

ANUARIO
DE
DERECHO PENAL
Y
CIENCIAS PENALES

TOMO LXXVII

MMXXIV



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE LA PRESIDENCIA, JUSTICIA
Y RELACIONES CON LAS CORTES

BOE BOLETIN
OFICIAL DEL
ESTADO

ANUARIO DE DERECHO PENAL
Y CIENCIAS PENALES

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Editado por: Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes (Centro de Publicaciones) y Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.

Periodicidad: Anual.

Primer fascículo aparecido: Enero-abril 1948.

Publica artículos doctrinales de los más destacados Penalistas españoles y extranjeros, comentarios de Legislación y Jurisprudencia y notas bibliográficas sobre libros y revistas de la especialidad.

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

ADMINISTRACIÓN

Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes

(Centro de Publicaciones)

c/ San Bernardo, 62. 28015 MADRID

Tels.: 91 390 20 92 / 44 29

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 LXXVII
MMXXIV



MINISTERIO
DE LA PRESIDENCIA, JUSTICIA
Y RELACIONES CON LAS CORTES

BOE BOLETÍN
OFICIAL
DEL ESTADO

MADRID, 2024

<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): 144-24-212-3 (edición en papel)

144-24-213-9 (edición en línea, pdf)

NIPO (M.º de la Presidencia, Justicia

y Relaciones con las Cortes): 143-24-043-0 (edición en papel)

143-24-044-6 (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

	<u>Pág.</u>
SECCIÓN DOCTRINAL	
<i>Guerra y cárcel. El encierro y proceso de Amelia Azarola y la rebelión de las mujeres presas el 4 de noviembre de 1936</i> , por Ricardo Mata y Martín	7
<i>La sanción penal como límite a la libertad de expresión: supuestos de conflicto con la libertad religiosa</i> , por Jesús Bernal del Castillo.....	43
<i>Grado de ejecución y penalidad de la tentativa</i> , por Antoni Gili Pascual...	105
<i>Alegato contra el carácter aflictivo de las medidas de seguridad</i> , por Viviana Caruso Fontán	155
<i>El blanqueo de la corrupción y las inmunidades internacionales. El peso del derecho consuetudinario</i> , por Amparo Martínez Guerra.....	207
<i>Desarrollo tecnocientífico y bienes jurídicos. Cuando la tecnología revela lo importante</i> , por Mariana N. Solari-Merlo	255
<i>La suspensión del juicio oral por revelaciones o retractaciones inesperadas</i> , por Abel Téllez Aguilera	305
<i>Extranjeros y jurisprudencia constitucional. Posibles aplicaciones penitenciarias</i> , por Puerto Solar Calvo.....	343
<i>El contexto jurídico-penal de los delitos de robo y hurto en España a mediados del Siglo XIX</i> , por Miguel Ángel González Gallego	375
<i>La liquidación de condena. Aspectos materiales y formales del procedimiento de liquidación</i> , por Javier Blanco Vargas.....	413
<i>Aplicación del Derecho Penal extranjero por tribunales nacionales: ¿un aporte a la justicia y a la armonización europea?</i> , por Brian Buchhalter Montero	453
<i>¿Actos que expresen de manera clara la voluntad de la persona? Sobre el significado del «solo sí es sí» y la definición del consentimiento sexual</i> , por Carlos Castellví Monserrat.....	481
<i>La agravante de «precio, recompensa o promesa». Una interpretación restrictiva del artículo 22.3.ª CP</i> , por Oriol Martínez Sanromà.....	519
PREMIO SUSANA HUERTA DE DERECHO PENAL	
<i>Casos difíciles en materia de eutanasia (a la luz de la STC 19/2023, de 22 de marzo)</i> , por Anna Raga i Vives	567

CRÓNICA

<i>Acto académico de reconocimiento de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid al Prof. Dr. Enrique Gimbernat Ordeig</i>	599
---	-----

SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

<i>Jurisprudencia del Tribunal Constitucional</i> , por Gemma Martínez Galindo...	613
<i>Jurisprudencia del Tribunal Supremo</i> , por Sergio Cámara Arroyo	677
<i>Acuerdos Plenarios de la Sala Segunda del Tribunal Supremo durante el año 2023</i> , por Eduardo de Urbano Castrillo.....	739

CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, por Ángela Casals Fernández	761
--	-----

SECCIÓN DE BIBLIOGRAFÍA

REVISTA DE LIBROS

Reseña del libro « <i>El presidio del Canal de Isabel II (1851-1867)</i> », de Miguel Ángel González Gallego, por Carlos García Valdés	769
Reseña del libro « <i>El cementerio de cristal</i> », de Carlos Aurenanz, por Carlos García Valdés	773
Reseña del libro « <i>Acusados de terrorismo yihadista en prisión preventiva: una historia de automatismo, exceso y disfunción</i> », de José Núñez Fernández, por Carlos García Valdés.....	775
Reseña del libro « <i>Colectivos vulnerables privados de libertad en España en el periodo decimonónico. Su tutela penitenciaria antidiscriminatoria</i> », de Daniel Fernández Bermejo, por Carlos García Valdés	778
Reseña del libro « <i>The reception of positivism in Spain. Pedro Dorado Montero</i> », de José Franco-Chasán, por Leandro Martínez Peñas	780
Reseña del libro « <i>El Derecho Penal bajo la dictadura franquista (Bases ideológicas y protagonistas)</i> », de Guillermo Portilla Contreras, por Abel Téllez Aguilera.....	783
Reseña del libro « <i>Specialstraffrätt</i> », de Erik Svensson, por Víctor-Hugo García.....	791

REVISTA DE REVISTAS

Reseña del artículo « <i>La ductilidad del Derecho y la intervención de las partes en los procesos judiciales</i> », de Antonio Cuerda Riezu, por Carlos García Valdés	799
--	-----

Guerra y cárcel. El encierro y proceso de Amelia Azarola y la rebelión de las mujeres presas el 4 de noviembre de 1936

RICARDO MATA Y MARTIN

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Valladolid

RESUMEN

El trabajo muestra una situación particular de uso del encierro penal durante la guerra civil española (1936-1939), que tiene a su vez algún reflejo de lo que sucedía de manera más amplia. Amelia Azarola fue una joven navarra de familia republicana que antes de la Segunda República había formado parte del movimiento estudiantil de protesta. Llegado este régimen participó en las manifestaciones populares de bienvenida al nuevo régimen. Terminó la carrera de medicina y realizó la tesis doctoral con el Dr. Juan Negrín. Después se casó con Julio Ruiz de Alda, también navarro, héroe del vuelo trasatlántico del Plus Ultra y uno de los fundadores de Falange. Iniciada la Guerra civil fue encarcelada en Madrid y allí conoció la noticia del asesinato de su marido en la Cárcel Modelo. Estando en la cárcel de Conde de Toreno se preparó por las milicias una saca de presas, entre las que se encontraba seleccionada ella misma. Ese 4 de noviembre de 1936 se produjo un motín para evitar la saca, hecho excepcional que no cuenta con precedentes ni otros casos semejantes durante todo el periodo bélico. A propósito del caso de Amelia veremos la intervención del Cuerpo Diplomático presente en Madrid en este tipo de temas carcelarios en los primeros meses de la guerra. Después fue trasladada de centro de reclusión, procesada por desafección al régimen y continuó su periplo carcelario.

Palabras clave: Amelia Azarola, cárcel, guerra civil, motín, saca (de presos).

ABSTRACT

This work describes a particular situation related to the use of imprisonment during the Spanish Civil War (1936-1939), which, in turn, reflected on the broader situation existing at this time. Amelia Azarola was a young Navarrese woman from a Republican family who, prior to the Second Republic, had formed part of the student protest movement. With the arrival of the Second Republic, she participated in popular demonstrations welcoming the new regime. She received a medical degree and completed a doctoral thesis with Dr. Juan Negrín. Afterwards, she married fellow Navarrese, Julio Ruiz de Alda, hero of transatlantic flight and pilot of the Plus Ultra. He was also a founder of the Falangist Movement of Spain. At the onset of the Spanish Civil War, she was imprisoned in Madrid, and it was there that she learned that her husband had been assassinated in the Modelo prison. Being detained at the Conde de Toreno prison, a saca (execution) of prisoners was planned by the militia, and Azarola was selected for execution. On November 4, 1936, a riot took place to prevent this execution. This was an exceptional event with no precedents or other similar cases throughout the entire war period. With respect to the case of Amelia, we see the intervention of the Diplomatic Corps of Madrid in this type of prison issues during the initial months of the war. Afterwards, Azarola was transferred from the prison, prosecuted for resistance to the regime and continued to be imprisoned.

Keywords: *Amelia Azarola, prison, civil war, riot, saca (prisoner).*

SUMARIO: 1. Introducción.-2. Amelia Azarola.-3. Finalización de estudios y matrimonio con el héroe del plus ultra.-4. Encarcelamiento, inicio de la guerra civil y asesinato de Julio Ruiz de Alda.-5. El encarcelamiento de Amelia Azarola. La rebelión de las mujeres presas.-6. El proceso contra Amelia Azarola por «desafección» al régimen.-7. El siguiente periplo carcelario.-8. Epílogo. 9. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Desatado un conflicto bélico el sistema penitenciario de cualquier país sufre una transformación. El contexto de la guerra se hace presente en todos los ámbitos sociales y naturalmente también, quizá de forma más acusada, en la organización dedicada a la ejecución de las penas privativas de libertad. Para lo que concierne a la segunda guerra mundial, aunque él mismo indica la validez universal de sus afirmaciones, señala Ruiz Funes que «En toda guerra, como en cualquier lucha civil, la prisión es uno de los más destacados instrumentos de la

contienda. Sus progresos se anulan y sus defectos se agudizan. Al término de ellas hay que comenzar de nuevo la reforma penitenciaria»(1). Cuanto más cercano es el conflicto armado, mayor es la alteración y las repercusiones sobre el sistema de encarcelamiento. Por eso en una guerra civil el impacto es mayor, tanto en lo cuantitativo como en lo cualitativo. La más elevada proximidad de los hechos, la mayor presencia de las relaciones entre las personas y los grupos sociales y políticos, la vivencia más inmediata de las consecuencias de la guerra, afectan sobremanera a la vida de las personas y a los acontecimientos sociales e institucionales. También el cometido y la situación de los funcionarios del sistema penal se ve atravesada radicalmente por la nueva coyuntura.

El caso de Amelia Azarola es, sin duda, singular, pero a la vez –en alguna medida– expresa bien la situación vivida en una parte del sistema penitenciario español en la guerra civil que va desde el año 1936 hasta abril de 1939. Quizá no represente alguno de los momentos más dramáticos producidos en este periodo en los centros de reclusión, pero sí que nos abre una perspectiva sobre lo que sucedía en el interior de las prisiones españolas, en lo que vamos a ver del lado republicano, durante la conflagración fratricida. Amelia había sido una alumna de medicina implicada no sólo en lo que al estudio tocaba sino en la vida universitaria en su conjunto, participando muy activamente en los movimientos estudiantiles de la época. Recibió con entusiasmo la llegada de la Segunda República en 1931. El padre sería alcalde republicano en su Navarra natal, participando en los preparativos del Estatuto de autonomía, y siendo después también diputado en las Cortes por un partido netamente republicano. Amelia terminó e incluso completó sus estudios, al tiempo que formó una familia, casándose con un aviador muy célebre en aquella época, el cual se inició en la vida política y llegó a ser uno de los fundadores de Falange. Con el comienzo de la guerra civil y de las persecuciones a que dio lugar ella fue encarcelada en la prisión de Conde de Toreno en Madrid por las autoridades republicanas. Allí vivió la situación de encierro, la noticia del asesinato de su marido y uno de los episodios más inauditos, pero menos conocidos de los centros de reclusión durante esta guerra. La respuesta de las presas, y de Amelia en particular, ante una situación de especial alarma y riesgo personal resulta sorprendente. De hecho, no se conoce que sucediera ningún otro caso de reacción semejante ante este tipo de situaciones de gran riesgo para los cautivos. Aún le quedaría el amargo e incierto proceso al que fue sometida y todavía un posterior trayecto de encarcelamiento.

(1) *La crisis de la prisión*. La Habana 1949, p. 304.

Los hechos que se van a exponer pertenecen por tanto a un periodo muy determinado de la historia de España. Se producen una vez iniciada la contienda civil entre dos bandos irreconciliables, en la parte más relevante en los meses finales del año 1936. Señala Santos Juliá como la rebelión de julio de 1936 pertenece al ciclo de levantamientos plebiscitarios anteriores, pero con unos efectos diferentes debido a las distintas fracturas o divisiones que se produjeron. División en el ejército y en las fuerzas de seguridad, como tampoco –en el lado opuesto– las organizaciones políticas y obreras estaban unidas ni en disposición de buscar objetivos comunes. Todo ello conduce a un levantamiento militar que no triunfa pero que tampoco es derrotado y, en el otro extremo, a una movilización obrera sin estrategia unitaria que ponen en marcha una revolución en el marco de la debilidad gubernativa. La situación creada por la rebelión y la revolución llevan al hundimiento del Estado, de las instituciones, lo que explica –al menos en una parte– las consecuencias de una guerra con numerosas víctimas ajenas a los campos de batalla(2). Los insurgentes quieren liquidar el Estado existente y dar lugar a un nuevo régimen, en el bando republicano el poder del Estado se ve reducido o compartido con una multitud de Comités sindicales creados con la revolución. Máxime cuando después de dos previos intentos fallidos con otros jefes de gobierno, el tercero admitió la entrega de armamentos a las organizaciones obreras, como indica Salvador de Madariaga(3), «el gabinete Giral cesó de ejercer la menor autoridad efectiva en cuanto armó a los sindicatos». Desatadas las hostilidades del frente militar, en las batallas y enfrentamientos bélicos, también se producirá el enconamiento y la explosión de hostilidades en la retaguardia, en el territorio dominado por cada uno de los contendientes, naturalmente de formas muy distintas.

2. AMELIA AZAROLA

Amelia Azarola Echeverría había nacido en la localidad navarra de Santesteban el 29 de enero de 1907. Sus padres eran Emilio Azarola Gresillón y Escolástica Echeverría Irigoyen, ambos también navarros.

