompañan, por la mayoría de los autores, con repertorios bibliográficos que completan los estudios y permiten profundizar

en las materias tratadas. La aportación es meritoria y digna de tenerse en cuenta, sumándose así al repertorio de buenos libros penitenciarios del momento.

CARLOS GARCÍA VALDÉS

Catedrático Emérito de Derecho Penal  
Universidad de Alcalá

MATA Y MARTÍN, Ricardo (Dir.) y ANDRÉS LASO, Antonio (Coord.): *La necesaria reforma penitenciaria*. Comares. Granada, 2021, 223 páginas.

A finales del año 2021 el catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valladolid, Ricardo Mata, ha vuelto a dirigir una importante publicación de Derecho Penitenciario. Interviene en el mismo, como coordinador, su discípulo, Antonio Andrés, profesor asociado de la asignatura y jurista del Cuerpo Técnico de IIPP, que ha desempeñado importantes cargos políticos en la legislatura del PP. Los dos son reputados penitenciaristas, especialmente por antigüedad Mata, que es destacado monografista, articulista distinguido y director de bastantes obras de la materia. El Dr. Andrés Laso se ha distinguido por sus obras, desde su tesis doctoral, acerca del Derecho Penitenciario, francamente relevantes. Ahora sus saberes y conocimientos se han juntado para presentarnos este libro que firman catedráticos, profesores titulares, magistrados y funcionarios de IIPP, todos reconocidos especialistas.

Guardo para Ricardo Mata y Antonio Andrés un gran agradecimiento. Siempre he sido invitado a la Universidad de Valladolid para disertar o han dedicado generosas páginas hacia mi persona en sus valiosos escritos. He escrito colaboraciones y prólogos en textos dirigidos por el catedrático de la ciudad del Pisuerga y he recensionado obras de ambos, especialmente las del Prof. Andrés Laso que tratan de la reforma penitenciaria, de cuyo tribunal de tesis doctoral fui miembro. Por ello, volver a incidir en estas páginas dando cuenta del último libro que han editado juntos me llena de renovada satisfacción.

Quince capítulos, escritos por otros tantos autores, componen el texto que he sistematizado, para su mejor exposición y cuando ello ha sido posible, de una parte continuando el orden del articulado de la legislación penitenciaria y de otra, recogiendo las novedades que se proponen o los estudios contextuales. Así, dentro de los primeros voy a mencionar lo referido a las requisas (Marcus Alán de Melo), a la clasificación penitenciaria y al principio de flexibilidad (Antonio Andrés Laso), a la libertad de expresión (Rosario de Vicente), al régimen abierto (Puerto Solar/Pedro Lacal), a la libertad condicional (Vicenta Cervelló), a la función pública penitenciaria (Eugenio Arribas), a la transferencia en esta materia a las comunidades autónomas (José

Manuel Palma) y al tema de la ejecución de los menores (Tomás Montero Hernanz). Todos están escritos reflexionando en el presente y con el futuro y no cabe duda que los asuntos tratados son por demás trascendentes.

Y los segundos, se centran más en problemas actuales y en la reforma penitenciaria, como propone el título del libro. Son estos artículos los dos atinentes a la relación de nuestro Derecho penitenciario con el europeo (Faustino Gudín y Álvaro Gil-Robles), la perspectiva de género en la ejecución (Cecilia Poyos), lo que ha supuesto la irrupción de la COVID en el mundo carcelario (Nistal Burón), las consecuencias del Anteproyecto de la nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal en el derecho de defensa (Pilar Martín Ríos) o la especificación de los motivos de la mencionada y global reforma penitenciaria (Ricardo Mata). Como introducción, el catedrático de Granada, José Miguel Zugaldía, analiza la individualización judicial de la pena en nuestra legislación sustantiva.

Muchos ellos precisan de mi criterio, sin perjuicio de lo acertado que son las exposiciones reseñadas. Por ejemplo, el tema de las requisas y cacheos personales y de las celdas de los reclusos pienso que está resuelto en nuestra legislación y, especialmente, en la jurisprudencia del TC. Llegándose incluso al desnudo integral el difícil equilibrio entre dignidad y seguridad se contempla en las resoluciones del más Alto Tribunal. Sin despertar crítica seria alguna, el principio de flexibilidad se ha venido imponiendo sin ambages. Se trata de una figura abierta y generosa que anticipa los permisos de salida y el régimen abierto, una de los grandes aciertos de actual Reglamento. En cuanto a la transferencia a las comunidades de la competencia penitenciaria creo que el enfoque correcto del problema no es el económico. Lo que importa es que las comunidades que la ejercen en la actualidad (Cataluña y País Vasco) la entienden para alegrar a sus socios o cómplices y amigos presos, importándoles muy poco el resto de la población reclusa. La actual Generalitat independentista jamás hasta ahora, con las secuelas del procés, ha desarrollado en puridad la ejecución en contra del Estado y los socios vascos del Gobierno central, los bilduetarras, pocas esperanzas ni interés verdadero tenían, hasta hace muy poco, de lograr el manejo del mundo penitenciario para beneficiar a los terroristas condenados pues, de nuevo, los otros encarcelados no interesan.

En cuanto a la pretendida reforma penitenciaria, transformando sustancialmente la Ley Orgánica vigente o redactándose una nueva, pues no en balde han pasado más de cuatro décadas, entiendo que no es el momento se diga lo que se diga. Ya lo intentó Mercedes Gallizo desde la Secretaría General de IIPP, encargándome, por vez primera en Córdoba al inaugurar el CIS que lleva mi nombre, lo que denominó su «relectura». El texto, poniendo al día la Ley respecto a los aportes reglamentarios y a la doctrina del TC, se conformó, bajo mi dirección, con una buena serie de especialistas (Esteban Mestre, Vicenta Cervelló, Abel Téllez, Javier Nistal, González Cussac, etc.). El resultado, con explicación justificada de cada punto abordado, se presentó a dos ministros del Interior (Alonso y Rubalcaba) y fue en vano. Ni el momento ni el consenso necesario pareció obtenerse con la

oposición. El anteproyecto descansa en algún cajón del organismo mencionado y, desde luego, entre mis libros. Si imposible fue entonces, más en la actualidad. No hay verdadero consenso posible para volver a promulgar una Ley de todos, como es la vigente, cuya gestación viví en primera persona, fruto de la competencia y generosidad de todos los grupos políticos, pero hoy la conveniencia partidista, el egoísmo y la ignorancia harían fracasar el intento o convertirlo en algo sectario e inservible. Como reflexión dogmática puede valer, pero la realidad actual no permite atender los claros deseos reformistas.

Ello no obsta para la valoración muy positiva de este libro. Tratar del tema penitenciario hace que el mismo se mantenga de actualidad en nuestra ciencia y que tales aportaciones puedan ¿por qué no?, servir en un mejor futuro, que deseo lo más próximo posible.

CARLOS GARCÍA VALDÉS

Catedrático Emérito de Derecho Penal  
Universidad de Alcalá

JIMÉNEZ SEGADO, Carmelo: *Delitos de género y de violencia familiar. Cuestiones sustantivas y procesales*. BOE. Madrid, 2021, 347 páginas.

El magistrado Carmelo Jiménez, en muy breve tiempo, ha vuelto a publicar un libro más que interesante. Si primero fue su reciente tesis doctoral en Derecho en la Universidad de Alcalá –de donde acaba de ser designado profesor Asociado– referido a la responsabilidad penal de los abogados, que recensioné en esta misma sección (Anuario, 2020), hoy lo hace con un tema de extrema actualidad cual la violencia de género y familiar.

Jiménez Segado es un completo jurista, no únicamente por su profesión. Doblemente doctor, en Derecho y Ciencias Políticas, su cultura se extiende a diversos campos penales. El presente libro es una muestra más de su competencia.

Dividido en tres grandes partes, más una introducción, repertorios jurisprudenciales sistematizados, recolección de circulares y consultas de la Fiscalía y una colección de formularios, el texto se muestra como el más completo de los aparecidos hasta el momento en esta materia. El prólogo de su maestro y mi querido discípulo, el Prof. Esteban Mestre Delgado, Catedrático de Derecho Penal de la UAH, (pp. 17 ss.) diseña y anticipa su contenido, con unas extraordinarias reflexiones acerca de los tipos delictivos que van a tratarse a lo largo de la monografía y que le sirven de guía efectiva.

Los tres apartados reseñados estudian los aspectos penales y procesales del asunto, como el título del libro indica. Es el primero (pp. 37 ss.) el refe-

rido al análisis de los delitos de violencia de género y familiar, con descripción de los supuestos contemplados en el Código Penal, uno a uno, puestos al día, y estudio de sus componentes conceptuales, bien jurídico protegido, posibles agravaciones y procedibilidad. El repaso es total y la metodología perfecta, repetida en cada hecho punible, lo que facilita su comprensión.

El segundo trata de lo que, con acierto, denomina las «cuestiones comunes» (pp. 111 ss.). Carmelo Jiménez nos demuestra aquí su perfecta inteligencia de la Parte General de nuestra asignatura, claramente presente en cualquier referencia a la Parte Especial, pues cada institución de la misma está ordenada y mencionada. Bien sean, por ejemplo, los problemas de autoría y participación, la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, las penas y las medidas de seguridad, la suspensión de la pena, la responsabilidad civil o las costas, todo está referido con extremada claridad, abordando cuantas cuestiones pueden venir a producirse.

La tercera parte es la relativa a las cuestiones procesales (pp. 201 ss.) de no menor calidad que las anteriores. El magistrado que es Carmelo Jiménez se nos revela aquí con toda su intensidad y rigor. Aspecto no muy frecuente en este tipo de publicaciones, su directa relación con el elemento sustantivo completa magníficamente la obra. De nuevo, la totalidad de las instituciones se encuentran aquí referidas. Tanto la jurisdicción, las partes, el procedimiento o las medidas de protección como todas las diligencias, se especifican y se contemplan detalladamente. Completando este apartado, unos formularios utilísimos se añaden a la obra (pp. 295 ss.), bien los referidos a escritos de trámite, acusación o defensa y la muestra de un recurso de apelación contra una sentencia del Juzgado de lo Penal. Previamente, el texto sistematiza una jurisprudencia seleccionada (pp. 271 ss.), así como circulares, consultas o documentos de la Fiscalía General del Estado (pp. 291 ss.) relacionados con la materia que se expone.

Como es fácil comprender, nos encontramos ante una monografía de Carmelo Jiménez Segado llena de valor para el operador jurídico y, en mi criterio, la más completa escrita acerca de cuantas materias atañen al delito estudiado. Una obra, en fin, digna del mayor encomio y modelo de la forma de abordar dogmáticamente esas conductas criminales por desgracia actuales y en boga. Para su conocimiento técnico y, especialmente, para su persecución y erradicación este gran texto, accesible y comprensible, como indica Esteban Mestre en su citado Prólogo (p. 23), es un excelente colaborador.

CARLOS GARCÍA VALDÉS

Catedrático Emérito de Derecho Penal  
Universidad de Alcalá

RODRÍGUEZ IBARRA, Sergi: *Jack el Destripador. El diablo en Whitechapel*. Emse Edapp. Barcelona, 2021, 125 páginas.

Existen multitud de libros referidos a esta figura histórica, probablemente entre los más conocidos criminales del siglo XIX, que sembró de terror, en los meses centrales de 1888, en el miserable suburbio londinense del subtítulo y cuya triste fama trascendió no solo a la capital inglesa sino contemporáneamente y durante décadas a otros países. Todo cuanto rodeó a sus asesinatos fue misterioso. El porqué de los lugares de comisión, los instrumentos de ejecución y, lo más trascendente, el autor de tales delitos, se analizan en esta obra medida y francamente interesante.

Su autor, el escritor Rodríguez Ibarra, ha estudiado los hechos delictivos del gran depredador, siempre asesinatos consumados, y en cinco capítulos, claramente ordenados, nos muestra las andanzas del tétrico personaje. El perfil psicológico que cierra el libro (pp. 117 ss.), se debe a la especializada pluma del catedrático de la Universidad de Valencia, Vidente Garrido Genovés, lleno de datos pertinentes, autoridad y conocimientos.

Cinco fueron las víctimas reconocidas oficialmente por el Destripador, quedando dudas acerca de una sexta. Las restantes mujeres que aparecieron muertas hacia la misma época o en la inmediata posterior a él no se le atribuyen (pp. 98 ss.). Apareció entre la niebla y la miseria del distrito como desapareció, donde nunca, entonces ni después, fue identificado. Los arrestos que de diferentes personas se efectuaron fueron todos infructuosos. No obstante, dejó pistas. Las cartas escritas a las autoridades policiales y algunas notas remitidas a la prensa encabezándolas con un «Querido jefe» (pp. 45 y 65), hicieron sospechar a los expertos incluso que se trataba de algún agente entre los investigadores. Otras misivas, donde figuraba «Desde el infierno» (p. 76), no únicamente venían a significar la consciencia de sí mismo que tenía el autor, sino lo terrible de las muertes que procuraba a las desgraciadas mujeres, todas alcohólicas y dedicadas a la más baja prostitución. Era en sus lugares de residencia o de ejercicio de su oficio donde las buscaba. La referencia nominal de las mismas se acompaña por Rodríguez Ibarra de una pequeña biografía de ellas que las sitúa en el mundo. La película de los hermanos Hughes, protagonizada por Johnny Depp, que encarna magistralmente al inspector Frederik Abberline, uno de los más inteligentes profesionales ocupados en los crímenes, precisamente se denomina de aquella manera: «Desde el infierno» (2001). Es precisamente este detective quien pensó que el asesino tenía nombre y apellidos, un inmigrante polaco que después envenenó a tres de sus amantes y que fue ejecutado en 1903 (pp. 91 y 92). El cambio de método ejecutivo, impropio de los asesinos en serie, es el que hace dudar de la autoría a Rodríguez Ibarra (ult. p. cit.).

El mismo nombre por el que ha pasado a la historia el autor de los delitos se lo atribuyó el mismo: «The Ripper» (p. 46) y así quedó para siempre en la antología de los asesinos en serie, posiblemente el primero de cuantos así fueron reconocidos después. El calificativo proviene del *modus operandi*. Las víctimas fueron cruelmente evisceradas, destrozadas interiormente,

extraídos sus órganos y esparcidos por las estancias o colocados en los cadáveres, aunque eso sí, al decir de los forenses, parece que todo ejecutado *post mortem*. Este odio extremo y desatado se atribuye al haber sido contagiado el autor de sífilis por una relación amorosa con una de esas mujeres infectadas o por haber dado a luz un hijo no deseado. En el texto de Rodríguez Ibarra se señala permanente como medio de ejecución el cuchillo. En otros estudios el bisturí o escalpelo también se menciona, instrumento que corta más fácilmente que el anterior reiteradamente mencionado. Precisamente ello ha permitido atribuir, en el imaginario popular, los hechos a carniceros, en el primer caso, o también a médicos, vinculados a la masonería e incluso a la casa Real inglesa, en el segundo. En algún momento, por el contrario y sin ser la tónica general, se llega a decir que no necesariamente era un especialista el autor de tales brutales actos (p. 85).

En el apartado de la autoría, además de los citados, se han atribuido los crímenes a personajes, no identificados fehacientemente, de la línea de sucesión de la propia Casa Real, cortadores de oficio, judíos, pintores extravagantes, inmigrantes, etc., incluido una comadrona. Cuando desaparece de la escena Jack el Destripador se entiende que ha muerto, huido a Norteamérica o recluso en un sanatorio mental. Es en el capítulo 5 (pp. 89 ss.) y en el Epílogo (pp. 103 ss.) donde Rodríguez Ibarra investiga acerca de los presuntos culpables con importantes detalles de los citados, pero sin concluir en ninguno claro. Del mismo modo, pleno de mérito es, en el último apartado referido, la bibliografía evaluada que se lleva a cabo por el autor, además del listado que se añade con posterioridad (p. 111).

Muchas son las investigaciones relativas a Jack el Destripador pero la presente es, por lo que alcanzo a ver, la postrera y la más fácilmente accesible por su literatura llana. El resumen de las actividades delictivas está bien trazado y nos sirve como un recordatorio de uno de los más conocidos –aunque paradójicamente desconocido– criminales de todos los tiempos.

CARLOS GARCÍA VALDÉS

Catedrático Emérito de Derecho Penal  
Universidad de Alcalá

FERNÁNDEZ BERMEJO, Daniel: *El delito fiscal en el Código Penal español*. Thomson Reuters/Aranzadi. Pamplona, 2021, 389 páginas.

El Prof. Fernández Bermejo, acreditado Titular de Derecho Penal de la UNED, nos vuelva a sorprender con un nuevo libro. En muy escaso tiempo aparece el presente y el colectivo, referido a la delincuencia cibernética, por el dirigido y por su maestro, mi discípulo, el Prof. Titular UAH, Enrique Sanz Delgado.

Daniel Fernández Bermejo se nos muestra como un trabajador incansable. Profesor en varios centros docentes, hasta recalar en la UNED, premio Victoria Kent, monografista y articulista de diversos estudios acerca del Derecho Penitenciario, su conocimiento del Derecho Penal sustantivo le queda a la par, saber demostrado en variadas aportaciones científicas. Buena prueba es este libro, francamente extenso y lleno de interés, de una materia siempre difícil, que va evolucionando con nuevas aportaciones científicas y jurisprudenciales.

La catedrática de su Universidad, mi querida amiga y colega, la profesora Alicia Gil Gil, dedica al texto un Prólogo cariñoso y competente (pp. 19 y 20), pero antes figura una nota del autor donde, generosamente, menciona, entre otras cosas, a mi «escuela de Alcalá» y a su maestro (p. 18). El agradecimiento ha de figurar entre las mejores cualidades de quienes, universitariamente, debemos mucho a nuestros mayores, en lo que a mí respecta al Prof. Enrique Gimbernat. Que otro colega, «nieto» científico mío, lo efectúe por escrito me llena así de satisfacción.

La obra se divide en cuantos capítulos se dedican al estudio pormenorizado de los preceptos contenidos sobre esta materia en el vigente Código Penal. La sistemática empleada es el seguimiento de los delitos tipificados o especialmente referentes a los mismos, bien sean del Libro I o del II del texto punitivo. Los artículos correspondientes se van desgranando a lo largo del libro, por su orden, introduciendo a su estudio una recopilación de la legislación punitiva y tributaria española que le ha sido o le es aplicable (pp. 21 ss.).

A partir de aquí, el análisis es de lo más completo. Bien el genuino delito fiscal (pp. 47 ss.), la correctamente calificada como excusa absolutoria de la regularización tributaria (pp. 103 ss.), la confluencia de procedimientos penales y tributarios y su solución (pp. 137 ss.), las atenuantes, agravaciones o suspensión de las penas en el delito fiscal (pp. 183 ss.), el delito contable y el concurso del mismo con otros hechos delictivos (pp. 269 ss.), la responsabilidad de las personas jurídicas, la legislación antecedente referente a la misma y sus reglas penológicas (pp. 297 ss.) o, en fin, la problemática de la «compliance» (pp. 340 ss.), todo está magnífica y claramente expuesto. Fernández Bermejo demuestra así un conocimiento dogmático superior y una excelente técnica investigadora. Su aportación es así digna de la mayor alabanza.

Las muy abundantes notas a pie de página, con cita de los oportunos autores y de jurisprudencia, numeradas correlativamente en cada capítulo, demuestran la solvencia de su empeño. Igualmente la bibliografía final (pp. 369 ss.) es amplia y necesaria para profundizar en cada institución, com-



plemento del texto escrito por el autor. De esta forma, por su complejidad y validez, el libro del Prof. Daniel Fernández Bermejo se sitúa entre las más destacables monografías del delito al que se dedica el mismo.

CARLOS GARCÍA VALDÉS

Catedrático Emérito de Derecho Penal  
Universidad de Alcalá

RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina: *Las prisiones como estrategia frente al desafío del terrorismo, la radicalización y el extremismo violento*. Iustel. Madrid, 2021, 335 páginas.