(2) JULIÁ, S., «De guerra contra el invasor a guerra fratricida». *Víctimas de la guerra civil* (Juliá, coordinador). Temas de Hoy 2004, p. 14-21.

(3) *España. Ensayo de historia contemporánea*. Espasa-Calpe 1978, p. 415. También el hispanista y defensor del régimen republicano BRENAN G., nos indica que el gobierno «había perdido toda autoridad». «Los trabajadores, a través de sus partidos y organizaciones sindicales se convirtieron en los auténticos conductores del país». *El laberinto español*. Ruedo ibérico 1978, p. 380.

El padre, Emilio, era ingeniero de caminos, canales y puertos, así como inventor y promotor de diversas empresas de generación eléctrica. Pero tuvo también algunos años, con la llegada de la Segunda República, de dedicación a la política. En ese ámbito resultó elegido alcalde de la localidad de Santesteban, lugar de residencia después de su matrimonio, en la provincia de Navarra, por el Partido Republicano Radical Socialista. Este grupo político, de reciente creación en 1929, quería representar el ala izquierda más extrema de los partidos republicanos, con unas propuestas republicanas, sociales, anticlericales y socialistas. Pero un socialismo no dogmático y reformista(4). Desde ese puesto destacó en la oposición de los municipios navarros a la aprobación de un Estatuto de Autonomía conjunto con las provincias vascas(5). Con estos debates tendrá ocasión de conocer y tratar a Manuel de Irujo, también navarro pero nacionalista vasco de los que extienden el territorio vasco hasta el río Gállego, abarcando así la parte occidental de la provincia de Huesca. Irujo apoyará por tanto la inclusión de Navarra en el Estatuto Vasco, a lo que se opondrá con éxito, defendiendo la autonomía y fueros navarros, Emilio Azarola. Éste último también desempeñó la jefatura de la secretaría particular y política del Ministerio de Marina entre los años 1935 y 1936 cuando su hermano Antonio –marino militar– fue el titular de dicho Ministerio. En el comienzo de la Guerra Civil, Antonio Azarola Gresillón, el mencionado tío de Amelia fue fusilado por negarse a sumarse al levantamiento militar de julio de 1936 siendo contralmirante jefe de la base naval de Ferrol.

Amelia cursa el bachillerato en el Instituto General y Técnico de Guipúzcoa, cuyo título obtiene de la Universidad de Valladolid por pertenecer al distrito de esta histórica institución docente(6). En el curso 1925/1926 se encuentra ya en Madrid realizando sus estudios universitarios en la Facultad de Ciencias de la Universidad Central. Enseguida se aprecia que se dedica con intensidad a la vida estudiantil pues constituida la nueva directiva de la Asociación de Estudiantes de

(4) CUCALÓN VELA, D., *De la conspiración al poder y del poder a la nada. El partido Republicano Radical Socialista (1929-1933)*. Pressas de la Universidad de Zaragoza 2023, p. 74 ss. También MATA y MARTÍN, R., *Victoria Kent al frente de las prisiones españolas (1931-1932). El sistema penitenciario en los inicios de la Segunda república*. Marcial Pons 2020, p. 32 ss.

(5) Publicó un artículo en *La Voz de Navarra* de 23 de septiembre de 1932 para conseguir una conducta lo más unánime posible de los Ayuntamientos navarros.

(6) AHN, Universidades, 5289, Exp. 10. Que incluye un certificado de nacimiento. En 1925 se encuentra realizando el preparatorio para Medicina. POVEDA SANZ, M., *Mujeres y segunda enseñanza en Madrid (1931-1939)* (Tesis doctoral). Universidad Complutense 2014, p. 159-160.

Medicina, Amelia resulta elegida Vicepresidente(7). Al año siguiente la Asociación Profesional de Estudiantes de Medicina renueva sus cargos y ahora resulta elegida tesorera, directiva en la que también aparece como delegado de tercer curso Francisco Grande Covián(8), el que luego resultaría un investigador sobre temas de nutrición de renombre internacional. En 1929 tuvieron lugar una serie de revueltas estudiantiles que provocaron la sustitución de las autoridades académicas y el cierre de algunas universidades con la solidaridad de conocidos profesores como Unamuno, Jiménez de Asúa o Fernando de los Ríos. Parece que las medidas sancionadoras que se impusieron no afectaban a todos los estudiantes, excluyéndose al menos a las mujeres. Por ello un centenar de mujeres estudiantes –entre las que se encontraba Amelia– firmaron en abril de 1929 un manifiesto dirigido al Ministro de Instrucción Pública por el que se solidarizaban con sus compañeros y renunciaban a la posibilidad de presentarse a los exámenes de septiembre por su oposición a las medidas impuestas de cierre de la Universidad y pérdidas de matrícula(9).

Con la proclamación de la Segunda República tuvieron lugar manifestaciones y concentraciones espontáneas en las que se enarbolaba la nueva bandera nacional. Y uno de los primeros lugares en los que ondeó la bandera republicana fue en la Universidad Central colocada por un grupo de estudiantes, según recoge la prensa del momento(10), dirigiéndose luego los estudiantes hacia la Puerta del Sol. En esos momentos emotivos de la proclamación de la Segunda República el 14 de abril de 1931, Amelia Azarola será la que porte la nueva enseña tricolor en nombre de los estudiantes desde la sede universitaria de San Bernardo hacia la Puerta del Sol(11). En ese tiempo inicial de la Segunda República y tras algunos incidentes sucedidos en la Facultad de Medicina en semanas previas («sucesos de San Carlos»)(12) los alumnos de sexto curso, entre los que se encuentra el mencionado Francisco Grande Covián, acuerdan no asistir a clases de

(7) *España Médica* 1 de diciembre de 1927.

(8) *La Libertad* 14 de noviembre de 1928. *El Heraldo de Madrid* 17 de noviembre de 1928.

(9) *El Sol* 18 de mayo de 1930.

(10) *El Liberal* 15 de abril de 1931. *La Libertad* 15 de abril de 1931.

(11) ZAFRA ANTA/FERNÁNDEZ MENÉNDEZ. «Mujeres pioneras en la pediatría española». *Cuadernos de historia de la pediatría española* núm. 22 (diciembre de 2021), p. 29.

(12) GONZÁLEZ CALLEJA, E., «La politización de la vida universitaria madrileña durante los años veinte y treinta». *La Universidad central durante la Segunda República* (González Calleja/Ribagorda ed.). Universidad Carlos III de Madrid 2013, p. 279 ss.

determinados profesores «como protesta ante la actitud antiuniversitaria». Y lo mismo harán los alumnos de pediatría de quinto curso por lo que solicitan que se organice de forma alternativa la enseñanza de la asignatura y los exámenes finales. En este caso la primera firmante del escrito dirigido al decano de Medicina y al Ministro de Instrucción Pública es la propia Amelia Azarola(13). En esos días iniciales del nuevo régimen la prensa recogía las declaraciones de personalidades como José Ortega y Gasset o Fernando de los Ríos, al mismo tiempo que las reclamaciones de «los presos que quedan en la Cárcel Modelo» solicitando el indulto.

El problema de los presos se produce de forma abrupta en los momentos de cambio de régimen o de crisis institucional aguda de un determinado régimen político. Ahora se había generado el problema carcelario de una manera especial, no porque se hubiera producido, al menos formalmente, un cambio en el sistema político. Pero sí que las circunstancias eran verdaderamente excepcionales. Las elecciones de febrero de 1936 habían sido acometidas por el Frente Popular, en uno de sus pilares electorales fundamentales, desde el punto de vista de lograr la amnistía para los condenados y encarcelados por hechos relativos a la revolución de octubre de 1934. Con el nuevo gobierno surgido de las elecciones se obtuvo una inmediata y amplia amnistía que llegó hasta un mínimo de 15.000 beneficiados. Pese a la naturaleza genérica y elástica de la amnistía decretada quedaban algunos grupos de condenados que bien por el tipo de delitos, bien por la gravedad de los hechos y sus consecuencias no habían obtenido la aplicación a sus casos de la medida de gracia. Incluso los presos comunes en muchos casos también se sumaban a las reclamaciones de libertad pues entendían que era injusta su situación. El frenesí de libertad de los primeros días del levantamiento militar había provocado la apertura de las cárceles, ya vacías por la amnistía anterior, de modo que ahora –señala Salvador de Madariaga(14)– «sólo podían vomitar al torrente de la calle sus criminales de derecho común». Con el apoyo de algunas organizaciones seguían planteando la necesidad de que el Frente Popular procediera a su liberación. Ahora, iniciada la guerra, el problema se reproducía e intensificaba, vinculándolo los partidos obreros y las centrales sindicales ya no sólo a lo que consideraban una

(13) *El Heraldo de Madrid* 18 de abril de 1931. *El Liberal* 19 de abril de 1931. *La Libertad* 19 de abril de 1931. *La Voz* 20 de abril de 1936. Parece que la primera medida adoptada fue la concesión de un permiso de quince días para los profesores afectados.

(14) *España. Ensayo de historia contemporánea*. Espasa-Calpe 1978, p. 421.

represión injusta sino a la lucha contra el enemigo, en este momento en la forma de combate propiamente militar.

3. FINALIZACIÓN DE ESTUDIOS Y MATRIMONIO CON EL HÉROE DEL *PLUS ULTRA*

Mariano Ansó, ministro con Negrín durante la guerra civil, nos cuenta la relación de este catedrático de Fisiología de la Universidad Central con Amelia Azarola en un tiempo en el que el también líder socialista era más conocido como científico que como diputado. Ansó era otro navarro cuya familia y él mismo tenían desde antiguo una buena relación con la familia de Amelia, especialmente con su padre Emilio. Y es que Amelia durante sus estudios de Medicina había tenido como profesor a Negrín y había entablado con él una relación que perduraría en el tiempo. «Tenía varios discípulos predilectos, entre ellos Rafael Méndez, Valdecasas y Amelia Azarola. Nadie como yo pudo conocer el afecto y el interés que tuvo por esta discípula»(15). Una buena relación durante sus estudios de medicina y luego afianzada que tendrá a su vez una gran trascendencia en la vida de Amelia, particularmente una vez iniciada la Guerra Civil. También la relación previa del padre de Amelia con Manuel Irujo, que ya hemos indicado, tendrá influencia posterior durante la contienda civil.

En el tiempo de sus estudios universitarios Amelia estuvo en la llamada «Residencia de Señoritas», como institución oficial dependiente de la Junta de Ampliación de Estudios, dedicada al fomento de los estudios universitarios de la mujer desde 1915. Mantendría también la relación académica con el doctor Juan Negrín en la cátedra de Fisiología de la Facultad de Medicina de Madrid y terminó realizando la tesis doctoral bajo su dirección con el título «Asimilación del ácido láctico: investigación experimental, sobre origen, absorción, toxicidad y tolerancia y destino del ácido láctico en el organismo animal». Fue defendida en el año 1934 en la Universidad Central de Madrid(16). Amelia se convertiría en una de las primeras mujeres médicos y pediatras de nuestro país.

Y el propio Ansó menciona otro acontecimiento decisivo en la vida de Amelia que se produciría después de algunos meses de ini-

(15) *Yo fui ministro de Negrín*. Editorial Planeta 1976, p. 100.

(16) ZAFRA ANTA/FERNÁNDEZ MENÉNDEZ. «Mujeres pioneras en la pediatría española». *Cuadernos de historia de la pediatría española* núm. 22 (diciembre de 2021), p. 28.

ciada la República. «Y un día me enteré de que se había casado con el célebre héroe del *Plus Ultra*, el capitán Ruiz de Alda, también navarro, nacido en Estella» (17). La prensa anuncia el enlace, entre otros varios, que se iba producir entre la doctora en medicina Amelia Azarola y el capitán de artillería Julio Ruiz de Alda para el siguiente mes de octubre (18). En la iglesia parroquial de Santesteban, localidad de nacimiento y de residencia de la familia de origen de Amelia, se celebra la boda el 15 de octubre de 1931, siendo el celebrante el padre Miquelaiz, tío del contrayente. Al parecer la boda se llevó a cabo de manera más restringida por un reciente luto de la familia Azarola y los recién casados salieron de viaje de novios hacia el extranjero.

Julio Ruiz de Alda era un militar del arma de artillería que se había sentido muy atraído por la emergente expansión de las aeronaves en los años 20. De esta manera en 1926 había realizado un trayecto aéreo que constituyó toda una epopeya y que junto con el resto de tripulantes le proporcionó una gran fama a un lado y otro del Atlántico. A bordo del hidroavión *Plus Ultra*, en unión con el comandante Ramón Franco, el teniente de navío Juan Manuel Durán y el sargento mecánico Pablo Rada, partieron de Palos de la Frontera (Huelva) el 22 de enero y llegaron a Buenos Aires el 10 de febrero con una ruta de más de 10.000 kilómetros. En esas fechas del primer tercio del siglo xx constituyó un hito sobresaliente para la aviación mundial, lográndose completar por primera vez este vuelo trasatlántico hacia América del Sur. A ambos lados del océano se sucedieron los reconocimientos públicos, las conferencias, homenajes y aclamaciones populares e institucionales. Se desató una auténtica locura colectiva que llevó a tener una gran popularidad a los nuevos héroes, incluso su propio tango sobre la gesta aérea que cantaba Carlos Gardel (19).

4. ENCARCELAMIENTO, INICIO DE LA GUERRA CIVIL Y ASESINATO DE JULIO RUIZ DE ALDA

Con el comienzo del régimen republicano Julio Ruiz de Alda se había mostrado interesado por la política. Primero sería el acercamiento al Centro Constitucional de Gabriel Maura y Francesc Cambó, pero el partido

(17) ANSÓ, M., *Yo fui ministro de Negrín*. Editorial Planeta 1976, p. 100.

(18) *La Nación* 21 de septiembre de 1931. *La Voz* 22 de septiembre de 1931. *La Rioja* 21 de octubre de 1931. *El Debate* 22 de octubre de 1931. *ABC* 23 de octubre de 1931.