La Prof.<sup>a</sup> Rodríguez Yagüe, titular de Derecho Penal de la UCLM, ha vuelto a publicar, en un corto periodo de tiempo, otra importante monografía de Derecho Penitenciario. El anterior, acerca del régimen abierto, tuvo el honor de prologárselo y el presente me ha atraído igualmente de forma innegable por sus muchos méritos. Ha de partirse de la base de la dificultad intrínseca de la investigación. Este es tema no muy trabajado en nuestra ciencia, acaso habría que mencionar lo publicado monográficamente por la profesora Sara Carou por lo que alcanzo a ver. Si difícil es el estudio de la materia penitenciaria en algún tipo concreto de delincuencia (mafia, organizaciones criminales no terroristas, etc.) más lo es cuando se aborda el régimen carcelario de los últimos delincuentes citados y, especialmente, de los yihadistas, en España. Y a ello se dedica el presente gran libro de la profesora de Castilla-La Mancha.

Cinco equilibrados capítulos se ocupan de desarrollar la materia. El extremismo violento, la necesidad de su retención, el sistema de cumplimiento de sus miembros en los centros o el posible tratamiento se analiza en profundidad, partiendo de un dato elemental, que se convierte en base del estudio y, prácticamente, del título de la obra: la prisión es una de las tácticas estatales para confrontar legalmente el terrorismo, que se eleva al mismo nivel que las prioridades penales y procesales, dentro de una legislación de excepción aplicable los miembros de las bandas, grupos u organizaciones terroristas. Lo hace Europa y, desde luego, nuestro país desde que sus crímenes inhumanos asolaron nuestros suelos.

Precisamente, y en el mismo sentido, el libro de Rodríguez Yagüe comienza contemplando como el Consejo de Europa y la Unión Europea entienden la prisión como nuclear en la prevención y actuación contra estos radicales (pp. 23 ss.), asunto que encuentra su desarrollo de seguido. De hecho, la monografía puede dividirse, en mi criterio, en dos grandes partes: esta primera, referida a los estándares europeos de lucha contra los violen-

tos (Capítulos I y III) y la segunda, referida específicamente a España (Capítulos IV y V). Antes de esto último, el Capítulo II (pp. 43 ss.) nos aproxima a los conceptos imprescindibles para el conocimiento científico de este terrorismo.

Todas las disposiciones legales parten de un régimen diferente para esta categoría de internos, desde la separación del resto de los reclusos, las diferentes prisiones a las que deben ser destinados o la gestión de la seguridad interior. Las relaciones familiares, en su caso, o la participación en su reinserción de las organizaciones extrapenales también se contemplan. Por fin, la formación específica e inexcusable del personal penitenciario encargado de estos reos cierra la reflexión de la que he denominado primera parte del libro de Rodríguez Yagüe.

El modelo de ejecución español viene a continuación, conformando un extenso y completo apartado, la segunda parte del texto, como ya he dicho, que alcanza sus últimos y valiosos capítulos (pp. 159 ss. y 203 ss.). Asimismo, muchas de las indicaciones europeas se trasladan a nuestro régimen carcelario, si bien es cierto que la presencia en España de un terrorismo más persistente, de contenido político antidemocrático, que en el resto del continente, me refiero al de ETA, cuando ya habían desaparecido el del IRA o las Brigadas Rojas, ha provocado unas medidas con idiosincrasia propia. En cambio, el encierro de los yihadistas es un hecho común a los países de nuestro círculo cultural.

La clasificación y la severidad tienen así el sistema penitenciario adoptado para estos autores. Su clasificación en primer grado de tratamiento, la ausencia de permisos ordinarios, la reclusión en celda –con la consiguiente limitación temporal de paseos– por tiempo superior al resto de reclusos, el rigor en la aplicación de los beneficios carcelarios y en la libertad condicional o su inclusión en el FIES correspondiente, se hacen patentes. La superior vigilancia y seguridad es patrimonio de este régimen de encierro. En cuanto a los establecimientos de destino, la dispersión se ejecuta hoy en los terroristas islámicos, aprobándose el retorno a las prisiones del País Vasco de los etarras.

La monografía de la profesora de Castilla-La Mancha conoce de cuanto se ha dicho y lo trata con el rigor acostumbrado. Toda la información que nos proporciona es exhaustiva y necesaria, bañada con el barniz de la originalidad sistemática y el buen hacer. De igual manera, como la razonable esperanza en el sistema y en las personas a quienes se aplica, pertenece a su esencia personal y a su carácter de científica, también piensa en los medios de posible reinserción, ya manejados anteriormente, así como en la preparación imprescindible del funcionario que custodia a este tipo de reos.

Un listado bibliográfico (pp. 325 ss.), lleno de sugerencias y más que completo, redondea la magnífica obra. La Prof.<sup>a</sup> Cristina Rodríguez Yagüe prosigue con esta monografía en su avance, que ya viene de lejos, de convertirse en una de nuestras más destacadas penitenciaristas. Es humilde y trabajadora incansable, patrimonio de la ciencia; discreta en sus opiniones, muy acertadas; extraordinaria expositora de cuanto expresa, sin hacer sentir su

autoridad, aunque la tiene; en fin, una investigadora a la que da gusto leer y que siempre enseña, o sea una excelente profesional por la que nuestra Universidad debe de estar satisfecha y expresarse agradecida.

CARLOS GARCÍA VALDÉS

Catedrático Emérito de Derecho Penal  
Universidad de Alcalá

BARAS GONZÁLEZ, MARCOS: *Contexto jurídico de la mediación en prisión*. Sepín. Madrid, 2021, 152 páginas.

El autor, Marcos Baras, doctor en Derecho, funcionario del Cuerpo Técnico de IIPP, ahora destinado en el Defensor del Pueblo, premio Victoria Kent, y también destacado publicista, ha dado a la luz este buen libro de una materia ciertamente nueva y llena de interés. Es cierto que la temática mediadora viene ya expresándose con reiteración en nuestra literatura científica pero no menos verdad es que, referida al asunto penitenciario, las publicaciones son menores y muy escasas en forma de meritoria monografía, como acontece con la presente. Quien esto escribe, no era, al principio, muy partidario de la misma en este campo y, sin embargo, la lectura de esta obra me hace reflexionar al respecto, sin perjuicio de la reserva que sigo mostrando en tema concretos y que diré a lo largo de la exposición.

Vaya por delante que Marcos Baras es, sobre todas las cosas, un gran penitenciario y jurista, que se ha metido de lleno en una materia controvertida y necesitada de clarificación. No todo se puede consensuar ni cabe mediación alguna en determinados espacios, pues el orden y la disciplina imperan en este mundo cerrado y complejo. Ello no quiere decir, como bien hace el autor, que este sistema quede totalmente al margen del régimen vital e incluso del disciplinario, pero viene a significar que el esfuerzo que sobre tal se efectúe merece indudablemente la pena.

El libro consta de tres partes perfectamente diferenciadas: una introducción, la parte general y la especial, finalizando con un interesante excursus (acerca del uso de internet en prisión) y un logrado repertorio bibliográfico. Desproporcionados entre sí en cuanto a extensión, estos capítulos construyen una metodología sugerente y muy adecuada a la sistemática del Derecho penal en general. De entre las recomendaciones fijadas, creo que una de las más llenas de interés es la referida, en el prolegómeno, al papel colaborador de la Administración y a la sensibilización a los funcionarios IIPP en los programas de mediación (pp. 19 ss.). Sin tales comportamientos y enseñanzas poco puede lograrse. La base legal la encuentra especialmente Marcos Baras en las Normas Penitenciarias Europeas (2006/2020) y en concretos preceptos

legales (art. 42. 6 LOGP) y reglamentarios (arts. 254 ss. RP) y el concepto de tal mediación lo precisa como el conjunto de otras medidas alternativas a la imposición del castigo (p. 15), es decir «la búsqueda de soluciones no agresivas a los conflictos, recuperando la comunicación y el diálogo» (p. 25).

Los «aspectos generales de la mediación» se recogen en las siguientes páginas de la importante monografía de Marcos Baras (pp. 25 ss.). Cuanto se refiere a las materias formales de llevarla a cabo, sus principios fundamentales o sus modalidades se citan, señalando con letra negrita los pasos más relevantes. Esta es otra de las características muy valiosas del libro. Escrito didácticamente, es fácil de acceder a cuanto nos enseña, significando lo esencial con detalle tipográfico. Además, al estar bien expresado cuanto se dice en él, su lectura torna la exposición de los elementos técnico-jurídicos en frases de elemental acceso y comprensión.

La denominada «Parte Especial» de la investigación, la más extensa, dirigida especialmente a la práctica, se convierte en el apartado fundamental del libro. Creo que en ella se pueden distinguir dos partes bien diferenciadas: las más conflictivas, a efectos de la mediación, y las más accesibles a la misma. En efecto, la llevada a cabo en el procedimiento disciplinario o en el régimen cerrado (pp. 47 ss.), no es lo mismo que la transacción en asuntos como los familiares, interculturales o electrónicos desde la cárcel (pp. 85 ss.). Personalmente, no veo problema en los segundos. Pienso así que es en estos campos donde la mediación puede llevarse a cabo con intensidad y, lógicamente, partir de las reservas y garantías que el autor propone. Pero abrigo mis dudas en la primera de las materias mencionadas. Veo difícil el pacto en temas disciplinarios y en el régimen cerrado. En los primeros, tal vez tengan cabida en el procedimiento relacionado con las sanciones leves, y así no en todos los castigos, pues los derivados de infracciones graves veo difícil que se puedan pactar dando cancha a los infractores. Igual me pasa con el régimen cerrado que no deja excepcional en nuestro sistema penitenciario (art. 10 LOGP). No entiendo comprensible que pueda conformarse la Administración con un acuerdo que rebaje su imperiosa necesidad en ciertos contados casos, su primitiva clasificación o el traslado inmediato a un departamento especial. La negociación aquí no se me antoja posible de plano, salvo, tal vez, el debate acerca del error en la tipificación de la sanción o en la presencia de atenuaciones en la conducta y, desde luego, en el régimen abierto.

Esta última postura personal, acerca de aspectos concretos de la mediación, no convierte en crítica negativa la exposición de Marcos Baras, antes al contrario. Creo que su inteligente esfuerzo merece la pena y, tal vez, llegue el momento de la asimilación plena de cuanto propone. Otra cosa es que no todos estemos todavía preparados para ello ni crea que IIPP se merezca el permanente cuestionamiento de sus actuaciones más trascendentes al pasar por el tamiz de los propios interesados, los reclusos, cuya intervención se me aparece como carente de la más mínima objetividad y sin revestir la autoridad de la propia Administración o de los jueces de Vigilancia.