(19) JARÁIZ FRANCO, P., *Historia de una disidencia*. Editorial Planeta 1981, p. 45.

no tuvo continuidad. Con algunos otros intentos finalmente participó en la fundación de Falange Española en 1933 junto con José Antonio Primo de Rivera y Alfonso García Valdecasas. Tras de la victoria del Frente Popular en las elecciones de febrero de 1936 y del comienzo de las agitaciones sociales y violencias políticas de este periodo, el Gobierno decidió encarcelar a los dirigentes de Falange. Después del registro y clausura de la sede del partido, Primo de Rivera, Ruiz de Alda y Fernández Cuesta fueron detenidos a mediados del mes de marzo de ese mismo año, según comunicaba el Gobierno de la República por falta de documentación oficial del partido.

Meses más tarde, al comienzo de la guerra civil, seguía el marido de Amelia Azarola en esta situación de encierro en la Cárcel Modelo de Madrid. En el contexto de la guerra, de la tolerancia para la existencia de milicias armadas de todo tipo que disponían sobre la libertad o la vida de los ciudadanos, del asedio a Madrid de las tropas enemigas, la Cárcel Modelo fue asaltada por las milicias y dispusieron acabar con la vida de una treintena de las personas recluidas por presunta desafección al régimen. El antiguo ministro de Negrín ya citado nos dirá que «una especie de frenesí homicida se apoderó de las masas incontroladas por el Gobierno y bastó que una voz irresponsable señalase la cárcel Modelo para que el furor asesino se desatase sin freno ni discriminación. En una fiesta de sangre comparable a la del 4 de setiembre de 1793 en los Cármenes de París, fueron inmolados españoles de todas clases, algunos de nombre conocido, como Melquíades Álvarez, Martínez de Velasco y Ruiz de Alda, y otros anónimos y humildes, sin más patrimonio que sus convicciones, y quizás sin ellas»(20). La comparación con los hechos trágicos de la revolución francesa, por autores de aquel tiempo y actuales, se hará recurrente, en particular para este suceso. Desde la formación de la comuna y luego con el periodo del terror dirigido por Robespierre fueron miles los ejecutados por ser considerados como contrarrevolucionarios.

Anteriormente, desde mediados del mes de agosto, se había difundido el temor a una revuelta de los presos «desafectos» al régimen internados en la cárcel Modelo, cuando las presiones para la liberación de los presos izquierdistas, sociales y comunes estaba todavía sin determinar, nos indica J. Ruiz(21). La prensa, o determinada prensa como *El Sindicalista* o *Claridad*, se hacían eco de sospechas de complicidad en los funcionarios penitenciarios y de privilegios para los reclusos políticos, hasta enfatizar, «Ni un día más. ¡Ni una hora

(20) ANSÓ, M., *Yo fui ministro de Negrín*. Editorial Planeta 1976, p. 150.

(21) *El Terror Rojo*. Espasa 2018, p. 190 ss.

más!»(22). El día 4 de agosto se llevó a cabo un registro por las milicias socialistas y la misma policía, ante el temor de que algunos celadores estuvieran haciendo la vista gorda o siendo cómplices de introducción de armas o mensajes, sin resultado alguno. El viernes 21 también se registró la Cárcel Modelo a la caza de las rumoreadas armas por parte de la milicia anarcosindicalista encabezada por Felipe Sandoval y Aliques, ambos delincuentes comunes recientemente liberados(23), con análogas consecuencias. De Sandoval nos dice Preston(24) que contaba «con merecida fama de asesino», o que se trataba de un «notorio asesino». Aliques, por su parte, contaba con una amplia trayectoria de condenas por robos antes de la guerra y junto a su «Grupo de Defensa» de la Checa del cine Europa había practicado, desde el inicio de la guerra, cientos de asesinatos especialmente de mujeres en los alrededores de Madrid(25).

A la mañana siguiente, sábado 22 de agosto, el mismo Sandoval amplió la repetida búsqueda a todas las dependencias, incluidas las oficinas, de la prisión. El resultado siguió siendo el mismo, pero ahora el Director General de Prisiones se quejó ante el Ministro de Justicia de las intromisiones de las milicias y manifestó su temor fundado a que se «desarrollen sucesos lamentables y de gravedad de no cortar de plano tales injerencias y desmanes»(26). También en la nota emitida oficialmente después del conocido incendio del 22 de agosto en la Cárcel Modelo señalaba la ausencia de ningún alijo de armas, sin embargo, sí se había encontrado «todo un museo de instrumentos artesanos defensivos, pero ningún arma automática». Después Sandoval arengó a los presos comunes y les prometió la libertad si se unían a la CNT, al tiempo que algunos prendieron fuego a la tahona de la leñera, según apunta Preston, quien también indica respecto al incendio que «La dificultad de acceso a la leñera apunta también a cierto grado de connivencia entre los milicianos y los presos comunes»(27). Al salir

(22) PRESTON, P., *El holocausto español. Odio y exterminio en la guerra civil y después*. Debate 2011, p. 386.

(23) PRESTON, P., *El holocausto español. Odio y exterminio en la guerra civil y después*. Debate 2011, p. 387.

(24) *El holocausto español. Odio y exterminio en la guerra civil y después*. Debate 2011, p. 336 y 375, respectivamente. Su origen delincencial, su situación en prisión al comienzo de la guerra y su participación en asesinatos, especialmente en venganza por su trayectoria carcelaria en p. 383.

(25) PRESTON, P., *El holocausto español. Odio y exterminio en la guerra civil y después*. Debate 2011, p. 383-4.

(26) RUIZ, J., *El Terror Rojo*. Espasa 2018, p. 192.

(27) *El holocausto español. Odio y exterminio en la guerra civil y después*. Debate 2011, p. 388. El recuerdo de aquel episodio le hace exclamar a Clara Campoamor: «¡Se pretendió que los detenidos habían pegado fuego a la cárcel para evadirse a

los presos «derechistas» a los patios fueron ametrallados mediante las armas instaladas en las azoteas colindantes a la prisión, momento en el que se produjeron ya los primeros muertos y heridos.

Y hemos visto el contexto en el que se produce el rumor de levantamiento de los presos políticos en coincidencia con el debate y las presiones para conseguir que se liberara a los internos sociales o comunes, de manera que Ruiz señala que «al menos parte de la información de supuestas conspiraciones fascistas procedía de delincuentes comunes que deseaban demostrar su antifascismo con el fin de asegurar su libertad»(28). También sabemos que, producto del incendio y con la aquiescencia de las milicias que habían penetrado en la prisión, al menos 200 presos comunes se fugaron del centro al margen de las medidas que posteriormente, con la presencia de autoridades, se tomaron para liberar a otros grupos de los mismos. Efectivamente, ante la alarma creada en todo Madrid, numerosas autoridades y fuerzas del orden acudieron a la cárcel Modelo, entre ellos el Ministro de la Gobernación, el Director General de Seguridad o el Director General de Prisiones. Pero aun así las milicias siguieron sus registros, destrozos y se produjo la selección de los que iban a morir. «Los llevaron a los sótanos y, tras un breve “juicio” ante un Tribunal improvisado, los ejecutaron»(29). También Manuel Azaña, primer Magistrado de la República, contempla desde una ventana de su residencia en el Palacio Nacional la humareda por el incendio en la cárcel y la inquietud que se vivía(30).

Fueron dando muerte uno a uno de los que iban seleccionando por las fichas penitenciarias que consultaban. Clara Campoamor, la defensora del sufragio femenino en las cortes constituyentes de las República, relata el cerco de los milicianos desde días anteriores a la cárcel Modelo y cómo aquella jornada «Los fusilamientos duraron toda la noche en el interior de la cárcel, sembrando el terror en las casas vecinas»(31). Cuando le llegó el turno a Julio Ruiz de Alda impresionó el valor con el que afrontó el momento decisivo y pro-

favor del incendio!». *La revolución española vista por una republicana*. Ediciones Espuela de Plata 2009, p. 105.

(28) *El Terror Rojo*. Espasa 2018, p. 191.

(29) PRESTON, P., *El holocausto español. Odio y exterminio en la guerra civil y después*. Debate 2011, p. 388.

(30) *Memorias políticas y de guerra II*. Crítica 1980, p. 358.

(31) *La revolución española vista por una republicana*. Ediciones Espuela de Plata 2009, p. 106.

dujo un enorme respeto a los que lo presenciaron(32),(33). El cuerpo diplomático residente en Madrid a la vista de estos hechos exigió al Gobierno de la República que cesaran las matanzas en la Cárcel Modelo o, de no ser así, tomarían la decisión de abandonar la capital de España «recomendando a sus gobiernos una rápida intervención que restablezca el derecho de gentes»(34). De esta manera «Fue aquella amenaza de invasión británica la que despertó al Gobierno de Giral de su atormentado estupor»(35). La impotencia de los funcionarios penitenciarios ante la ocupación de la prisión fusil en mano de los milicianos, y los continuos atropellos con liberaciones de presos comunes o sacas de presos políticos presuntamente derechistas que se producían desde hace tiempo en los centros penitenciarios llevaría poco después a la dimisión del mismo Director General de prisiones(36).

5. EL ENCARCELAMIENTO DE AMELIA AZAROLA. LA REBELIÓN DE LAS MUJERES PRESAS

Nos narra también Julián Zugazagoitia, el miembro del PSOE y director de *El Socialista*, que «Amelia Azarola, conoció la muerte de su marido estando ella, a su vez, prisionera»(37). En su calidad de director de ese medio, no había dejado –desde el comienzo de la guerra– de hacer llamamientos a la responsabilidad y la disciplina, recordando los deberes morales de la guerra como el de respeto a la vida del adversario ya rendido y condenando los crímenes de sus propias filas(38). Sabemos que Amelia visitaba a su marido en la Cárcel

(32) ZUGAZAGOITIA, J., *Guerra y vicisitudes de los españoles*. Tiempo de memoria, Tusquets Editores 2001, p. 139.

(33) Mercedes FORMICA relata en sus memorias que la propia Amelia Azarola le contó que su padre, mediante los contactos con personajes relevantes de la República, había obtenido la libertad para su marido. Pero cuando se lo comunicó en la prisión lo rechazó puesto que no quería traicionar a sus camaradas. *Memorias*. Biblioteca de la Memoria. Editorial Renacimiento 2013, p. 263.

(34) ZUGAZAGOITIA, J., *Guerra y vicisitudes de los españoles*. Tiempo de memoria, Tusquets Editores 2001, p. 139.

(35) RUIZ, J., *El Terror Rojo*. Espasa 2018, p. 197.

(36) PRESTON, P., *El holocausto español. Odio y exterminio en la guerra civil y después*. Debate 2011, p. 372.

(37) ZUGAZAGOITIA, J., *Guerra y vicisitudes de los españoles*. Tiempo de memoria, Tusquets Editores 2001, p. 139.

(38) JULIÁ, S., Prólogo a la presente edición. En ZUGAZAGOITIA, J., *Guerra y vicisitudes de los españoles*. Tiempo de memoria, Tusquets Editores 2001, p. XVI.

Modelo de Madrid donde se encontraba internado. También que una de las justificaciones que se habían querido argumentar para la masacre de los presos de la cárcel Modelo en la noche del 22 al 23 de agosto de ese año 1936 era la de que poseían un auténtico arsenal y que preparaban un motín y la fuga. Pero lo cierto es como ya hemos visto que en los tan exhaustivos como repetidos registros en días consecutivos previos a esa tenebrosa jornada por parte de las milicias no se encontraron armas sino algunos pequeños elementos de autodefensa y, en realidad, lo que sí obtuvieron fue una abundante colección de objetos de valor material y sentimental. Lo cierto es que en la visita del día 28 de julio Amelia fue detenida, mucho antes de que se extendiera el rumor de levantamiento de los presos «fascistas» y de que su marido fuera asesinado, evidentemente no porque hubiera podido colaborar en la inexistente entrega de armas o informaciones a los reclusos, sino por ser la mujer de un destacado miembro de Falange(39). En la documentación de Manuel de Irujo, Ministro de la República en la guerra, figura igualmente en una relación de detenidos junto al nombre y apellidos de Amelia, «Es la señora de Ruiz de Alda, por cuya causa está detenida»(40). Método este, de detener a las visitas que se había puesto en práctica, al menos, desde febrero de ese año. Fue trasladada a la cárcel de mujeres que se había instalado en la Plaza de Conde de Toreno y que sería conocida por esta ubicación.

Sabemos de la importante dimensión internacional de la guerra española, tanto desde el punto de vista del apasionado seguimiento que tuvo en muchos países, en atención a las declaraciones y posturas oficiales de otros estados ante la conflagración civil, por la ayuda material, de formación e información que recibieron los contendientes desde el exterior, así como –finalmente– por la presencia en España de las Misiones diplomáticas acreditadas en nuestro país. El cuerpo diplomático presente en Madrid en los inicios de la guerra civil sería testigo de las convulsiones que sufría la ciudad en aquellos meses y prestaría en no pocos casos una ayuda decisiva para la supervivencia de muchas personas. Durante este conflicto bélico fueron millares las personas que trataron de acogerse a la protección de las legaciones extranjeras, que se manifestó fundamentalmente a través de la acogida

(39) MARTÍNEZ RUEDA, F., «Julián Zugazagoitia: socialista bilbaíno, defensor de la república, víctima del franquismo». *Bidebarrieta* 18 (2007), p. 210. «Considerada como una republicana liberal en sus tiempos de estudiante, su elección de marido implicó que terminara en la prisión de Conde de Toreno en julio de 1936», nos dice Julius Ruiz. *El Terror Rojo*. Espasa 2018, p. 295.

(40) *Fondo Manuel de Irujo*. chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglcle-findmkaj/https://www.eusko-ikaskuntza.eus/PDFFondo/iruj/3368.pdf. [consultado el 16 de enero de 2024], p. 51.

como asilados en los edificios de las embajadas y luego, ante las mayores necesidades, en otro tipo de edificios anexos o viviendas de todo tipo bajo bandera de otros países. Pese al clima de violencia y los numerosos incidentes con las fuerzas de policía o milicias, el asilo amplio de muchas representaciones diplomáticas especialmente en Madrid fue un éxito al permitir escapar a muchos ciudadanos de una muerte anunciada(41). Pero también se desarrollaron otro tipo de acciones humanitarias para socorrer a los más necesitados o a los perseguidos, como la asistencia a los presos de la contienda, las quejas por el maltrato o las protestas formales e informales por los asesinatos de presos tras los paseos o sacas de las cárceles. Llegado el caso, cuando las circunstancias cambiaban o se temían represalias de los que llegaban victoriosos a Madrid, esta ayuda humanitaria prestada por las legaciones diplomáticas se extendería a los miembros del bando republicano.