Libro, en fin, para el futuro, lleno de sugerencias humanitarias, de excelente voluntad y de acercamiento a los internos y su triste situación, que tras-

lada el diálogo a la ejecución de la pena privativa de libertad al no poder llevarse a cabo en las fases previas y determinantes del proceso penal, pues chocaría con nuestra legalidad vigente. La conformidad que puede observarse en este campo, en penas pactadas no especialmente graves, no es un principio que tenga parangón con la mediación que aquí se propone. La negociación, como se ha dicho, se circunscribe a las sanciones y circunstancias que rigen el mundo penitenciario, sin alcanzar, razonablemente, temas como, por ejemplo, los beneficios (permisos de salida, terceros grados) o los que pueden suponer acortamientos de condena (condena condicional). El que tal procedimiento se vaya extendiendo en lo penitenciario depende del sentido común que lo pretenda abarcar, del interés en hacerlo del Centro directivo y de literatura especializada como la aportación de Marcos Baras.

CARLOS GARCÍA VALDÉS

Catedrático Emérito de Derecho Penal  
Universidad de Alcalá

MARÍN RÍOS, Juan Antonio: *Para ti, mi vida. Vivencias y anécdotas de un penitenciario*. Círculo Rojo. Almería, 2020, 367 páginas.

El autor del presente libro es, como viene a indicar en el título, un auténtico penitenciario, es decir un funcionario que ha dedicado su vida a las Instituciones Penitenciarias, dirigido centros, servido en la Secretaría General y expuestos sus amplios conocimientos en diversas publicaciones y enseñanzas en beneficio de la querida Institución. Medalla Penitenciaria, su carrera es ejemplar y el texto viene a ser un repaso por la historia penitenciaria española de las últimas décadas, que vienen a coincidir con sus años de servicio.

Cuando su ingreso en el Cuerpo tiene lugar yo era el Director General de IIPP, si bien esta etapa no es la más destacable, lógicamente, por el autor ni la que mejor ha comprendido. Por ejemplo, la inauguración de Herrera de la Mancha, mi estricta responsabilidad, fue determinante para la retención de los internos más violentos y, en consecuencia, la reforma que se estaba llevando a cabo sí pasó por ella, para poder trabajar con la inmensa mayoría del resto de los reclusos (permisos de salida, terceros grados o visitas vis a vis). Y en cuanto a los funcionarios, todo aconteció, es cierto, menos abandonarles. De hecho conseguí para su director a uno de los grandes administrativistas españoles, que le repuso en su categoría y logró que le abonaran sus salarios de tramitación, igual que a otros. Pocos años después de su inauguración, en 1979, el PSOE empleó Herrera para los terroristas de ETA, entonces con muy pocas críticas y hoy sigue en activo para los primeros grados. La

gran peripetia de Juan Antonio Marín comienza más tarde y en ella se centra el ensayo biográfico que ahora recensiono.

Aunque el esquema que presento no coincide con los capítulos que refiere en su monografía, pienso que la misma presenta tres grandes partes: los establecimientos donde se inicia la carrera penitenciaria del autor y a cuantos es destinado después (pp. 50 ss. y 82 ss.); su servicio en el Centro directivo (pp. 163 ss.) y los centros donde finalizó su carrera profesional. El recorrido de su memoria se centra en cuantas situaciones y actividades penitenciarias tenían lugar, bien los sucesos más relevantes de la transición y posteriores, como fugas y motines o la materia disciplinaria, bien, por ejemplo, la descripción precisa de la estructura de los edificios, nuevos y antiguos, o las peculiaridades del servicio –en mi época un horario de 24 x 48, modelo alabado por todos–. Muchos de los establecimientos citados fueron creados por los 10.500 pts. (de entonces) por mi gestionados y después puestos en funcionamiento.

El periodo de Juan Antonio Marín en la Dirección/Secretaría General de IPP tiene mucho que resaltar, en especial quiero significar el tema de la dispersión de los presos terroristas o los FIES. De no menor interés son las referencias a la modernización de las conducciones o la implantación de las oficinas judiciales en los establecimientos. En cuanto a lo primero, la dispersión de los terroristas fue una necesidad y una conveniencia. Yo no disponía de los nuevos establecimientos modulares que vinieron luego. Soria fue el destino de los etarras y Zamora el de los Grapo, además de otros lugares donde concentrar a otros grupos terroristas menores. Fue el ministro Múgica y el Secretario General, Asunción, como bien recuerda Marín Ríos, quienes comienzan con la política de dispersión de estos internos, especialmente de ETA, de tan excelentes resultados durante décadas. Hasta el momento actual, en que se ha cedido a los votos de los bilduetarras y peneuvistas y vuelven a las prisiones del País Vasco de donde, para el bien del país, salieron.

Las experiencias internacionales del autor, todas de gran importancia, se mencionan luego y todas son relevantes pues, no cabe duda, prestigiaron a nuestro sistema penitenciario. Por último, se citan dos centros donde Juan Antonio Marín finalizó su extensa e intensa carrera funcional, entregada a la causa y digna de encomio. Una profesión así desarrollada tuvo el reconocimiento merecido por el ministerio del interior que el autor recoge como apéndice (pp. 359 ss.), con orgullo, en las postreras páginas del texto, recomendable sin vacilación para seguir, desde dentro, el devenir penitenciario de los últimos cuarenta y ocho años.

CARLOS GARCÍA VALDÉS

Catedrático Emérito de Derecho Penal  
Universidad de Alcalá

CÁMARA ARROYO, Sergio: *La Justicia Transicional y Derecho penal internacional: Alianzas y desencuentros*. Bosch. Barcelona, 2020, 438 páginas.

El Profesor Contratado Doctor de Derecho Penal y Criminología de la UNED, Sergio Cámara, discípulo de mi discípulo Enrique Sanz Delgado, ha dado a la luz otra obra meritoria y muy diferente a las anteriores por él publicadas, referidas al sistema penitenciario de los menores o a la prisión permanente revisable. Incansable investigador y buen docente, sus artículos científicos en variados números de este Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales o en libros colectivos, como el relativo a la ciberdelincuencia, son verdaderamente importantes, así como extraordinaria su coordinación y aportación en el reciente tratado de delincuencia de menores.

Es pues el Prof. Cámara Arroyo un arduo e inteligente trabajador de nuestra disciplina que, con el presente libro, demuestra que no le echan para atrás nuevos retos intelectuales, en este preciso caso de una materia poco tratada y difícil de concebir y tratar. De hecho, aunque el temario puede ser conocido y se encuentra regulado en Europa y en los Códigos penales, la sistematización de cuanto al asunto se refiere ha sido complicada y ciertamente original, al enmarcarse esta grave delincuencia, dentro del Derecho penal internacional, refundida en esta reciente metodología de presentarnos su perspectiva en diferentes aspectos como Tribunales internacionales, Comisiones de la verdad, Derecho de gracia, reparaciones transnacionales, etc. Todo ello se encuentra ampliamente recogido en los diez capítulos de contiene el importante libro, a cada cual más interesante. Bien ordenados, crímenes y procedimientos se entrelazan con otros criterios que les atañen, uniendo la antigua y sentada dogmática de los delitos con lo más moderno de las actuaciones colectivas que se llevan a cabo en esta denominada Justicia transicional.

La exposición se me antoja más que acertada. Es verdad que la materia contenida en los apartados es, en principio y por regla general, conocida, pero no la manera de abordarla, reconduciéndola a criterios universalistas y de protección de los derechos personales, sociales y comunitarios. Pienso que los diez capítulos referidos se pueden resumir en cuatro grandes temas: la justicia transicional en sí (pp. 13 ss.), el análisis de la Corte penal internacional y las recientes Comisiones de la verdad (pp. 129 ss.), los delitos concretos y conocidos: genocidio, lesa humanidad (pp. 227 ss.), crímenes de guerra y agresión y terrorismo (pp. 259 ss.), los procedimientos por rendición de cuentas de tales hechos (pp. 319 ss.) y las reparaciones a las víctimas (pp. 347 ss.). A modo de anexo la monografía de Sergio Cámara se cierra con lo que llama «experiencias transicionales» (pp. 369 ss.), mencionándose diversas actuaciones de los mecanismos de esta Justicia en determinados países. El libro se cierra con un amplio repertorio bibliográfico (pp. 401 ss.).

Basta con recorrer los anteriores renglones para que el atento lector perciba la entidad del trabajo que recensiono. El jurista ha de estar de enhorabuena. Con una escritura limpia y clara el autor desentraña una materia de

extraordinaria relevancia, perfectamente entendible precisamente por la sencillez y rigor de su literatura. Excusado es decir que recomiendo vivamente este texto, modelo de aproximación a una temática que empieza a abrirse paso en nuestra ciencia penal. El Prof. Sergio Cámara Arroyo ha vuelto a ofrecernos una obra llena de conocimientos, lúcida y valiosa, merecedora de la más alta consideración, imprescindible en cualquier biblioteca culta o especializada.

CARLOS GARCÍA VALDÉS

Catedrático Emérito de Derecho Penal  
Universidad de Alcalá

CUERDA RIEZU, Antonio: *Sobre la Ley Penal (De lege poenale)*. Thomson Reuters Aranzadi. Navarra, 2022, 475 páginas.

El libro de mi querido compañero y Catedrático de Derecho Penal de la URJA es, ciertamente, un verdadero texto de nuestra disciplina, aunque no representa, desde luego, un manual al uso, sino profundamente original tanto en su contenido como en su exposición. Su desarrollo nos enseña un penalista de fuste y una fecunda proximidad en la enseñanza de nuestra asignatura, que la vuelve rotundamente accesible con sus sugerentes temas intercalados en el sumario, más o menos convencional, aunque completísimo.