En ese ámbito de la ayuda dedicada a los presos ocasionados por la guerra destacaron algunos de los diplomáticos establecidos en Madrid. Félix Schlayer era primero cónsul y después el Encargado de Negocios de la legación diplomática de Noruega en España ante la ausencia del embajador de ese país. Schlayer realizó una labor humanitaria en mitad de la crueldad y carencias del Madrid de la guerra, asilando a perseguidos en la embajada, visitando cárceles y hospitales y proporcionando alimentos. Después de su salida de España, todavía sin finalizar la guerra civil española, publicó en 1938 un libro en el que relata los esfuerzos y dificultades del cuerpo diplomático y de él mismo para ayudar a los perseguidos en la parcela madrileña de la contienda. Narra el incesante flujo que hizo crecer exponencialmente la población carcelaria de la capital, teniendo que habilitarse nuevos espacios para la reclusión, tanto de los detenidos como de los que venían a refugiarse a la cárcel por considerarla más segura. Hasta seis diversos centros se habilitaron –al margen de lo que suponían las numerosas checas existentes– en los que el hacinamiento era espectacular y las carencias muy grandes, por lo que desde el mes de septiembre decidió mantener un contacto habitual con los centros de reclusión. Sólo en la Cárcel Modelo calcula que estarían ingresadas unas cinco mil personas. Las circunstancias no eran nada sencillas pues el control de los centros penales estaba ahora en manos de las numerosas milicias de las organizaciones políticas y los funcionarios penitenciarios se encontraban en una situación particularmente compleja, algunos de ellos habían sido

(41) MORAL RONCAL, A. M., *Diplomacia, humanitarismo y espionaje en la Guerra Civil española*. Biblioteca nueva 2008, p. 17.

asesinados y otros habían desaparecido(42). La documentación penitenciaria de este momento señala expresamente el grave perjuicio para la vida en las prisiones que había supuesto la intervención por la fuerza de las milicias partidistas en la organización de cada una de las prisiones, «se encontraban regidas las prisiones por delegados políticos, directores, agentes y un Comité organizado por los funcionarios y por personas de confianza de los Frentes Populares»(43).

La cárcel de Ventas que era un centro para mujeres fue convertida en prisión masculina y ellas fueron trasladadas al Convento de la Plaza del Conde de Toreno. A primeros de noviembre en sus habituales visitas, Schlayer conoció un suceso singular que había ocurrido la noche anterior cuando un grupo de milicianos se había presentado con una lista de mujeres para que prestaran declaración ante un Tribunal. Nada bueno hacía presagiar este método, tan habitual para las sacas de madrugada con la excusa del traslado o la declaración. Pero las mujeres encerradas, más de mil, ya se barruntaban algo o estaban sobre aviso de las intenciones reales de los milicianos. Por eso en el momento en el que quisieron sacar a las designadas se formó un cordón de presas que hacía imposible acceder a las mismas. Pese a que las milicianas del interior desenfundaron sus pistolas y profirieron amenazas no consiguieron quebrar la defensa de las víctimas ya seleccionadas. El enfrentamiento duró varias horas y fue tal la resistencia que opusieron las presas que no hubo más remedio que desistir por parte de los grupos de milicianos. «Al querer éstas llevarse a las diecisiete mujeres, se encontraron con que el largo corredor, al que daban las celdas del convento, lo llenaban unas mil doscientas presas. Éstas ya habían oído hablar de las intenciones de los milicianos recién llegados, y se negaban a dejar pasar a las milicianas. A las diecisiete mujeres en peligro las tenían en el centro del grupo que formaban, y era imposible llegar a ellas a través de aquella muralla humana. Hasta las tres de la madrugada aquellos tipos intentaron, con toda clase de amenazas arrancar de allí a sus víctimas; pero en vistas de lo invencible actitud de aquellas presas, tuvieron que alejarse sin conseguir su objetivo»(44). El peligro parecía, de momento, salvado, pero en reali-

(42) PRESTON, P., *El holocausto español. Odio y exterminio en la guerra civil y después*. Debate 2011, p. 386-389.

(43) Escrito firmado por Miguel José Garmendia, Inspector General de Prisiones, «Situación de las Prisiones» (Diciembre de 1937), p. 1. *Fondo Manuel de Irujo*. chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.eusko-ikas-kuntza.eus/PDFFondo/irujo/11867.pdf [consultado el 14 de enero de 2024].

(44) *Matanzas en el Madrid Republicano*. Altera 2006, p. 157. Existe alguna otra edición con distinto título y relato semejante. SCHLAYER, F., *Diplomático en el Madrid Rojo*. Espuela de Plata 2021, p. 156.

dad estaba aplazado. Schlayer para conjurar el peligro latente o pendiente, junto con el doctor Georges Henny, Delegado del Comité de Cruz Roja Internacional, intervino ante las autoridades de la prisión para que le dieran garantías de que el suceso no se iba a repetir. Sólo después de muchas horas de persuasión y de advertencia de repercusiones internacionales, «A las diez de la noche pudimos retirarnos con la promesa de que no se cometería el crimen y que se rechazarían las amenazas que vinieran de fuera»(45).

En un artículo de *El Diario de Ávila*(46), del territorio dominado por el bando nacional, citando fuentes diplomáticas, en concreto el Encargado de Negocios de la embajada argentina Edgardo Pérez Quesada, se hace referencia a este episodio. La embajada argentina en España durante el periodo bélico destacó por el conjunto de acciones humanitarias que permitió salvar cuantiosas vidas, tanto facilitando el asilo de muchas personas –una de las legaciones diplomáticas con mayor número–, colaborando con las autoridades para proporcionar medios de subsistencia, visitando hospitales o aportando vías y medios para la salida de España de personas en peligro. Además, todo ello se logró con una enorme agilidad y rapidez, incluso mediante el arribo de sus buques de guerra a puertos españoles. «Una verdadera hazaña diplomática que tiene como principal protagonista al entonces jefe de misión interino en Madrid, Edgardo Pérez Quesada»(47). Persona de gran serenidad y tacto se preocupa sin distinciones de todo tipo de situaciones de necesidad. Así los buques argentinos se ponen a disposición de los asilados para su salida del territorio, pero también de las autoridades republicanas y para traer grandes cantidades de suministro de carne a la zona gobernada por el Frente Popular. «Y si el encargado de negocios argentino ejerce ampliamente el asilo diplomático y aún realiza frecuentes actos humanitarios en favor de perseguidos y detenidos, también, en todo momento, se preocupa de visitar los frentes de batalla, donde da muestras de un interés y una gallardía muy grata a los ojos de los combatientes, y de recorrer los hospitales de sangre, en los que hace frecuentes donativos y para cuyos heridos lleva personalmente frases de consuelo y esperanza»(48). De esta manera consigue muchos beneficios para numerosas personas concretas, pero también para el conjunto de la población, ganándose el reconocimiento general y de las mismas autoridades del gobierno

(45) SCHLAYER, F., *Matanzas en el Madrid Republicano*. Altera 2006, p. 158. SCHLAYER, F., *Diplomático en el Madrid Rojo*. Espuela de Plata 2021, p. 157.

(46) 27 de mayo de 1937.

(47) RUBIO, J., *Asilos y canjes durante la guerra civil española*. Planeta 1979, p. 55.

(48) RUBIO, J., *Asilos y canjes durante la guerra civil española*. Planeta 1979, p. 55.

republicano. Consigue «en todo momento el mantenimiento de unas excelentes relaciones con las autoridades republicanas. En el mes de diciembre de 1936 el gobierno de Valencia le otorgará una Medalla de Oro de la República con un Diploma elogiosísimo»(49). Cuando después de numerosas misiones humanitarias abandone el territorio español antes de la finalización de la guerra, lo hará en medio de despedidas afectuosas y homenajes.

En esa relevante dimensión internacional del conflicto bélico los países hispanoamericanos destacaron, más allá de sus afinidades ideológicas, en la acogida de refugiados y el apoyo a los presos considerados desahogados. Su mayor implicación debido a los lazos culturales y a la mayor relación entre sus ciudadanos con los españoles, con no pocos matrimonios mixtos, se tradujo en un mayor peso de su acción diplomática humanitaria. Superando las limitaciones de la diplomacia norteamericana o británica, «fueron las Misiones diplomáticas latinoamericanas las primeras en abrir sus puertas a aquellos que fueron perseguidos debido de su adscripción política, clase social o devociones particulares. Esta tarea humanitaria encajó perfectamente además con la tradición de imparcialidad e independencia de las ideas políticas en las que se basaba la doctrina hispanoamericana del asilo»(50).

Ante la ausencia del embajador, Daniel García Mansilla, incommunicado en el norte de España, será el consejero Edgardo Pérez Quesada el que se haga cargo efectivo de la representación argentina en España. Inicialmente únicamente podía contar, debido a las condiciones de la guerra y el periodo vacacional en el que se encontraba el país, con su propia mujer y sus hijos para las ingentes necesidades que se iban a presentar. En sus comunicaciones oficiales a su país reseñará que «la Embajada iba siendo solicitada por quienes veían en ella el elemento natural de auxilio. Los connacionales porque se trataba de la representación del país. Los españoles, porque no dudaba de que una nación hermana de España estuviese presta a acudir en socorro de quienes, contra todo derecho, empezaban a ser víctimas de un desbordamiento ajeno a la licitud de una contienda o la legitimidad, prevista y practicada, de una represión gubernativa»(51).

Desde los primeros días comenzó a acoger a ciudadanos que veían en peligro su vida y la de sus familias, en una situación en la que las

(49) RUBIO, J., *Asilos y canjes durante la guerra civil española*. Planeta 1979, p. 55.

(50) MORAL RONCAL, A. M., *Diplomacia, humanitarismo y espionaje en la Guerra Civil española*. Biblioteca nueva 2008, p. 70.

(51) *Memorándum* de Edgardo Pérez Quesada a su ministro Saavedra Lamas (abril de 1937). Recogido en MORAL RONCAL, A. M., *Diplomacia, humanitarismo y espionaje en la Guerra Civil española*. Biblioteca nueva 2008, p. 72.

relaciones personales (matrimonios, descendencia y ascendencia) era numerosas y complejas entre españoles y argentinos, en una situación de muchas dificultades prácticas para el acogimiento, mantenimiento y seguridad de tantas personas. También desde el inicio trató y consiguió mantener una fluida y amistosa relación con el gobierno republicano, aunque en sus informaciones oficiales para su país no dejase de reflejar la crudeza de la situación, ante los numerosos muertos que aparecían en las cunetas todas las mañanas, el caos reinante que se vivía, y los recientes asesinatos en la cárcel Modelo de Madrid, pues advertía que «imperaba un estado de cosas tal, imposible de encontrarle equivalente en la Historia de las naciones civilizadas y que resultaría triunfante el parangonarlo con la vida social de los países más salvajes»(52). En colaboración y de acuerdo con las autoridades republicanas llevó a cabo evacuaciones de numerosas personas acogidas en la legación y también visitó los frentes militares próximos a Madrid y algunos heridos en los hospitales. La República Argentina facilitó la adquisición de 200.000 toneladas de carne congelada por el gobierno del Frente Popular que alivió la situación de carencia, el propio Pérez Quesada donó 25.000 pesetas para uno de los hospitales que visitaba y acogió ahora a los republicanos, pues «Ante la proximidad a Madrid de las fuerzas nacionales y la posibilidad creciente de su caída, personalidades republicanas de izquierda solicitaron asilo al encargado de negocios argentino, ya que las posibilidades de represalias por parte de los militares alzados resultaba segura»(53). El diplomático argentino con base en su infatigable labor humanitaria obtuvo el reconocimiento de ambos bandos contendientes y, por supuesto, el de las miles de personas a las que apoyó en una situación crítica. Esa intensa dedicación a mitigar la dura e incierta situación de tantas personas obtuvo también la valoración de la Cruz Roja Internacional mediante el otorgamiento de su medalla de oro(54). Incluso igualmente el propio gobierno argentino reconoció su titánica labor(55).

(52) En su Informe al Ministro de Relaciones Exteriores de 29 de agosto de 1936. MORAL RONCAL, A. M., *Diplomacia, humanitarismo y espionaje en la Guerra Civil española*. Biblioteca nueva 2008, p. 81.

(53) MORAL RONCAL, A. M., *Diplomacia, humanitarismo y espionaje en la Guerra Civil española*. Biblioteca nueva 2008, p. 91 ss.

(54) FIGALLO, B. J., *La Argentina ante la Guerra Civil española. El asilo diplomático y el asilo naval*. Instituto de Historia. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Pontificia Universidad Católica Argentina 1996, p. 98.

(55) FIGALLO, B. J., *La Argentina ante la Guerra Civil española. El asilo diplomático y el asilo naval*. Instituto de Historia. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Pontificia Universidad Católica Argentina 1996, p. 128-9.

En el contexto de la acción diplomática tendente a mejorar la situación de las personas en el conflicto bélico, las representaciones diplomáticas presentes en Madrid formaron una comisión con el cometido especial de aliviar la situación de los presos políticos de las cárceles madrileñas de la que fue nombrado presidente Pérez Quesada(56). Las peticiones de auxilio fueron muy numerosas. En un esfuerzo titánico, con la colaboración de la Cruz Roja Internacional, pudo conseguir mantas, alimentación y ropa de abrigo para los presos. Al mismo tiempo entregó nuevamente 500.000 pesetas para los distintos hospitales madrileños. Pudo enviar informes a sus superiores en Argentina sobre las sacas masivas de presos «desafectos» para su posterior asesinato en las proximidades de Madrid de las que tuvo noticias por Félix Schlayer y al que acompañó a los lugares en los que tuvieron lugar las masacres de noviembre y diciembre de 1936. Por la colaboración que prestaba y la representación que le había otorgado el Cuerpo Diplomático pudo visitar asiduamente los distintos centros carcelarios de la capital. De esa forma también pudo colaborar con alguna autoridad penitenciaria para mitigar las situaciones de abandono y de inseguridad que vivían especialmente los presos calificados de «derechistas» o «fascistas».

El diplomático visitaba asiduamente los centros carcelarios de la capital durante los inicios de la Guerra civil y en esos periplos tuvo oportunidad de conocer a Amelia Azarola. Señala los rigores carcelarios que tuvo que sufrir y cómo por su personalidad —«de una entereza inverosímil»— pronto se aglutinaron en torno a ella el resto de presas a la que consultaban constantemente. El artículo de Francisco Casares, con la información que le había proporcionado el diplomático sudamericano, señala el caso en el que se quisieron llevar los milicianos a un grupo de presas con la excusa del traslado de cárcel mediante una orden de la Dirección General de Seguridad y cómo las presas «compactas en esfuerzo y en reacción, evitaron el intento». Y viene a indicar también como el principal objetivo era precisamente Amelia Azarola, que era la que cohesionaba al grupo y había presentado —ya antes y de la misma forma ahora— una actitud firme frente a sus guardianes. «Las presas no se dejaron arrebatar a la compañera extraordinaria y ejemplar», nos dirá el periodista en el relato de los hechos.

El autor del texto mantiene, se entiende que con base en la misma fuente, que Amelia se enteró de la muerte de su marido el mismo día que se produjo, pues los propios milicianos se encargaron de llevarle la noticia como forma de humillación y de causar sufrimiento. Por

(56) MORAL RONCAL, A. M., *Diplomacia, humanitarismo y espionaje en la Guerra Civil española*. Biblioteca nueva 2008, p. 106 ss.

otra parte, Jesús de Galíndez, en lo que él mismo subtitula como «Memorias del Partido Nacionalista Vasco y de la delegación de Euzkadi en Madrid desde septiembre de 1936 a mayo de 1937», sostiene, con un notorio afán de protagonismo, que durante meses no quiso facilitar a ella esa información sino hasta después del juicio, en marzo o abril de 1937. «la conocí a primeros de 1937; aún no sabía la suerte corrida por su esposo y de momento no osé comunicársela; meses después sería yo mismo quien se la dijera»(57). En realidad, no es razonable que pasaran tantos meses –desde el 22 de agosto hasta primeros de abril del año siguiente– sin conocer la noticia. De hecho, la propia Amelia en su declaración en el proceso que se le siguió por desafección al Régimen habló en pasado de su marido («se llamaba») en fechas anteriores a las referidas por el autor mencionado(58). Igualmente, ante la Fiscalía señaló que se había enterado mucho antes. Tanto en un primer incidente semanas antes del 4 de noviembre de 1936 con la Oficial de Prisiones Luisa Terán, como posteriormente, por lo que queda claro que no dejaba de tener conocimiento de los terribles hechos sucedidos a su marido en fechas muy previas(59).

Las investigaciones históricas recientes confirman el suceso y además nos muestran la presencia destacada de Amelia en este episodio. Julius Ruiz señala la visita de Schlayer a la prisión de mujeres en Conde de Toreno y cómo tres días antes del intento de saca habían seleccionado y encerrado aparte a un grupo de presas relevantes, entre las que se encontraban la Duquesa de la Victoria y Amelia Azarola. Había sido precisamente Amelia la que había desconfiado de las reales intenciones de los milicianos y aconsejó a sus compañeras resistir. Así durante la espera el resto de presas mostraron su protesta y la determinación de defender a las seleccionadas frente a la pretendida «liberación». E indica claramente este autor que «es probable que aquella actitud rebelde de las reclusas las salvara de una ejecución del CPIP (Comité Provincial de Investigación Pública) en el cementerio de Rivas-Vaciamadrid»(60). Pero todavía Schlayer pudo prestar un servicio impagable a las presas cuando, días más tarde, le llamaron de la Dirección General de Seguridad para quejarse de que las presas se negaban a ser trasladadas sin su presencia. «Cuando llegó a Conde de Toreno con el doctor Henny vio que en el patio se encontraban formadas todas las mujeres observando en ellas que estaban dispuestas a

(57) *Los vascos en el Madrid sitiado*. Editorial Vasca Ekin. Buenos Aires 1945, p. 158.

(58) AHN FC-CAUSA_GENERAL,366, Exp. 11, folio 5.

(59) AHN, FC-CAUSA_GENERAL, 1526, Exp. 6, p. 5 ss.

(60) *El Terror Rojo*. Espasa 2018, p. 295.

dejarse matar allí mismo antes que entregarse al riesgo de que los milicianos las mataran en el traslado. Le sorprendió mucho ver la brava actitud de estas mujeres, pues no sólo se resistían pasivamente al traslado, sino que también denostaban a las milicias con fuertes insultos y dirigiéndose a ellas con vocabulario muy crudo, las culpaban de las muertes de sus hijos y maridos»(61). Con el acompañamiento de Schlayer y el doctor Henny el traslado hacia el Asilo de San Rafael se pudo realizar sin problemas.

En relación a la actividad de la legación diplomática argentina se indica también, en otro estudio(62), que la presencia de Amelia Azarola en la cárcel fue detectada por el agregado argentino Julio López Lacarre en el contexto de sus asiduas visitas a los centros de detención en Madrid, dándose la circunstancia de que ambos habían sido compañeros de estudios en la Escuela Libre. Además, se sumaba el hecho de que Amelia tenía también familia uruguaya y que una vez cerrada la embajada de este país, Argentina gestionaba los intereses uruguayos en España. De esta manera el gobierno argentino emprendió gestiones para lograr la libertad de Amelia Azarola. Y en esa dirección el estudio citado señala que «Pérez Quesada fue el encargado de entregarle en propias manos al presidente Azaña una nota enviada por el gobierno uruguayo para rogar por su libertad»(63).

Pero además de los escritos coetáneos a los hechos y las investigaciones históricas actuales contamos con un documento histórico de gran relieve. Y es la declaración de la propia Amelia Azarola ante la fiscalía narrando estos sucesos en la prisión de Conde de Toreno en la Instrucción de la Causa General en Madrid. Es verdad que lo hace con su habitual tranquilidad, como si aquello no fuera tan sobrecogedor, además de que se plasma la declaración en el lenguaje forense que siempre atenúa la vibración y energía de los hechos. Esta templanza y fortaleza de Amelia Azarola fue contrastada por distintas personas, como Julián Zugazagoitia, quien sería también Ministro de la Gobernación en la presidencia de Negrín, que se refirió a su «fortaleza moral envidiable que le prohibió, por el tiempo que estuvo en la cárcel, producir la menor queja cerca de sus amigos, que los tenía, y en la opor-

(61) RUIZ, J., *El Terror Rojo*. Espasa 2018, p. 295.

(62) FIGALLO, B. J., *La Argentina ante la Guerra Civil española. El asilo diplomático y el asilo naval*. Instituto de Historia. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Pontificia Universidad Católica Argentina 1996, p. 63.

(63) *La Argentina ante la Guerra Civil española. El asilo diplomático y el asilo naval*. Instituto de Historia. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Pontificia Universidad Católica Argentina 1996, p. 63.

tunidad, poderosos»(64). No se lamentaba ni buscaba el favor de sus amistades. Cuenta cómo había sido ingresada en ese centro el 29 de julio y algunos detalles de las condiciones calamitosas en las que vivían en cuanto a espacios disponibles, la higiene o la comida. Pero el momento de mayor tensión fue lo sucedido el 4 de noviembre desde las 10 de la noche, el «intento de saca de diez y ocho presas por la noche»(65). Señala que la saca venía preparándose desde días antes cuando pusieron una nueva cerradura a una sala de las más grandes y cómo encerraron allí a un grupo de 18 o 20 presas. Para ello las cachearon de manera detenida e intensa quitándoles absolutamente todo, tanto elementos de trabajo como objetos de recuerdo o afectivos. El día 4 sobre las 10 de la noche se presentó una miliciana que anunció a gritos las «libertades» para un grupo de presas cuyos nombres leyó. Pero Amelia tomó la iniciativa antes de que se abrieran los cerrojos y se dirigió a sus compañeras: «quietas, no moveros hasta que yo salga y no armar ruido»(66). Era muy consciente de lo que le había sucedido a su marido en la cárcel Modelo y además las monjas que prestaban servicio de cocina y en las habitaciones de las milicianas les habían advertido de la existencia de «una lista» de presas para «sacarlas». También a principios de septiembre después de salir en defensa de otras compañeras una oficial de prisiones le amenazó cuando advirtió que «ya podéis saber que lo que se ha hecho con los presos de la Modelo, es pálido si se compara con lo que vamos a hacer con vosotras; no vais a quedar ni una»(67). Para Amelia el mensaje resultaba nítido y también el recuerdo de cómo había afrontado su marido sus últimas horas.

Después de la lectura de la lista de seleccionadas y de dar instrucciones a sus compañeras de reclusión, salió ella y encontró a la vigilante junto a la que se arremolinaban las otras presas de la galería sorprendidas por la situación y se dirigió a esta miliciana y le dijo «que como el gobierno rojo había dado órdenes de no salir de casa desde las 8 de la noche, no salían, y que era muy raro libertades a tales presas». Naturalmente la miliciana no se conformó y buscó ayuda de otras que las amenazaron crudamente para que salieran, pero ellas se opusieron con la colaboración de todas las presas de la galería. El tumulto fue creciendo y la tensión también durante largo tiempo. Azarola, después de que las milicianas hicieran el gesto de empuñar sus

(64) *Guerra y vicisitudes de los españoles*. Tiempo de memoria, Tusquets Editores 2001, p. 140.

(65) AHN, FC-CAUSA_GENERAL, 1526, Exp. 6, p. 6.

(66) AHN, FC-CAUSA_GENERAL, 1526, Exp. 6, p. 6.

(67) AHN, FC-CAUSA_GENERAL, 1526, Exp. 6, p. 5.

pistolas, se dirigió rotunda a ellas: «cuidado con lo que hacen, porque Uds. matarán a diez o a quince, pero las demás presas no dejan de Uds. ni los restos». El aplomo mostrado por Azarola y la determinación de todas las presas en arriesgar sus vidas antes que consentir el falso traslado consiguieron lo impensable. Las milicianas habían podido percibir que las palabras y los hechos de las encerradas no escondían maniobra ni subterfugio alguno. Pudieron comprobar «la decidida actitud de las presas que preferían morir dentro a ser asesinadas en la carretera»(68), nos dice expresamente Amelia. Con esto las integrantes de las formaciones frentepopulistas se retiraron de manera inmediata y fueron las presas las que a su salida cerraron violentamente la puerta. En cuanto pudieron avisaron a Félix Schlayer quien se presentó al día siguiente para informarse de su situación.

6. EL PROCESO CONTRA AMELIA AZAROLA POR «DESAFECCIÓN» AL RÉGIMEN

Naturalmente esta situación tuvo sus consecuencias para Amelia y el resto de presas políticas. Ella misma nos dice que «Desde ese día, la situación se hizo insoportable». Se puso especial interés en procesarla bajo la acusación general de desafección al régimen republicano, pero con unas posibles consecuencias excesivamente concretas. De hecho, no pocos de los sentenciados como desafectos fueron condenados a varios años de internamiento en Campos de Trabajo, según Preston(69) con un máximo de cinco años. La actuación de Amelia y el resto de seleccionadas para la saca del pasado 4 de noviembre había dejado una amarga sensación entre sus organizadores. Y promovieron un proceso por desafección al Régimen ante uno de los Jurados de Urgencia que eran los que entendían «de aquellos hechos que, siendo por su naturaleza de hostilidad o desafección al Régimen, no revistan caracteres de delito»(70). El Decreto de 10 de octubre de 1936 creaba los Jurados de Urgencia para estos casos, estando compuestos por un Juez o Magistrado como presidente y dos jueces de hecho, nombrados rotatoriamente entre los partidos políticos integrados en el Frente Popular o por miembros de los sindicatos afectos al mismo. El Decreto estaba firmado por Mariano Ruiz Funes, entonces ministro de Justicia. Afor-

(68) AHN, FC-CAUSA_GENERAL, 1526, Exp. 6, p. 7.

(69) *El holocausto español. Odio y exterminio en la guerra civil y después*. Debate 2011, p. 502.

(70) *Gaceta* de 11 de octubre de 1936.

tunadamente toda la documentación del Proceso se conserva en el Archivo Histórico Nacional. Este nuevo tipo de procesos complementaba a los anteriores Tribunales Populares formados por representantes de las organizaciones políticas y sindicales del Frente Popular. Respecto a estos cambios Alcalá Zamora, primer presidente de la II República, ya en el exilio y alejado de los dos bandos en contienda resultó enérgicamente crítico: «en el momento más dramático y más pasional de la historia de España, se encarga a los representantes de los partidos políticos aliados en el gobierno administrar justicia sobre sus enemigos»(71).

El comisario de Orden Público puso a disposición de los Tribunales Populares de Urgencia la causa contra Amelia un 4 de enero de 1937, en cuya hoja de antecedentes se señala «Orden Superior». Y además se añade «Se encuentra en San Rafael» por el lugar en el que se la tiene ahora recluida. A continuación, ya el día 10, el Juzgado de Instrucción de Urgencia núm. 7 ordena la declaración de la inculpada. En su interrogatorio Amelia, el 8 de febrero, parece atender a dos grupos de aspectos(72). Por una parte, manifiesta que no pertenece a ningún partido político, no ha hecho propaganda ni a favor ni en contra de la República y no ha participado en la sublevación militar ni «ha propalado noticias de la rebelión militar». Señala también que estuvo casada («se llamaba», indica respecto al nombre de su marido) con Julio Ruiz de Alda, dirigente de Falange. Otro grupo de indicaciones de su declaración se refieren claramente al día de la rebelión en la cárcel de Conde de Toreno, y así se refiere al «día en el que se hizo el traslado de las inculpadas» y a las razones para la resistencia, aunque de una manera bien elíptica y suave: «pues temían el traslado por si pudiera ocurrir alguna cosa desagradable». Todavía después de leer el acta de su declaración, pero sin haber firmado, quiere añadir lo siguiente; «Que por ser republicana en mis es'posiciones [sic] públicas ha defendido siempre su criterio republicano».