El texto, en 9 capítulos, trata de lo que habitualmente se denomina en nuestra ciencia Introducción al Derecho Penal, parte de nuestras antiguas memorias de cátedra. Pero la novedad consiste no únicamente en la estricta actualidad de su contenido sino en su metodología al acompañar, al final de cada apartado, un apunte biográfico de importantes penalistas españoles y de casos jurisprudenciales muy conocidos, algunos más recientes, que ilustran la exposición. Y ello es auténticamente determinante en la magnífica obra del Prof. Cuerda. Discípulo muy querido de mi también excepcional maestro, el Prof. Gimbernat Ordeig, conozco a Antonio desde hace muchos años. Académicamente, he formado parte de su tribunal de tesis doctoral y de los que juzgaron sus cátedras de León y Rey Juan Carlos. Aprecio pues la personalidad y la obra del ilustre catedrático y me satisface especialmente recensionar ahora la presente obra. Distinguido autor de monografías y de artículos de la temática penal, su figura emerge como uno de los más importantes docentes e investigadores contemporáneos.

Las materias tratadas en su libro por el Prof. Cuerda Riezu se concentran especialmente en las siguientes: el concepto del Derecho Penal, la teoría de la pena, el principio de legalidad y las garantías constitucionales, la norma penal y su interpretación y la ley penal en el tiempo y en el espacio. Son pues



una clásica temática y de necesario aprendizaje, pero la exposición es rigurosamente actual. Cada institución se construye con las postreras teorías doctrinales y de jurisprudencia que le afectan, sazoadas con una bibliografía exhaustiva tanto a pié de página como al final de cada apartado. Ello se muestra claramente en las notas biográficas seleccionadas por el autor. Bien sean conocidos penalistas contemporáneos, aunque ya todos fallecidos, como Dorado Montero, Antón Oneca, Quintano Ripollés, Cuello Calón, etc. o ilustres mujeres juristas, así Concepción Arenal o Victoria Kent, también desaparecidas hace tiempo, su aproximación es un avance de su bibliografía más destacada y de cuanto sobre ellos se ha escrito, complemento indispensable para situarlos en el tiempo y entender sus obras básicas.

Lo mismo acontece con los supuestos prácticos reseñados, sea el crimen de las niñas de Alcásser, el de los marqueses de Urquijo, el asunto del envenenamiento por el aceite de colza, el delito de «la manada», el asesinato del concejal Miguel Ángel Blanco, o el denominado caso Jarabo, por ejemplo. Su exposición es francamente buena y aleccionadora de cómo debe tratarse un asunto que ya es cosa juzgada. La información es determinante y su lugar en el libro más que acertada.

Toda la obra del Prof. Cuerda rezuma un gran conocimiento. Sus completos análisis demuestran la extremada madurez de un penalista que ha abordado un tema básico de nuestra asignatura desde una perspectiva moderna y adecuada. La monografía me parece pues más que recomendable para cualquier jurista que se precie, claramente los profesores de Derecho Penal más jóvenes, que no estudiaron a fondo estas materias ni las exponen en sus clases y que aquí pueden encontrar, sabiamente expuestas, el fundamento y la esencia de las mismas.

CARLOS GARCÍA VALDÉS

Catedrático Emérito de Derecho Penal  
Universidad de Alcalá

DELGADO CARRILLO, Laura: *Libertad condicional. Revisión crítica y propuestas de mejora desde un enfoque restaurativo y europeísta*. Dykinson. Madrid, 2021, 337 páginas.

La Dra. Delgado Carrillo, Prof.<sup>a</sup> de la UNED, es una persona volcada en su vocación de entrega a los reclusos. De ahí, la presente investigación, que fue su tesis doctoral, y que aborda un tema siempre de interés en el ámbito penitenciario cual el de la libertad condicional. Precisamente por su origen presenta una estructura determinada y estrictamente académica. Una serie de capítulos, unas conclusiones finales y un listado bibliográfico consultado.

Todo ello centrado en una investigación respaldada por un estudio previo y recopilador de la mejor esencia universitaria. El cariñoso Prólogo de la catedrática de la UNED, Alicia Gil Gil y del Prof. Titular de la misma, José Núñez Fernández, anticipan la esencia del trabajo.

Este es un libro lleno de cuestiones relevantes y de posiciones originales, como su mismo subtítulo indica. La autora no se dedica únicamente a describir esta institución en el Código Penal vigente, sino que la analiza en otros aspectos específicos como, por ejemplo, la prisión permanente revisable, así como en la materia referida al acceso al tercer grado y, en general a la completa investigación sobre su concesión y aplicación.

Tres extensos capítulos componen la obra, llenos de sugerentes epígrafes. Son aquéllos el relativo a su naturaleza y fundamentos (pp. 27 ss.), el dedicado a su régimen jurídico (pp. 129 ss.) y, en fin, a las propuestas *de lege ferenda* para mejorar el sistema de libertad condicional vigente en España (pp. 223 ss.). Excusado es decir que en los apartados referidos se encuentra casi todo lo que de este último grado del tratamiento se puede expresar y exponer, partiendo, eso sí, de la actualidad del mismo, sin alcanzar a sus antecedentes históricos.

Y a mí me parece que este importante libro debería haber comenzado por éstos. La libertad condicional es el complemento indispensable del sistema progresivo de cumplimiento de condenas, sentado en el Decreto de 3 de junio de 1901, obra de Fernando Cadalso y ratificado en el de fecha de 5 de mayo de 1913, también inspirado en el gran patriarca de nuestro penitenciarismo. Pero la obra no era total. Será en 1914 cuando acontecen dos hechos singulares: la Ley de 23 de octubre y la reconversión de la prisión de Ocaña, como culmen del régimen creado, por Decreto del inmediato 30 de octubre. Ya tiene Cadalso cerrado el sistema que defendió y desarrolló durante toda su vida(2). Su rigidez en la aplicación (tiempos tasados, cambio de establecimientos según los diferentes grados, etc.) no importó en décadas y pasó a Orgánica General Penitenciaria vigente quien reunifica los dos modelos de tratamiento en la individualización científica separado en grados, «el último de los cuales», o cuarto grado, es precisamente la libertad condicional según la literalidad de la misma norma.

Partiendo de estas reflexiones, de las que siempre me ocupo cuando trato de nuestra historia carcelaria, y de donde viene la esencia de ésta y de otras instituciones de nuestro Derecho Penitenciario, me es fácil enlazar con el libro de la Prof.<sup>a</sup> Laura Delgado, quien precisamente nos dice que las últimas reformas sustantivas desnaturalizan la concepción que la libertad condicional presentaba como elemento del sistema de individualización que rige el régimen penitenciario español, pues no debe olvidarse que el fin primordial de las penas privativas de libertad, constitucional y legalmente, es la reinserción social de los condenados, poderoso principio al que sirve aquélla.

---

(2) Vid., en este sentido, CADALSO, F: «La libertad condicional, el indulto y la amnistía». Imprenta Jesús López. Madrid, 1921.

La duda entre su naturaleza de derecho o premio se resuelve atendiendo a el mencionado trascendental postulado. No obstante, pienso que la polémica no se ha resuelto. Los derechos absolutos de los reclusos se enmarcan en el régimen penitenciario, así el respeto a su vida e integridad física, la prohibición de malos tratos, los recursos y quejas, las comunicaciones exteriores, la supresión del uniforme, la eliminación de las celdas de castigo, etc.; pero los beneficios que dependen de unos requisitos de tiempo, cuales las tres cuartas partes de la pena impuesta extinguida, grado, clasificación en el tercero y conducta del reo, haberla observado buena, son esencialmente premiales, como los permisos de salida o la libertad condicional, materia que ahora nos ocupa y cuyos condicionantes acabo de transcribir (art. 90 CP). Esa en nuestra historia y el íntimo sentido de la rebaja de condenas, desde la Ordenanza General de 1834, o el acercamiento a la excarcelación.

Y si, en líneas generales, esta apreciación de principio de la autora, el que el sentido de la pena se basa y tiende a la reinserción, descabalgua la pretendida bondad de la modificación llevada a cabo en 2015, pues la intervención en el sistema de la prisión permanente revisable en la libertad condicional (pp. 211 ss.), acaba de transgredir el régimen de beneficios en el cumplimiento, para la que fue pensada, como colofón del mismo. Tantos años de encierro hasta obtenerla deteriora el pensamiento reformador y la observación, en los anteriores grados del tratamiento, del avance en el comportamiento del recluso. Ahora solo importa, de forma casi inflexible, el tiempo descontado y no cómo se lleva a cabo ese periodo atendiendo esencialmente a su actuación.

Ha de ser esa concepción individualizadora, que exige la Ley penitenciaria, la que prime en la aplicación de la libertad condicional y a ello se dedican, fundamentalmente y en su conjunto, las reflexiones de la Prof.<sup>a</sup> Delgado Carrillo, desarrolladas en los Capítulos de este buen libro, con adecuadas referencias doctrinales, recogidas en la bibliografía final, que sitúan el estudio entre los más relevantes al respecto de este postrer grado penitenciario.

CARLOS GARCÍA VALDÉS

Catedrático Emérito de Derecho Penal  
Universidad de Alcalá

MATA y MARTÍN, Ricardo M. (Dir.) y ANDRÉS LASO, Antonio (Coord.): *Las prisiones españolas durante la transición*. Comares, Granada, 2022, 381 páginas.

*Un ojo en el telescopio y otro ojo en el microscopio.*

En los años de transición política en España una serie de motines y alteraciones en las prisiones pusieron de manifiesto las graves deficiencias de las instituciones penitenciarias y concienciaron a los poderes públicos de la necesidad de una ley que regulara detalladamente la ejecución de las penas privativas de libertad y que al propio tiempo definiera los principios que informan el sistema penitenciario y los derechos, garantías y deberes de los reclusos.

La necesidad de una ley penitenciaria en nuestro ordenamiento había sido puesta de relieve desde hacía largo tiempo por la doctrina, al no constituir el Código Penal, ni la Ley de Enjuiciamiento Criminal lugares adecuados para la regulación de la ejecución de las penas privativas de libertad, no revisitando las normas reglamentarias la firmeza que demanda la consagración positiva de los derechos y deberes fundamentales de los internos.