Por otra parte, se ordena al Agente de Investigación y Vigilancia del Juzgado que informe de las actividades político sociales de la acusada(73). El mismo señala que hablando con el Presidente del Comité de vecinos de su domicilio le comenta que en lo que conoce se ha manifestado en sentido izquierdista y que dedicaba su tiempo al estudio como médico de enfermedades infantiles. Al tiempo en su expediente se indica la existencia de una comunicación del Ministro Irujo al Director

(71) «Justice pénale de guerre civile». *Revue de Science Criminelle et Droit pénal comparé*, octubre-décembre 1938, p. 639.

(72) AHN FC-CAUSA_GENERAL,366, Exp. 11, folio 5 y 6.

(73) AHN FC-CAUSA_GENERAL,366, Exp. 11, folio 10 y 11.

General de Seguridad señalando la existencia de una relación con la familia de la inculpada como hija de un diputado republicano. Además, en la documentación del proceso, consta la petición de la acusada al Juzgado para que se soliciten las declaraciones sobre su «actuación política y actividades de la misma esfera que conozcan o puedan conocer» de los «Excmos. Señores Ministro de Hacienda y Ministro sin cartera, Señores Negrín é Irujo». La petición se acepta y se envía exhorto a los Juzgados de Valencia para que presten la declaración.

Abierto el Juicio oral la parte fundamental es la lectura de las declaraciones de los Ministros(74). Irujo señala la significación izquierdista tanto del padre como de la propia acusada. También la distancia e independencia en el modo de pensar con su marido con base en su formación en la Escuela Libre. Es testigo además de conversaciones en las que intervino y sabe que no ha participado en ninguna actividad política de su marido ni en el movimiento de subversión actual. Por todo ello Azarola no podía ser «reputada como desafecta al Régimen». Negrín, por su parte, señala su antigua relación como profesor de la misma durante su carrera de Medicina siendo una de las organizadoras de las Federaciones Universitarias Estudiantiles (FUE), siempre en vanguardia de los grupos liberales juveniles. Su participación en el Laboratorio que dirigía le permitió trabar con ella una íntima amistad. Luego pudo comprobar que su matrimonio no había influido en sus ideas políticas e incluso tuvo oportunidad de coincidir con ella en actos de significación netamente izquierdista. Si bien su marido podía contarse entre los elementos hostiles a la Republica, su padre y su tío Antonio podían contarse entre las víctimas de la persecución por los rebeldes. En definitiva, no podía culpársela de actividades políticas contra el régimen.

Según un testigo del juicio la declaración de Irujo fue discreta ... pero la de Negrín fue aplastante..., «La batalla estaba ganada»(75). En ambos casos presentaron su declaración por escrito, se supone que por los cargos que ocupaban y por encontrarse el gobierno en Valencia, pero resultaron igualmente eficaces. También Preston señala que «El 29 de marzo de 1937 fue juzgada por desafección al régimen. Tanto Irujo como Negrín testificaron en el juicio... A resultados de estos testimonios

(74) Que se incorporan a la causa en los folios 17-18 (Irujo) y 19-21 (Negrín). AHN FC-CAUSA_GENERAL,366, Exp. 11.

(75) GALÍNDEZ, J., *Los vascos en el Madrid sitiado*. Editorial Vasca Ekin. Buenos Aires 1945, p. 157-8. En diciembre de 1936 se encontraba presa en San Rafael según documento de la Cruz Roja Internacional. Fondo Manuel de Irujo chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/https://www.eusko-ikaskuntza.eus/PDFFondo/irujjo/3368.pdf [consultado 16 de enero de 2024].

quedó absuelta»(76). A la vista de las declaraciones el Ministerio Fiscal decidió retirar las acusaciones y de esta manera el Tribunal sentenció la inocencia de la acusada. Absolución como resultado final del proceso y orden de puesta en libertad en correspondencia con su inocencia. Incluso se libró el Mandamiento de libertad dirigido al Director de la Prisión para que se procediera a su excarcelación. Pero, sin embargo, en la práctica, Amelia no recobró su libertad.

7. EL SIGUIENTE PERIPLO CARCELARIO

Sucedió que el Delegado de Orden Público, el comunista Cazorla, a pesar de la orden judicial de puesta en libertad decidió retenerla como rehén(77). Según nos cuenta Preston Cazorla había pasado del socialismo al comunismo, era uno de los principales responsables del orden público en Madrid y estaba «comprometido y obsesionado con la eliminación de los partidarios de los rebeldes en la zona republicana»(78). Un mes después de la absolución se encontraba en los calabozos secretos de la checa de Atocha según narra Galíndez(79), a la que habría sido conducida por Cazorla, lo que considera un abuso puesto que ese lugar se tenía por destino de los calificados como quintacolumnistas «hasta hacerles declarar». Aunque este nacionalista vasco y después colaborador de las Agencias Norteamericanas de espionaje trata posteriormente de quitarle hierro, diciendo que su estancia en la checa lo fue simplemente como punto de paso para tomar el automóvil hacia Valencia, lo cierto es que él mismo califica el hecho de un abuso y que relata que la llamada que recibió lo fue para que «vaya a verla a su nuevo domicilio». Con la revolución iniciada en el territorio republicano y el poder ostentado por partidos y organizaciones sindicales se dio lugar a la aparición de las llamadas checas como lugares, muy extendidos, inicialmente de detención e interrogatorios con la aplicación de métodos de tortura. «Checas se llamó a la cárceles improvisadas y organizadas en nume-

(76) GALÍNDEZ, J., *Los vascos en el Madrid sitiado*. Editorial Vasca Ekin. Buenos Aires 1945, p. 157. Al que sigue PRESTON, P., *El holocausto español. Odio y exterminio en la guerra civil y después*. Debate 2011, p. 538.

(77) GALÍNDEZ, J., *Los vascos en el Madrid sitiado*. Editorial Vasca Ekin. Buenos Aires 1945, p. 158.

(78) *El holocausto español. Odio y exterminio en la guerra civil y después*. Debate 2011, p. 471.

(79) *Los vascos en el Madrid sitiado*. Editorial Vasca Ekin. Buenos Aires 1945, p. 159.

rosos edificios incautados donde se asentaban comisiones de investigación creadas por partidos políticos y organizaciones sindicales de izquierda con carta blanca para detener, requisar y asesinar»(80). Es evidente que una nueva intervención de Negrín o de Irujo había conseguido sacarla de uno de estos centros clandestinos de detención y tortura. De hecho, alude Preston(81) a una nueva intervención de Negrín en el otoño de 1937 que permitió su liberación de la Dirección General de Seguridad, que podría ser coherente con esta situación. Según el militante del partido nacionalista vasco antes citado Amelia fue trasladada a Valencia el mes de abril siguiente o bien más tarde, ya iniciado el verano.

La anterior casa de ejercicios en Alacuás (cerca de Valencia) fue reconvertida de residencia jesuita en centro de reclusión por orden de Irujo, ahora Ministro de Justicia de la República(82). De acuerdo a lo reseñado por Vicente Sol, Director General de prisiones, la nueva modalidad de la pena de internamiento en Campos de Trabajo requería nuevos edificios en condiciones adecuadas para esa modalidad. «Con este propósito han sido habilitados para cumplimiento de pena Totana, Orihuela y Albaterra, para varones, y Alacuás para mujeres»(83). Se convirtió en prisión de mujeres tanto políticas como comunes llegando a albergar hasta más de 600 reclusas. La idea era disponer en un lugar de posible comunicación con el exterior (tanto por la costa como por el puerto) para realizar el canje de estas mujeres vinculadas a personalidades relevantes del bando nacional. También se buscó un sitio con unas condiciones adecuadas que no causara temor ni sospechas a los representantes diplomáticos ni a la prensa extranjera después de los graves perjuicios que para la imagen de la República habían causado las matanzas y sacas de las cárceles de Madrid. En este sentido el Director General de Prisiones con el Ministro Irujo había propuesto a este mismo la edición «de un folleto en español, francés e inglés de una tirada que pudiera fijarse aproximadamente en unos 100.000 ejemplares y en el que mediante fotografías autógrafos y descripciones veraces relativos al régimen de nuestras

(80) CASANOVA, J., «Rebelión y revolución». Víctimas de la guerra civil (Santos Juliá coordinador). Temas de hoy 2004, p. 132.

(81) *El holocausto español. Odio y exterminio en la guerra civil y después*. Debate 2011, p. 538.

(82) PRESTON, P., *El holocausto español. Odio y exterminio en la guerra civil y después*. Debate 2011, p. 538-9.

(83) «Reseña concisa de la labor de la Dirección General de Prisiones en el año de 1937» (Diciembre de 1937), p. 1, *Fondo Manuel de Irujo*. chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.eusko-ikaskuntza.eus/PDFFondo/irujo/11867.pdf [consultado el 14 de enero de 2024].

prisiones, se ofrezca al mundo un documento exacto y verdadero de lo que son y representan, en el territorio leal a la República los establecimientos de custodia y reintegración social de los reclusos» (84). El centro entró en funcionamiento en el verano de 1937 y del mismo provinieron buen número de canjes de prisioneros entre los bandos enfrentados.

Durante la guerra la prensa visitó el centro y se hacía eco de las buenas condiciones y trato con las detenidas. Un redactor de *La Libertad* que ha entrevistado a las presas recoge varios testimonios de ellas mismas y de su vida en reclusión en lo que denomina «el refugio de mujeres» de Alacuás: «La doctora en Medicina Amelia Azarola dice que la vida en este edificio se desliza apaciblemente, con las comodidades de un hotelito confortable. «Se nos trata con tal corrección y deferencia, que, en ocasiones, olvidamos nuestras condiciones de reclusas.» (85). La conclusión final por el periodista de su paso por el centro penal es que lo reconocido por las propias mujeres no deja lugar a dudas. «Las manifestaciones transcritas revelan el humanitario proceder del Gobierno de la República, que contrasta con los procedimientos que siguen en el terreno faccioso».

También las propias presas tendrán ocasión después del cese de la guerra de contar su cautiverio (86). María Teresa Lucía, hija de un dirigente de la Derecha Regional Valenciana, recuerda cómo al ingresar en la prisión de Alacuas las desnudaron y confiscaron todos los objetos. Entró con 18 años y estuvo recluida durante un año y medio. Allí

(84) Escrito de Vicente Sol, como Director General de Prisiones, al Excelentísimo Señor Ministro de Justicia, de 25-11-37. *Fondo Manuel de Irujo*. chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.eusko-ikaskuntza.eus/PDFFondo/iruj/11867.pdf [consultado el 14 de enero de 2024].

(85) 31 de octubre de 1937.

(86) Lo hará también Pilar Millán Astray narrando su estancia en distintas prisiones y también en Alacuás. El texto es en verso comentando las distintas situaciones y personas, así como una serie de ilustraciones recreando algunos espacios de la prisión realizadas por otra antigua presa. En Alacuás señala por ejemplo las dificultades para la comida (señala a los vigilantes de quedarse con la comida que entregaba la Cruz Roja y quitarles todos los símbolos religiosos). Las celadoras o carceleras eran las «señoritas» a quienes acusa de vejaciones y privaciones. Aun así, el peor recuerdo parece que se refiere al director del centro, Julián Moreno López, a quien trae a colación en distintos momentos, siempre como «Sabueso miserable; chulapo encanallado», y en esto coincide con otras compañeras de reclusión. Se acuerda del trabajo de largas horas en el taller y de muchas de sus compañeras, especialmente a «Pilín» Jaráiz Franco, quien estuvo presa junto con su hijo pequeño y a quien dedica esa parte del libro. Una hora al día podían salir al patio de los pinos –por tener algunos árboles de esta clase–, un espacio al aire libre contiguo al edificio pero que servía de alivio del encierro. *Cautivas. 32 meses en las prisiones rojas*. Editorial Saturnino Calleja 1940, p. 53 ss.

había mucha vigilancia con personas armadas en la puerta y en las garitas de las esquinas por lo que era imposible escapar. También había presas comunes, la mayoría novias de soldados, a los que habían fusilado, porque habían desertado con ellas. Las celdas estaban previstas para tres personas pero en la práctica se alojaban seis o siete presas en cada una por lo que las restantes tenían que dormir en el suelo(87). De las compañeras de reclusión recuerda a varias y también a «Azarola que era alta, guapa, elegante, me quería mucho. Era el médico y estaba en la clínica de abajo, todas pasamos por allí. Cuando enfermábamos, todas íbamos corriendo a la clínica, nunca nos tenía arriba en las celdas»(88).

Pilar Jaráiz, sobrina del General Franco, estaba también en Alcuás y allí conoció a Amelia, a la que se refiere con grandes elogios. Como médico se ocupaba de la enfermería de la prisión e influía en el director para conseguir un régimen más benévolo para las reclusas. También recuerda que nunca se quitó el luto por la muerte de su marido. Y narra un episodio en el que Amelia tuvo la oportunidad de intervenir con gran habilidad profesional ante una situación de gran alarma por la salud del hijo de Pilar. «Cuando éste empezaba a andar se nos cayó de cabeza en el corredor, empezó con vómitos y tenía un aspecto muy malo. Amelia lo vio y dijo que era un amago de meningitis. Desde ese momento hizo todas las gestiones precisas, que fueron muy trabajosas, para buscar el instrumental adecuado para hacer la punción lumbar. Cuando estuvo preparado, sobre una cama y con una mala luz, hizo la intervención y el líquido, en efecto, salió turbio de sangre. El niño estuvo bueno en pocos días y no le quedó ningún rastro. Era una mujer extraordinaria y en todo el tiempo de cautiverio lo demostró»(89). Se refiere también a la incomunicación en celda que sufrió durante meses Rosario Queipo de Llano, o las noticias que – aunque confusas– les permitía conocer a grandes rasgos el curso de la guerra o la pena que tuvo al conocer la muerte de su tío Ramón Franco en accidente aéreo.