Para conocer cómo estaba el mundo penitenciario en aquellos años nadie mejor que Don Carlos García Valdés, quien con su prólogo de este libro contribuye a poner en valor la pretensión de contar historias de una historia, para no olvidar ésta. En marzo de 1979, en una ponencia presentada en un Seminario Hispano-Germánico sobre Derecho Penal, describía el momento que se vivía en el sistema penitenciario:

«A la interrogante de qué son ahora las prisiones, o en qué estado o situación se encuentran, la contestación podría ser ésta: a) La conflictividad existente está motivada fundamentalmente por una progresiva concienciación de los reclusos en defensa de sus derechos, a la vez que por sentimientos de discriminación creados por la amnistía otorgada a los delincuentes por motivos políticos. b) La disciplina estaba tan deteriorada que los reclusos no manifestaban ninguna consideración con los funcionarios, a los que a veces se provoca abiertamente. c) Las Juntas de Régimen y Administración, de las que se ha suprimido el Capellán, si bien se ven fortalecidas en su actuación por la ayuda inestimable de especialistas y de los Equipos de Observación y Tratamiento y la inserción de un útil sistema de recursos, también es verdad que aquéllas se encuentran condicionadas por los movimientos que surgen en el interior de las prisiones y por la inadecuación y lentitud de los mecanismos jurídicos de la problemática penitenciaria. d) La observación y tratamiento científicos, considerados como la actividad preponderante de la Administración penitenciaria están desvirtuados en la práctica por la mala situación de las prisiones y por la escasez de funcionarios especialistas y de medios económicos. e) El sistema penitenciario progresivo, que en versión española al menos es un sistema flexible y que permite la colocación del penado en cualquier grado durante el cumplimiento de la con-

dena, se acerca más al llamado «sistema de individualización científica», lo que hace que cada día se conceda más importancia a las prisiones abiertas. f) La instrucción y la educación siguen siendo elementales. g) El trabajo sigue siendo escaso, aunque se han mejorado las retribuciones y la seguridad social. En la actualidad muchos talleres no pueden ser utilizados porque han sido destruidos, y en los que no lo fueron, muchos reclusos prefieren, lógicamente, el ocio a un trabajo mal remunerado. h) La asistencia sanitaria presenta aspectos nuevos, tanto por la frecuencia con que ha venido recurriendo a las instituciones sanitarias locales y provinciales, cuanto porque esa asistencia está siendo desvirtuada por las frecuentes autolesiones que se producen algunos internos y que obstruyen los servicios médicos. i) La asistencia religiosa ha adquirido, definitivamente, el carácter de absoluta libertad. j) La alimentación ha sido mejorada, aunque persisten deficiencias relacionadas con la falta de personal cualificado para su confección y con la escasez presupuestaria que padecemos. k) Después de la reforma de 1977 se han potenciado las relaciones con el exterior en materia de visitas, comunicaciones familiares, permisos de salida, posibilidad de visitas íntimas, comunicaciones con abogados, entrada de prensa y cartas sin censura, además de un aumento de programación en los espacios televisivos en aquellos establecimientos, donde los aparatos no han sido destruidos. l) Los edificios se encuentran en estado desastroso, como consecuencia de los incendios y motines, lo que dificulta la convivencia, el trabajo, la clasificación, etc. ll) En materia de funcionarios se camina hacia la reestructuración de los Cuerpos Penitenciarios. m) La Escuela de Estudios Penitenciarios viene tratando de mejorar, por un lado, el logro de un estatuto orgánico-administrativo y de retribución para los profesores que actúan gratuitamente, cuanto el claustro de profesores y los programas y actividades docentes, si bien todavía queda pendiente la tarea de investigación científica. n) La asistencia pospenitenciaria sigue siendo poco apreciable por falta de medios personales y económicos».

La situación descrita no era nada gratificante y su superación requería no solo un gran esfuerzo de todos los que tenían alguna responsabilidad, sino también grandes dosis de valentía y audacia, lo que no intimidó al equipo directivo de aquella época que se fijó ambiciosos objetivos de los que la Ley Orgánica General Penitenciaria sería el motor de arranque. La reforma que se inició a partir de 1978, y de la que sería piedra angular la Ley Orgánica General Penitenciaria aprobada en 1979, tenía en palabras del propio García Valdés los siguientes objetivos:

«a) Reafirmar la finalidad de reinserción social en el sentido de que la prisión debe proporcionar al interno los medios más adecuados para reintegrarse en la sociedad con la voluntad de no delinquir. Esta participación ha de ser voluntaria por parte del interno y precisará una labor de concienciación previa de todos los funcionarios, y, por supuesto, de la sociedad sobre el carácter necesario de la prisión

como mal menor y el sentido democrático de su regulación futura. b) La disciplina estará orientada por las finalidades del tratamiento y regulada estrictamente por las normas jurídicas. Atenderá a la aplicación de sanciones menos severas, con posibilidades reales de defensa del interno y de recurso contra las resoluciones que las impongan. Se mantendrá la prohibición absoluta de malos tratos. El control del régimen penitenciario se ejercerá por órganos judiciales. c) Se delimitarán claramente las facultades rectoras de las Juntas de Régimen, las de los Equipos de Observación y Tratamiento y las de los representantes de los reclusos en las actividades de cogestión. d) El predominio del tratamiento científico sobre cualquier necesidad del régimen penitenciario. Se prestará una atención especial a los jóvenes y a los que padezcan anomalías psíquicas. e) Se procurará que el sistema progresivo mantenga su flexibilidad. A tal efecto se potenciarán los establecimientos intermedios y abiertos, dando a los cerrados carácter excepcional. Se procurará aumentar el número de beneficiarios por aplicación de la libertad condicional. f) La instrucción y educación será equiparable a la de todos los ciudadanos en cuanto a enseñanzas obligatorias. g) Las condiciones de trabajo serán equivalentes a las de los obreros libres. Se posibilitará la sindicación de los internos y la plena efectividad de la Seguridad Social. h) La asistencia sanitaria será equiparable a la de todos los ciudadanos».

De la mano de dos maestros del derecho penitenciario, los profesores Ricardo M. Mata y Martín y Antonio Andrés Laso, *Las prisiones españolas durante la transición*, es una obra para la historia del penitenciarismo español. En ella algunos de los mayores expertos que han estudiado e investigado sobre este complejo mundo y de otros profesionales que han contribuido a andar ese camino desde su dedicación y entrega a su profesión, nos ofrecen retazos de esa historia, que no se cierra en las fronteras de nuestro país.

Son treinta y dos historias, tan heterogéneas como rigurosas y con tantos ángulos que su lectura no cansa. Desde lo más académico a lo más anecdótico, pasando por experiencias contadas en clave personal, permiten que el pasado perviva de la mano de algunos de sus protagonistas.

Como no podía ser de otra manera, la obra ha intentado poner orden dentro de esas historias amotinadas y amontonadas, como la historia de aquellos años fue, lo que implica un ejercicio de equilibrio brillantemente resuelto por el profesor Ricardo M. Mata y Martín, cuya trayectoria profesional ha puesto de manifiesto una penetrante implicación en el estudio y análisis del derecho penitenciario. Y en esa labor ha contado con la inestimable colaboración del que ha ejercido de fiel escudero en esta gesta, el profesor Antonio Andrés Laso, quien no podemos olvidar obtuvo en 2015 el premio Victoria Kent.

En «El tiempo de la transición y su continuación» se brinda a los amantes de la historia cuatro análisis de cómo fue esa transición en el medio penitenciario, de la mano de dos penitenciaristas (los profesores Borja Mapelli Caffarena y Ricardo M. Mata y Martín), un penitenciario (Valentín Llamas Ayerza) y una periodista (Loreto Mata Gil).

Para Borja Mapelli la transición penitenciaria fue un proceso largo y complejo que se inició en la década de los sesenta y alcanzó hasta la década de los noventa con el acuerdo para la puesta en marcha del plan de creación de nuevos establecimientos penitenciarios. Este largo periodo está marcado por tres momentos: sistemático-ideológico, político-legislativo y estructural. Ricardo M. Mata pone el acento en los cambios del contexto cultural y social, los presupuestos ideológicos de las acciones reivindicativas y la conflictividad con las consecuencias que trajo para presos y funcionarios. Valentín Llamas hace un abordaje desde una perspectiva normativa, centrándose en las previas modificaciones, los indultos y amnistías tras la muerte de Franco y la reforma penitenciaria. Por último, Loreto Mata pone el acento en los medios de comunicación, donde las noticias no estropeaban grandes portadas.

La nueva realidad, expresión actualmente muy de moda, estuvo presidida de cambios en el pensamiento que se abordan en «Los antecedentes de la nueva legislación penitenciaria», de la mano de una brillante penitenciarista, la profesora Cristina Rodríguez Yagüe, que nos ilustra sobre los puentes entre el sistema progresivo y la individualización científica, y de un doctorando a quien se le aventura una exitosa carrera, Domingo Gorricho Miguel, quien nos adentra en el mundo de la psicología y el tratamiento penitenciario.

«La gestación de la Ley Penitenciaria y su desarrollo» es la parte más extensa. En ella diez autores nos acercan a diversos aspectos de esa concepción, del «parto» y de su crianza, con variados prismas. Antonio Andrés Laso, penitenciarista y penitenciario, pone en contexto histórico la Ley Orgánica General Penitenciaria. Alberto Estella Goytre, político entonces, ejerce ahora de «abuelo Porreta» (solo los que tengan una edad podrán no ver en la expresión porreta un significado no deseado ni pretendido) para contarnos cómo la ley se fraguó en el legislativo. La historia contada por uno de sus protagonistas. Un penitenciario ilustre, José Antonio Moreta Sánchez, recuerda la transición del Reglamento de los Servicios de Prisiones de 1956 a la Ley Orgánica General Penitenciaria. No podría faltar un capítulo dedicado a García Valdés, Don Carlos para muchos de nosotros que le admirábamos cuando no le conocíamos y le queremos cuando la suerte de la vida nos ha permitido conocerle. Y quien mejor para ello que otro penitenciarista ilustre como Esteban Mestre Delgado, alguien que ha hecho del rigor una virtud y puede hablar desde la objetividad, aun a riesgo de sonrojar a un hombre modesto. La Ley Orgánica General Penitenciaria tiene en el artículo 25.2 de la Constitución de 1978 su guía. A él nos acerca un constitucionalista, Francisco Javier Mata Portillo, que aborda su análisis desde la situación de los presos. Los presos toman el protagonismo y penalistas, penitenciaristas y algún constitucionalista centran sus análisis en diversas realidades. José Luis de la Cuesta Arzamendi analiza el trabajo penitenciario y la evolución sufrida. Carmen Juanatey Dorado se detiene en la reinserción social. La sexualidad, la evolución de su consideración, es un excelente aporte de Juan de Diego Arias, sobre una realidad posiblemente no demasiado abordada. No podía faltar un capítulo

sobre las políticas en materia de terrorismo, la concentración y dispersión de presos, sobre el que nos ilustra Beatriz López Lorca. Tampoco otro dedicado a los presos políticos y comunes y las amnistías del periodo 1975-1981, que trata el Magistrado Juan Jacinto García Pérez.