La hermana de un general, Rosario Queipo de Llano, también estuvo en esa calidad retenida también en el Campamento de prisione-

(87) *Levante. El Mercantil Valenciano* 29 de agosto de 2010. NOGUERÓN/JAUNZARÁS. «Entrevista a Mayesa Lucía Mingarro. Memòries del Campament de presoners d'Alaquàs (1937-1938)». *Quaderns d'investigació d'Alaquàs*. vol 30 (2010), p. 279 ss.

(88) NOGUERÓN/JAUNZARÁS. «Entrevista a Mayesa Lucía Mingarro». *Quaderns d'investigació d'Alaquàs*. vol. 30 (2010), p. 284.

(89) JARÁIZ FRANCO, P., *Historia de una disidencia*. Editorial Planeta 1981, p. 128-9. La intervención médica de Amelia también en CAMPO GUINEA, M.ª del J., y cols. *Mujeres que la historia no nombró*. Ayuntamiento de Pamplona 2005, p. 160.

ras de Alacuás(90). Llegó después que otras y fue a parar a la celda de Amelia Azarola, junto con dos jóvenes francesas a las que acusaban de espionaje. Señala, como ya hemos visto en otros testimonios, que Amelia era la encargada de la enfermería por su condición de médico. Describe el edificio como un lugar agradable, con celdas grandes y ventiladas, donde todos los elementos parecían nuevos pues estaba recién acondicionado para prisión. Para la reclusa era una forma de poder exhibir sin temor a las presas ante los fotógrafos y prensa de todo el mundo, según lo había concebido el ministro Irujo. Pero lo cierto es que estaban encerradas, que se situaban los centinelas en el perímetro y las alambradas recientemente levantadas sobre las tapias exteriores, junto con las celadoras en el interior que ejercían su autoridad. Estaban sometidas a un horario y desempeñaban tareas en los talleres de la cárcel para la confección de ropa destinada a las prisiones y hospitales. Tanto las monjas presas en la prisión de Santa Úrsula como las de Alacuás producían ropa para las necesidades de la República. Según la documentación de la Dirección General de Prisiones, «En Santa Úrsula, de Valencia, 300 monjas, en comunidad, régimen mixto de libertad y de tutela, consiguieron vestir a todos los presos y produjeron 10 veces más barato que los precios ofrecidos por los Sindicatos del Vestido. Las presas de Alacuás cuidaban también de la confección de ropas para el Ejército»(91).

Según el relato del delegado del Partido Nacionalista Vasco de origen madrileño Galíndez(92), Azarola fue ingresada en Alacuás en 26 de abril, pero, sin embargo, se tiene por fecha de apertura del centro el 7 de julio a inicios de ese verano de 1937. Hemos visto que este singular personaje no siempre es fiable en sus datos, por lo que también es posible entonces que estuviera en la prisión de Ventas durante el periodo anterior al verano antes de ser trasladada hacia el Levante. Pudo ser de esta manera puesto que si inicialmente de la Prisión de Ventas habían sido desplazadas las presas hacia la nueva cárcel de Conde de Toreno (en la que había ingresado Amelia), sin embargo, desde el 26 de marzo de 1937, se volvió a abrir para las mujeres después de trasladar ahora a los hombres recluidos y de que se estabiliza-

(90) QUEIPO DE LLANO, R., *De la Cheka de Atadell a la prisión de Alacuás*. Librería Santarén, Valladolid 1938, p. 135 ss.

(91) Escrito firmado por Miguel José Garmendia, Inspector General de Prisiones, «Situación de las Prisiones» (Diciembre de 1937), p. 1. *Fondo Manuel de Irujo*. chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.eusko-ikas-kuntza.eus/PDFFondo/irujjo/11867.pdf [consultado el 14 de enero de 2024].

(92) Los vascos en el Madrid sitiado. Editorial Vasca Ekin. Buenos Aires 1945, p. 159.

ran los frentes militares en torno a Madrid(93). Y Azarola después del juicio favorable en marzo había sido, pese a ello, retenida nuevamente cuando las mujeres reclusas habían vuelto a Ventas.

8. EPÍLOGO

Transcurridos varios meses en su nuevo internamiento pudo pasar posteriormente a Barcelona bajo custodia a disposición del Ministerio de Estado (Asuntos Exteriores). Este era el procedimiento que en otros casos semejantes se había empleado(94). Y finalmente, a principios de mayo de 1938, «fue canjeada y enviada a Navarra»(95). Habría que entender que si se encaminó directamente hacia Estella sería porque su hijo se encontraba allí a cargo de la familia de su marido. Ahora sí había recobrado la libertad. Allí podría reencontrarse con su hijo. Con muchas dificultades se fue abriendo paso la idea de los canjes de prisioneros entre ambos bandos contendientes(96). Con la participación de representantes diplomáticos, especialmente de las embajadas argentina y británica, se fue dando lugar a una compleja negociación sobre los canjes que dilató los posibles intercambios. Las discusiones sobre el tipo de presos o rehenes que podían ser objeto de canje, los procesados o condenados, beligerantes o no, y las condiciones de realización efectiva harán que los intercambios masivos inicialmente pensados no lleguen a efectuarse. Aunque en octubre de 1936 se realizó un primer canje colectivo de rehenes no será hasta 1937 y al año siguiente cuando se formalicen la mayoría de ellos.

De esta manera, todavía durante la guerra, volvió a su Navarra natal a primeros de mayo de 1938(97) y regentó algún campamento

(93) HERNÁNDEZ HOLGADO, F., *Mujeres encarceladas: la prisión de Ventas. De la República al franquismo (1931-1941)*. Marcial Pons 2003, p. 92-93.

(94) Como sucedió con María Millán Astray, quien desde la prisión de Ventas fue trasladada al Campo de Prisioneros de Alacuás por orden de la Dirección General de Prisiones y casi de inmediato conducida a Barcelona a disposición del Ministerio de Estado. HERNÁNDEZ HOLGADO, F. *Mujeres encarceladas: la prisión de Ventas. De la República al franquismo (1931-1941)*. Marcial Pons 2003, p. 98.

(95) PRESTON, P., *El holocausto español. Odio y exterminio en la guerra civil y después*. Debate 2011, p. 538.

(96) Al respecto RUBIO, J., *Asilos y canjes durante la guerra civil española*. Planeta 1979, p. 405 ss.

(97) *El Diario de Ávila* 04 de mayo de 1938. También FIGALLO, B. J., *La Argentina ante la Guerra Civil española. El asilo diplomático y el asilo naval*. Instituto de Historia. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Pontificia Universidad Católica Argentina 1996, p. 162 ss.

de jóvenes falangistas. Más tarde abogó o declaró a favor de algunas personas sometidas a depuración como en el caso de Francisco Grande Covian(98), al que hemos visto anteriormente como compañero de la Facultad de Medicina. También intervendría –junto con otras personas– en el proceso penal contra Julián Zugazagoitia tratando de señalar su humanitaria actuación durante la contienda civil en favor especialmente de monjas y sacerdotes, en este caso, desafortunadamente, sin éxito(99). En las Navidades de 1938 pudo acudir con su hijo a Tenerife, donde el padre de Amelia desempeñaba las tareas de ingeniero director de la Junta de obras del puerto de la capital, Santa Cruz de Tenerife(100). Desde entonces se dedicaría a su familia y a su especialidad médica, la pediatría, velando por la salud de miles de niños y dedicaría también su atención a la investigación científica como se aprecia con las varias publicaciones por ella realizadas(101).

9. BIBLIOGRAFÍA CITADA

ANSÓ, M., *Yo fui ministro de Negrín*. Editorial Planeta 1976.

AZAÑA, M., *Memorias políticas y de guerra II*. Crítica 1980.

BRENAN, G., *El laberinto español*. Ruedo ibérico 1978.

CAMPO GUINEA, M.^a DEL J., y cols. *Mujeres que la historia no nombró*. Ayuntamiento de Pamplona 2005.

CAMPOAMOR, C., *La revolución española vista por una republicana*. Ediciones Espuela de Plata 2009.

(98) ZAFRA ANTA/FERNÁNDEZ MENÉNDEZ. «Mujeres pioneras en la pediatría española». *Cuadernos de historia de la pediatría española* núm. 22 (diciembre de 2021), p. 29.

(99) PRESTON, P., *El holocausto español. Odio y exterminio en la guerra civil y después*. Debate 2011, p. 644.

(100) *La Prensa* 20 de diciembre de 1938.

(101) «En 1938 fue Asesora Nacional de Sanidad y Puericultura (figura 11). En 1940 ss. dirigió el cuerpo facultativo del Hospital Niño Jesús (HNJ) de Madrid. En el discurso de la Real Academia Nacional de Medicina, en 1947, Bosch Marín citó a Amelia Azarola como directora del HNJ con 300 camas. En la “Semana de lucha contra la mortalidad infantil” de octubre de 1940, ofreció una sesión radiofónica en Radio Nacional titulada “Las mujeres españolas en la lucha contra la mortalidad infantil”. Médico Puericultor del Estado (listado del BOE de 21 de julio 1944, p. 5564). Recibió el Premio de la Sociedad de Pediatría de Madrid en 1947 por un trabajo historiográfico sobre Guillaume de Baillou, considerado el primer epidemiólogo tras Hipócrates, con una descripción clínica de la tos ferina en 1578. Azarola participó en la sesión científica de la sociedad el 23 de mayo de 1946». ZAFRA ANTA/FERNÁNDEZ MENÉNDEZ. «Mujeres pioneras en la pediatría española». *Cuadernos de historia de la pediatría española* núm. 22 (diciembre de 2021), p. 29.

- CUCALÓN VELA, D., *De la conspiración al poder y del poder a la nada. El partido Republicano Radical Socialista (1929-1933)*. Prensas de la Universidad de Zaragoza 2023.
- FIGALLO, B. J., *La Argentina ante la Guerra Civil española. El asilo diplomático y el asilo naval*. Instituto de Historia. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Pontificia Universidad Católica Argentina 1996.
- FORMICA, M., *Memorias*. Biblioteca de la Memoria. Editorial Renacimiento 2013.
- GALÍNDEZ, J., *Los vascos en el Madrid sitiado*. Editorial Vasca Ekin. Buenos Aires 1945.
- GONZÁLEZ CALLEJA, E., «La politización de la vida universitaria madrileña durante los años veinte y treinta». *La Universidad central durante la Segunda República* (González Calleja/Ribagorda ed.). Universidad Carlos III de Madrid 2013.
- HERNÁNDEZ HOLGADO, F., *Mujeres encarceladas: la prisión de Ventas. De la República al franquismo (1931-1941)*. Marcial Pons 2003.
- JARÁIZ FRANCO, P., *Historia de una disidencia*. Editorial Planeta 1981.
- JULIÁ, S., *Prólogo*. En ZUGAZAGOITIA, J., *Guerra y vicisitudes de los españoles*. Tiempo de memoria, Tusquets Editores 2001.
- JULIÁ, S., «De guerra contra el invasor a guerra fratricida». *Víctimas de la guerra civil* (Juliá, coordinador). Temas de Hoy 2004.
- MADARIAGA, S., *España. Ensayo de historia contemporánea*. Espasa-Calpe 1978.
- MARTÍNEZ RUEDA, F., «Julián Zugazagoitia: socialista bilbaíno, defensor de la república, víctima del franquismo». *Bidebarrieta* 18 (2007).
- MATA Y MARTÍN, R., *Victoria Kent al frente de las prisiones españolas (1931-1932). El sistema penitenciario en los inicios de la Segunda república*. Marcial Pons 2020.
- MILLÁN ASTRAY, P., *Cautivas. 32 meses en las prisiones rojas*. Editorial Saturnino Calleja 1940.
- MORAL RONCAL, A. M., *Diplomacia, humanitarismo y espionaje en la Guerra Civil española*. Biblioteca nueva 2008.
- NOGUERÓN/JAUNZARÁS., «Entrevista a Mayesa Lucia Mingarro». *Quaderns d'investigació d'Alaquàs*. vol. 30 (2010).
- PRESTON, P., *El holocausto español. Odio y exterminio en la guerra civil y después*. Debate 2011.
- Poveda Sanz, M., *Mujeres y segunda enseñanza en Madrid (1931-1939)* (Tesis doctoral). Universidad Complutense 2014.
- QUEIPO DE LLANO, R., *De la Cheka de Atadell a la prisión de Alacuas*. Librería Santarén, Valladolid 1938.
- RUBIO, J., *Asilos y canjes durante la guerra civil española*. Planeta 1979.
- RUIZ, J., *El Terror Rojo*. Espasa 2018.
- RUIZ FUNES, M., *La crisis de la prisión*. La Habana 1949.
- SCHLAYER, F., *Matanzas en el Madrid Republicano*. Altera 2006.
- *Diplomático en el Madrid Rojo*. Espuela de Plata 2021.

ZAFRA ANTA/FERNÁNDEZ MENÉNDEZ., «Mujeres pioneras en la pediatría española». *Cuadernos de historia de la pediatría española* núm. 22 (diciembre de 2021).

ZUGAZAGOITIA, J., *Guerra y vicisitudes de los españoles*. Tiempo de memoria, Tusquets Editores 2001.

FUENTES HEMEROGRÁFICAS

ABC.

El Debate.

El Diario de Ávila.

El Liberal.

El Heraldo de Madrid El Sol.

España Médica La Libertad.

La Nación La Prensa La Rioja La Voz.

La Voz de Navarra.

Levante. El Mercantil Valenciano.

FUENTES DOCUMENTALES Y ARCHIVOS

Archivo Histórico Nacional (AHN).

Gaceta de Madrid (Gaceta Histórica).

Fondo Manuel de Irujo-Archivo Histórico de Eusko Ikaskuntza.

La sanción penal como límite a la libertad de expresión: supuestos de conflicto con la libertad religiosa

JESÚS BERNAL DEL CASTILLO

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Oviedo

RESUMEN

En este trabajo se plantean los conflictos entre el ejercicio de la libertad de expresión y la libertad religiosa, con especial referencia al discurso del odio y a los delitos contra los sentimientos religiosos. Se propone la revisión del delito de escarnio y se valora la posibilidad de su destipificación.