Si algo caracterizó esa época fue la conflictividad de las cárceles. Por ello no podía faltar un espacio para «La conflictividad penitenciaria de la transición», en su dosis justa, pues es un manual académico y no una revista sensacionalista. Eugenio Arribas López, penitenciario y ávido estudioso del mundo penitenciario, lleva a cabo un minucioso análisis de esa conflictividad en el periodo 1975-1978, por qué se dio y cómo se superó. Una penalista, José Manuel Palma Herrera, recuerda los tiempos difíciles que vivió la prisión de Córdoba en 1977. Otro penitenciario, Javier Gómez Izquierdo, nos regala un retablo penitenciario, que entre tanta erudición es una corriente de aire fresco. Motines y policía son dos realidades que se dan la mano y en la transición, por desgracia, se encontraron más de una vez. Sobre la intervención policial en las prisiones reflexionan un policía, Carlos Javier López Gobernado, y una jurista y criminóloga, profesora universitaria, Angélica Gutiérrez Gutiérrez.

La mujer no siempre ha tenido la atención debida en el mundo penitenciario. Por ello dedicar unos capítulos a «Mujeres en prisión» es otro gran acierto de esta obra, temática de la que se ocupan dos penitenciaristas y una penitenciaria. Sobre las cárceles de mujeres en la transición política habla Rosario de Vicente Martínez. Los módulos de convivencia mixta son otra realidad no siempre conocida y sobre la que nos ilustra Vicenta Cervelló Donderis. Estas dos penitenciaristas preceden a una penitenciaria, Aurora Ramírez, que pone el foco en la conciliación laboral y familiar.

Una obra histórica no puede prescindir de «Experiencias profesionales y personales», contadas por ilustres penalistas como Miguel Díez y García-Conlledo que nos trae recuerdos de cuando era más joven. Jesús López Martín cuenta las andanzas de un psicólogo de prisiones. Mi querido amigo José María García Jiménez vuelve a la prisión que él cerró, Ciudad Real, y recuerda cómo era en los años de la transición. Pedro Alejo Llorente, penitenciario y penalista, hace unos retazos autobiográficos.

Y no solo España vivió su momento de cambio, sino que en otros países los sistemas penitenciarios también tuvieron momentos de transición, que esta obra no ha querido olvidar dedicando a ello «Los sistemas penitenciarios comparados en la época de la transición». El magistrado y profesor Faustino Gudín Rodríguez-Magariños nos habla de los ejemplos sueco y alemán. Karin Castro Cruzatt, miembro del Observatorio de Derechos Humanos de la Universidad de Valladolid, relata las condiciones penitenciarias de Estados Unidos en los años setenta. Víctor Hugo García, jurista sueco argentino, del auge y caída del derecho penitenciario sueco. El abogado y profesor Hermógenes Legido Bellido se centra en una cárcel histórica de Irlanda del Norte, «Maze-Long Kesh» y su papel en el conflicto del Úlster. Para cerrar la publi-



cación, Alfonso Ortega Matesanz, joven y brillante doctor de la Universidad de Valladolid, aborda la reforma penitenciaria portuguesa de 1979.

Si hacer un resumen de esta obra ha sido difícil, concluir esta recensión no es fácil. En lo personal me ha retrotraído muchos años, cuando como el profesor Miguel Díez yo también era más joven. Yo llegué al mundo penitenciario en los primeros años de la década de los ochenta, cerca del final de esa transición según la datación que hace el profesor Borja Mapelli en su capítulo. Muchos recuerdos me han despertado su lectura que me ha permitido reconocer cuánto desconozco de esa época. Por eso me permito finalizar con un pequeño consejo. Dedicuen un tiempo a la lectura de una obra que ha puesto un ojo en el telescopio y otro ojo en el microscopio de lo que fueron las prisiones españolas durante la transición.

TOMÁS MONTERO HERNANZ

Doctor en Derecho  
Colaborador Honorífico del Departamento  
de Derecho Penal  
Universidad de Valladolid

## Revista de Revistas

CÁMARA ARROYO, Sergio: «Las jóvenes presas: Apuntes históricos sobre la delincuencia y el internamiento de las menores de edad», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 263, 2021, pp. 111 y ss.

Que el Prof. de la UNED, doctor en Derecho y en Criminalística, Sergio Cámara, es uno de los máximos especialistas españoles en delincuencia juvenil y en su cumplimiento penitenciario es algo sabido en la ciencia española. Premio Victoria Kent y repetido monografista del tema sus obras han abierto un camino realmente necesario al respecto. Este artículo se inscribe, precisamente, en su vocación investigadora destacando como de cuantos se han publicado en los últimos tiempos por su originalidad y rigor.

La presente aportación es un estudio de 55 páginas aleccionadoras e inevitables para cualquier lector conocedor del asunto. También el público culto en general puede ilustrarse de esta literatura fácil, aunque técnica, de nuestro pasado. Bien escrito y fundamentado en una investigación honesta y amplia, las notas a pié de página, recogiendo la mejor bibliografía, refuerzan la verdad de lo contemplado y recogido en el texto.

La historia de este internamiento centra el magnífico trabajo. Desde tiempos más lejanos a la galera y a los Reglamentos carcelarios, el estudio aborda con la seriedad que caracteriza al autor el devenir penitenciario de las jóvenes presas. No existen muchas investigaciones recientes como la presente. Por ello es más que recomendable. Recuerdo al respecto una de las más completas, la de mi discípula Gema Martínez Galindo (Edisofer, 2002), profusamente mencionada en este importante texto de Sergio Cámara.

Sentado el encierro de las mujeres, la separación con los hombres se impone en nuestros ordenamientos, de ahí las galeras primero, las casas de corrección luego y las prisiones después. Todo está perfectamente narrado por el profesor de la UNED y todo pasa por una intuición propia de los verdaderos especialistas, además del análisis de las normativas correspondientes. Los centros de cumplimiento de mujeres tienen que ser distintos y su tratamiento diferente de los destinados a los reos. La lógica se impone y la visión de los establecimientos lo demuestra. Y dentro del género al que se dedica el artículo, las menores de edad ocupan un lugar destacado, como se

incorpora al título. Las casas de recogida de niñas, regentadas, en líneas generales, por religiosas, enlazan con la parte final de la investigación centrada en los tribunales de menores y sus disposiciones sancionadoras y allí acaba todo muy a principios del pasado siglo. Es, como he dicho, un estudio de historia, que sienta las bases del presente, imprescindible, muy en la línea habitual de su autor.

CARLOS GARCÍA VALDÉS

Catedrático Emérito de Derecho Penal  
Universidad de Alcalá

TÉLLEZ AGUILERA, Abel: «Permisos de salida y mala conducta», en *Diario La Ley*, núm. 10020, 2 de marzo de 2022.

Mi querido discípulo, el magistrado Abel Téllez, ha dado a la luz este artículo, actual y brillante, acerca de dos importantes resoluciones que afectan al mundo penitenciario: la STS, de su Sala Segunda, núm. 124, de 8 de marzo de 2019 y la Instrucción 1/2022, de 28 de enero, de la Secretaría General de IIPP, que trae causa de la anterior sentencia, resolviendo un recurso de unificación de doctrina por infracción de ley. Ambas se ocupan del estudio de la eficacia de la mala conducta del penado en relación con la concesión de permisos de salida ordinarios. Y se concluye: la no observación de aquella se compone de un doble elemento, uno subjetivo, relativo a la implicación del interno en las actividades de régimen y tratamiento penitenciario y otro objetivo, cual el expediente disciplinario del recluso. Téllez, con buen criterio y como perfecto conocedor de este campo, pues fue Técnico (Jurista Criminólogo) de IIPP y, en su primer destino, Juez de Vigilancia Penitenciaria, matiza las expresiones vertidas y concluye en que, por un lado, legalmente lo definitivo es la conducta del reo, no una actuación concreta recogida en su citado expediente y por el otro, la necesidad de una ponderación razonable respecto a la no observación de la mala conducta que exige el artículo 47.2 LOGP. De esta forma no cabe suscitarse temor alguno respecto a una actitud alarmista infundada, referida a una concesión de permisos a los internos más peligrosos sin atender a sus antecedentes carcelarios.

La esencia del problema surge al exigir la Ley el requisito mencionado, el de no observar mala conducta, para la concesión de permisos de salida de la categoría dicha. Pero también añade el texto estos criterios: disfrutar los condenados a los que se les otorgue el disfrutar del segundo o el tercer grado, el uno, y el otro temporal, que es el haber extinguido la cuarta parte de la condena. En mi opinión, estos dos últimos son rigurosamente objetivos, imposible de interpretar u obviar. No así acontece con la mala conducta a partir de ahora, exigiéndose el dirigirse concretamente la Autoridad penitenciaria a los Equipos Técnicos y Juntas de tratamiento de los establecimientos, en el sentido de que no consideren el requisito de que el interno «no observe

mala conducta» como una condición meramente objetiva, debiendo tenerse en cuenta la nueva orientación sentada.

Finalizando su trabajo, Abel Téllez aporta sentido común a esta interpretación señalando que se trata de huir de un automatismo pernicioso y recalcar en la ponderada valoración, ya citada, pues en unos casos la presencia en el expediente del recluso de faltas graves o muy graves no canceladas «tienen mucho que decir» y en otras quedará compensada su presencia «por la concurrencia de otros factores».

No puedo dejar de pensar en nuestra historia penitenciaria. Los premios y los castigos han estado siempre vinculados al comportamiento del recluso en el centro penitenciario. Y ello desde las Ordenanzas militares y civiles del siglo XIX. Así nacen, con extraordinaria valentía, los beneficios de acortamiento de condena, cuando la legislación sustantiva ni adjetiva los contemplaba, y así se incorpora en esa novedad de sistema de cumplimiento, el progresivo, genuinamente español, que alumbró durante décadas el tratamiento carcelario de los reos. De igual forma, la LOGP recibe esta herencia y la aplica con equilibrio en las sanciones y en las recompensas, cosa lógica donde las haya. Ello no evita que la aplicación de la norma esté sujeta a una moderna interpretación, como ha acontecido en este caso. Casi cuarenta y tres años de vigencia de la LOGP son muchos para que nada cambie cuando la inteligencia de la disposición no choca con una nueva visión de la misma y se adecúa a los tiempos.

CARLOS GARCÍA VALDÉS

Catedrático Emérito de Derecho Penal  
Universidad de Alcalá

ORTEGO GIL, Pedro: «La contribución de la jurisprudencia de don Antonio Quintano Ripollés como ponente de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Una primera aproximación», en *Cuadernos de Historia del Derecho*. Ediciones Complutense, núm. 28, 2021, pp. 233 y ss.

El que fuera mi alumno y de mi maestro, Enrique Gimbernat, de la UAH, concretamente de la 3.<sup>a</sup> promoción, Pedro Ortego Gil, ha dedicado este primoroso artículo a la importante tarea jurisprudencial de D. Antonio Quintano, maestro de mi maestro y mi profesor de Derecho Penal en mis años de licenciatura en la Complutense. Ortego, catedrático de Historia del Derecho y de las Instituciones en la Universidad de Santiago de Compostela es un permanente amigo desde aquellos años de su aprendizaje. Seguntino de pro, siempre he compartido con él sus escritos y libros, prologando alguno de los mismos y su ciudad alcarreña, Sigüenza, nos ha servido como otro nexo de unión inalterable, amable y generoso. De él aprendí la belleza de sus calles y

rincones y fue foco de inspiración de llevar allí reiteradamente, cada año, los Cursos de verano de mi Universidad, con la esperanza, en ocasiones cumplida, de compartir algo de esos días con él.

Ahora el Prof. Ortego Gil nos ofrece un trabajo excelente y entregado, referido a la aportación verdaderamente única del saber de D. Antonio Quintano a la Sala de lo Penal de nuestro más alto Tribunal. Los conocimientos, el estudio y la inteligencia impregnan cuanto sentenció. Los innumerables fallos, compendiados y clasificados por Pedro Ortego, demuestran a un jurista inspirado y humanista, que encontraba en la norma legal el resquicio oportuno para interpretarla progresivamente. Así fueron muchas de sus ponencias. Todas están en el artículo presente que, en 54 páginas, brillantes por demás, recolecta sus opiniones doctrinales, plasmadas en los textos judiciales. Su condición de catedrático de Derecho Penal, puesto al que accede cuando ya desempeñaba su alta jurisdicción, se dejaba así sentir de manera determinante.

En esta «primera aproximación», como el autor la denomina, además de ofrecernos la relación completa de las sentencias de D. Antonio Quintano, en número de 949 desde 1958 a 1967, los años de su ejercicio en la mencionada Sala Segunda (p. 238) y de los asuntos que trató (p. 239), el profesor de Santiago de Compostela significa unos cuantos delitos en los que destacó el saber, la cultura general y la concepción penalista de aquél sin igual maestro. En este sentido, se nos habla en concreto de las injurias (pp. 246 ss.), del desacato (pp. 262 ss.) o, en los hechos criminales contra el honor, de la retorsión (pp. 280 ss.). Poco tengo que añadir a cuanto Ortego compila con cariño y rigor. Las citas bibliográficas contienen, asimismo, una información adecuada y más que conveniente al respecto. Entre las mismas, la reiterada del trabajo de mi colega Antonio Cuerda (URJC), al tratar precisamente de Quintano, que es ciertamente ejemplar.

D. Antonio Quintano Ripollés formó parte de mi vida de estudiante. A la Facultad de Derecho accedió en 1962, ya magistrado del Supremo, como he dicho, pues lo fue desde el año 1958, y tuve la fortuna de tenerle como profesor en 2.º y 3.º de licenciatura, si bien en este último curso falleció (1967) y no pudo completar su magnífica docencia. El maestro explicaba con un rigor, una autoridad y, a la vez, con una cercanía, verdaderamente especiales. A mis compañeros y a mí nos atraía especialmente este docente que, además de nuestro catedrático, había sido fiscal y era también magistrado del Tribunal Supremo. Siempre sentado en la mesa, con su pipa en ristre, su corbata de pajarita y su pequeño Código Penal anotado, que aún conservo, discurría por la materia con una sencillez y una inteligencia deslumbrantes. Generoso con los alumnos, le importaba sobremanera nuestra comprensión de la asignatura que tanto prestigio. En sus clases discurría, por ejemplo, sobre la «nomológica»; su interpretación teleológica de la ley; sus apreciaciones acerca de los bienes jurídicos protegidos, que desarbolaban los estrictos conceptos gramaticales de los tipos penales; su concepto del *animus injuriandi* separado de otros impunes en las injurias o acerca de su reserva de voto en el caso Jarabo, exponiendo con pelos y señales la dife-

rencia entre el robo con homicidio con agravantes y el asesinato con cualificantes. Sus «Cursos», recién publicados, fueron los manuales de mi generación. Querido y admirado por todos, algunos le acompañamos a su recepción, deslumbrándonos con su discurso de ingreso, como miembro de número, en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, en febrero de 1966, es decir cuando yo cursaba con él la Parte General del Derecho Penal. El que mi maestro me designará, años después, para poner al día los tomos II y III de su Tratado fue y es una de las grandes satisfacciones de mi vida profesional. Su fotografía, escaneada de un texto colectivo-homenaje, y la de Gimbernat, alumbran mi librería en mi despacho de la Facultad de Derecho de Alcalá.

Mi maestro, el Prof. Enrique Gimbernat Ordeig, fue su discípulo. Siempre me dice que todo se lo debe a Quintano, como yo a él. Yo asistí en mi primera época de ayudante y encargado de curso a sus clases en Madrid y Salamanca y, al igual que con el de mi ya desaparecido profesor, mi recuerdo se entrelazaba con su presencia presente, viva y ejemplar. Quintano le regaló a Gimbernat todos los Comentarios de Pacheco y mi maestro a mí tiempo después, cuando me aceptó como discípulo. Ellos crearon en mí la pasión del conocimiento histórico de nuestro Derecho que ya nunca he abandonado. Enrique Gimbernat me contaba su profunda veneración por su maestro, su sencillez y modestia personal y su extraordinaria cultura. Por ejemplo, cuando escribía lo hacía de corrido y después ponía las notas. Desplegaba en su mesa la multitud de libros precisos, en distintos idiomas, cerraba sus propios textos con su lectura y luego, completaba lo que estaba creando. Durante mucho tiempo, cuando yo ya empezaba a ejercer, entre los años 1969 y 1972, se decía entre los abogados jóvenes que actuábamos ante el TOP que el régimen franquista tuvo «suerte» con su muerte y consiguiente desaparición del Tribunal Supremo, pues su interpretación de la norma era siempre más cercana a nuestra postura, sin retorcerla, que a los intereses policiales o de la acusación.

Estas líneas, que con emoción escribo, son reflejo del artículo de Pedro Ortego y me han servido para traer a mi memoria al excepcional profesor y magistrado, al querido maestro de mi maestro, a uno de los grandes de todos los tiempos de la disciplina punitiva.

CARLOS GARCÍA VALDÉS

Catedrático Emérito de Derecho Penal  
Universidad de Alcalá

# ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

## Director:

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG

Catedrático de Derecho Penal

Universidad Complutense de Madrid

## Secretaria

CARMEN FIGUEROA NAVARRO

Profesora Titular de Derecho Penal

Universidad de Alcalá

## Consejo de Redacción

CARLOS GARCÍA VALDÉS

Catedrático de Derecho Penal

Universidad de Alcalá

AVELINA ALONSO DE ESCAMILLA

Catedrática de Derecho Penal

Universidad San Pablo-CEU

MARGARITA MARTÍNEZ ESCAMILLA

Catedrática de Derecho Penal

Universidad Complutense de Madrid

ESTEBAN MESTRE DELGADO

Catedrático de Derecho Penal

Universidad de Alcalá

CARMEN LAMARCA PÉREZ

Catedrática de Derecho Penal

Universidad Carlos III de Madrid

RAFAEL ALCÁCER GUIRAO

Profesor Titular de Derecho Penal

Universidad Rey Juan Carlos

## Consejo Asesor

ADELA ASUA BATARRITA

Catedrática de Derecho Penal

Universidad del País Vasco

JAVIER BOIX REIG

Catedrático de Derecho Penal

Universidad de Valencia

CONCEPCIÓN CARMONA SALGADO

Catedrática de Derecho Penal

Universidad de Granada

MIRENTXU CORCOY BIDASOLO

Catedrática de Derecho Penal

Universidad de Barcelona

ANTONIO CUERDA RIEZU

Catedrático de Derecho Penal

Universidad Rey Juan Carlos

ALICIA GIL GIL

Catedrática de Derecho Penal

UNED

CARMEN GÓMEZ RIVERO

Catedrática de Derecho Penal

Universidad de Sevilla

ELENA LARRAURI PIJOAN

Catedrática de Derecho Penal

Universidad Pompeu Fabra

MERCEDES PÉREZ MANZANO

Catedrática de Derecho Penal

Universidad Autónoma de Madrid

GONZALO QUINTERO OLIVARES

Catedrático de Derecho Penal

Universidad Rovira i Virgili de Tarragona

GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO

Catedrático de Derecho Penal

Universidad Autónoma de Madrid

CLAUS ROXIN

Catedrático de Derecho Penal

Universidad Ludwig-Maximilian (Múnich)

JESÚS M.<sup>a</sup> SILVA SÁNCHEZ

Catedrático de Derecho Penal

Universidad Pompeu Fabra

TOMÁS SALVADOR VIVES ANTÓN

Catedrático de Derecho Penal

Universidad de Valencia