Palabras clave: *libertad de expresión; discurso del odio; sentimientos religiosos.*

ABSTRACT

This work studies the conflicts between freedom of expression and religious freedom, with special reference to hate speech and crimes against religious feelings. It is suggested the review of the crime of scorn and the possibility of its decriminalization.

Key words: *freedom of speech; hate speech; religious feelings.*

SUMARIO: 1. La libertad de expresión: ¿un derecho limitado por la libertad religiosa? 1.1 La libertad de expresión: delimitación conceptual, posición preferente y límites; 1.2 La libertad religiosa como límite a la libertad de expresión. Supuestos de conflicto en el ejercicio de los dos derechos.–2. El discurso del odio por razón de la religión. 2.1 Discurso del odio y delitos de odio; 2.2 Delitos de odio por motivos religiosos. Discriminación y dignidad humana.–3. Libertad de expresión y actividades religiosas.–4. Sentimientos religiosos y expresiones ofensivas. 4.1 Insultos y sentimientos religiosos; 4.2 El caso español: el delito de escarnio; 4.3. Sentimientos religiosos y libertad de expresión.–5. Toma de postura y propuestas.–6. Bibliografía citada.

1. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN: ¿UN DERECHO LIMITADO POR LA LIBERTAD RELIGIOSA?

1.1 La libertad de expresión: delimitación conceptual, posición preferente y límites

El reconocimiento de la libertad de expresión como uno de los derechos humanos es una constante desde las primeras Declaraciones de Derechos(1), y se regula de forma generalizada en las constituciones de los Estados democráticos y en los convenios internacionales(2). Para nuestro estudio resulta relevante su regulación en el ámbito europeo en el artículo 10.1 del CEDH, que expone: «Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencias por parte de las autoridades y sin con-

(1) Ya en la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789 se leía en su artículo 11: «La libre comunicación de pensamientos y opiniones es uno de los derechos más valiosos del Hombre; por consiguiente, cualquier Ciudadano puede hablar, escribir e imprimir libremente, siempre y cuando responda del abuso de esta libertad en los casos determinados por la Ley». Por su parte, la famosa Primera Enmienda a la Constitución americana, de 1791, dice todavía hoy: «El Congreso no podrá hacer ninguna ley con respecto al establecimiento de una religión, ni prohibiendo la libre práctica de la misma, ni limitando la libertad de expresión, ni de prensa; ni el derecho a la asamblea pacífica de las personas, ni de solicitar al gobierno una compensación de agravios».

(2) Sin ánimo de ser exhaustivos *vid.* el artículo 19 de la Declaración de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948; el artículo 19.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966; o el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José), de 22 de noviembre de 1969.

sideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa».

Los Estados occidentales contemporáneos consagran la libertad de expresión, en primer lugar, como uno de los derechos fundamentales de la persona derivados de su dignidad intrínseca(3), los cuales posibilitan su desarrollo como persona y como ciudadano; y, en segundo lugar, la reconocen como uno de los pilares de los sistemas democráticos, en la medida en que posee una dimensión institucional(4), como garante y formador de la opinión pública libre(5), de tal forma que se ha llegado a afirmar que «sobre la libertad de opinión y de palabra, se ha construido, en buena medida, el modelo de la democracia occidental»(6). Aunque tal dimensión institucional se predica de este

(3) *Vid.* por ejemplo el artículo 10.1 CE de 1978: «La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social». Por su parte, el artículo 1 de la Constitución alemana de 1949 expone «1. La dignidad del hombre es sagrada y constituye deber de todas las autoridades del Estado su respeto y protección. 2. El pueblo alemán reconoce, en consecuencia, los derechos inviolables e inalienables del hombre como fundamento (Grundlage) de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo».

(4) Esa dimensión institucional de la libertad de expresión ha sido destacada especialmente por el TEDH en *Handyside c. Reino Unido*, de 7 de diciembre de 1976, §49, y luego confirmada repetidas veces en la jurisprudencia de este tribunal. Citando numerosas sentencias, *vid.* GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, A., «La relación entre la libertad de expresión y la libertad religiosa en el Consejo de Europa», *Conpedi Law Review*, 2018, pp. 79-97, p. 84, nota 10. En España, esa misma naturaleza es afirmada por nuestro Tribunal Constitucional en varias sentencias; *vid.* por todas, las SSTC 9/2007, de 15 de enero, y 177/2015, de 22 de julio, que citan diversas resoluciones anteriores sobre esta cuestión y declaran que el carácter institucional de la libertad de expresión se considera parte de una «jurisprudencia unánime», desde las tempranas SSTC 6/1981, de 16 de marzo y 12/1982, de 31 de marzo.

(5) Sobre el concepto de «opinión pública libre», *vid.* CLIMENT GALLART, J. A., «Opinión pública y libertad de expresión», *Iuris Tantum. Revista Boliviana de Derecho*, núm. 23, 2017, pp. 240-261.

(6) Así se pronuncia, por ejemplo, CARRILLO DONAIRE, J. A., «Libertad de expresión y 'discurso del odio' religioso: la construcción de la tolerancia en la era postsecular», *Revista de Fomento Social* (70), 2015, pp. 205-243, p. 209. *Vid.* también REVENGA SÁNCHEZ, M., «Los discursos del odio y la democracia adjetivada: tolerante, intransigente, ¿militante?», *Libertad de expresión y discursos del odio. Cuadernos de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos*, Madrid, 2015, p. 13 ss. Para GARRIGA DOMÍNGUEZ la opinión pública libre exige «que los ciudadanos tengan la posibilidad de estar debidamente informados de los hechos noticiosos y puedan expresar y cotejar sus opiniones respecto de los mismos», «El conflicto entre la libertad de expresión y los sentimientos religiosos en las sociedades multiculturales», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXX, 2014, pp. 97-115, p. 100.

derecho en su globalidad(7), nos referiremos en este trabajo a la libertad de expresión en sentido estricto, en su vertiente de manifestación de ideas, pensamientos y opiniones, según determina el artículo 20.1, a) de la Constitución española(8).

De esa dimensión institucional se desprende el carácter «preferente» (*preferred position*) que se reconoce al derecho a la libertad de expresión con relación a otros derechos fundamentales(9), cuando trata de asuntos o personas de interés público o cuando permita formar la opinión pública (p.ej. el discurso político)(10).

No obstante, ni el carácter institucional ni la posición preferente de la libertad de expresión impiden reconocer que no se trata de un derecho absoluto o ilimitado, sino de un derecho sometido a límites en su ejercicio(11), que entraña «deberes y responsabilidades especia-

(7) Compartimos la idea de la existencia de un derecho general a la comunicación, en el cual cabría distinguir dos manifestaciones: el derecho a la libertad de expresión en sentido estricto y el derecho a la información. Las relaciones sistémicas entre ambas libertades son objeto de discusión. *Vid.*, por ejemplo, la interpretación que hace SOLOZABAL ECHAVARRÍA, J. J., quien señala que «el derecho a la información es no tanto una variedad del derecho a la libertad de expresión, caracterizada por el objeto a que se refiere –relato de hechos o conductas–, cuanto el supuesto de la libertad de expresión en sentido estricto. Sin información no hay opinión». «La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 11. Núm. 32, mayo-agosto, 1991, pp. 73-113, p. 81.

(8) Constitución española, artículo 20.1, a): «Se reconocen y protegen los derechos... A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción». Igual dimensión institucional posee la libertad de información del artículo 20.1, d): A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión...».

(9) La doctrina de la posición preferente de la libertad de expresión está firmemente asentada en nuestra jurisprudencia constitucional. Por ser recientes, pueden citarse, por todas, las sentencias 190/2020, de 15 de diciembre y 93/2021, de 10 de mayo. Sobre esta doctrina, *vid.* MARCIANI BURGOS, B., «La posición preferente del derecho a la libertad de expresión: un análisis crítico de sus fundamentos», *Pensamiento Constitucional*, vol. 11, 2005, pp. 351-378,

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional>.

(10) Sobre el discurso político *vid.* Holgado González, M., «Libertad de expresión y discurso político intolerante», *Revista Estudios Jurídicos*. Segunda Época, núm. 22, <https://doi.org/10.17561/rej.n22.7429>; ROCA, M. J., «Límites a la libertad de expresión de los políticos y abuso de derecho. Los casos Féret c. Bélgica y Perincek c. Suiza», UNED. *Revista de Derecho Político* núm. 109, septiembre-diciembre 2020, pp. 345-370; SANJURJO RIVO, V. A., «Discurso antirreligioso y libertad de expresión: la protección penal de los sentimientos religiosos», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 51, 2023, pp. 385-415.

(11) *Vid.* CORTINA ORTS, A., «¿Cómo superar los conflictos entre el discurso del odio y la libertad de expresión en la construcción de una sociedad democrática?», *Anales de la Real academia de Ciencias Morales y Políticas*, 2017, fascículo 1, pp. 77-94, p. 77; WEBER, A., *Manual on hate speech*, Conseil de l'Europe, 2009, p. 1.

les», como afirma el artículo 19.3 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*(12), cuestión que no deja de ser objeto de controversia, tanto en la enumeración de dichos límites como en su alcance. En todo caso se afirma que precisamente por esa dimensión institucional, los límites al ejercicio de la libertad de expresión deberán ser interpretados restrictivamente y sometidos a ciertas condiciones(13). Así se pronuncia, entre otros instrumentos internacionales, el artículo 10.2 del *Convenio Europeo de Derechos Humanos* (CEDH) que determina que el ejercicio de la libertad de expresión puede ser sometido a restricciones o sanciones, que deben estar previstas por la ley y que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la protección de los derechos ajenos(14).

En nuestro país, la existencia de límites al ejercicio de la libertad de expresión está en ocasiones prevista directamente en la Constitución, como expresamente se manifiesta en el artículo 20.4: «Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en

(12) Así, el artículo 29.2 de la Declaración de Derechos Humanos de 1948 expone para todos los derechos reconocidos en la Declaración que «en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática».

(13) *Vid.* PRESNO LINERA, M. A., «El derecho a la libertad de expresión según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en Martín-Herrera (Editor) *La libertad de expresión desde un enfoque global y transversal en la era de los objetivos de desarrollo sostenible*, Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2022, pp. 59-83, especialmente p. 67.

Es significativo el alcance que da el TEDH al carácter restrictivo de los límites a la libertad de expresión. *Vid.*, por todas, la sentencia del caso *Handyside c. el Reino Unido*, ya citada *supra*, § 49: «Al amparo del artículo 10.2 es válido no sólo para las informaciones o ideas que son favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una fracción cualquiera de la población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una “sociedad democrática”. Esto significa especialmente que toda formalidad, condición, restricción o sanción impuesta en la materia debe ser proporcionada al fin legítimo que se persigue». Más recientemente, *vid.* SSTEDH *Castells c. España*, de 23 de abril de 1992, § 42 y *Fuentes Bobo c. España*, de 29 de febrero de 2000, § 43.

(14) Artículo 10.2 CEDH: «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».

este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia». En otras ocasiones, como ha declarado el TC, los límites a la libertad de expresión se derivan de la Constitución de forma indirecta o mediata, «en cuanto que ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos»(15). En todo caso, la aplicación de tales límites no es automática, debiendo realizarse una ponderación entre los derechos en conflicto de acuerdo con los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad(16).

1.2 La libertad religiosa como límite a la libertad de expresión. Supuestos de conflicto en el ejercicio de los dos derechos

Dado que las restricciones a la libertad de expresión se encuentran fundamentalmente en el respeto y aseguramiento de los derechos y libertades de los demás (art. 29.2 DDH), debemos concretar entre ellos el derecho a la libertad religiosa, reconocido también a nivel internacional como un derecho humano(17) y como un derecho fundamental en la Constitución española: (art. 16 CE)(18), así como en las leyes que desarrollan estos derechos, de donde se deriva la legitimidad de su protección jurídica(19).

(15) SSTC 11/1981, de 8 de abril, FJ 7; 2/1982, de 15 de enero, FJ 5.

(16) Sobre la aplicación de estos principios, *vid.* HOLGADO GONZÁLEZ, M., *op. cit.*, p. 19; PAREJO GUZMÁN, M. J., «La libertad religiosa y su protección en nuestro estado laico y democrático de derecho del siglo XXI, desde el derecho eclesiástico del Estado», en Del Carpio Delgado/Holgado González (dir.), *Entre la libertad de expresión y el delito*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pp. 255-289.

(17) Así la reconoce el artículo 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: «Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia». Prácticamente con las mismas palabras, se reconocen estos derechos en el artículo 18 PIDCP, en el artículo 12 CADH (convenio de S. José) o en el artículo 9 del CEDH. Sobre el objeto y fundamento del derecho a la libertad religiosa, *vid.* el Capítulo I de la Declaración *Dignitatis Humanae*, del Concilio Vaticano II, de 7 de diciembre de 1965.

(18) 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».

(19) La legitimidad de la protección de la libertad religiosa se deriva de su contenido y naturaleza como derecho fundamental, *vid.* DE LA ROSA CORTINA, J. M.,

No es objeto de este trabajo el estudio del derecho a la libertad religiosa, más bien se trata de exponer la existencia de conflictos entre ambos derechos, libertad de expresión y libertad religiosa. En realidad, no se trata de derechos incompatibles: ambos radican ontológicamente en la dignidad de la persona, tienen el mismo rango jurídico como derechos fundamentales en la Constitución española y desarrollan, como su objeto, aspectos diferentes de la personalidad humana y de las relaciones sociales(20). Por ello, no se puede hablar de una conflictividad de ambos derechos en abstracto sino de situaciones contradictorias en el ejercicio concreto de los mismos, que permiten mantener que recíprocamente se limitan entre sí en su ejercicio práctico(21).

No tratamos de plantear aquí todos los supuestos ni las causas de los conflictos entre ambos derechos, sino desarrollar únicamente aquellos choques que proceden de un ejercicio invasivo de la libertad de expresión en el ámbito jurídicamente reconocido de la libertad religiosa, intentando delimitar cuáles son estos supuestos en el contexto del Derecho penal español, y nos planteamos en qué medida cabe defender la legitimidad de una sanción penal como las representadas por los artículos 510, o 522 a 525 del Código penal español para la resolución de este tipo de conflictos. La pregunta que nos hacemos en concreto es en qué hipótesis cabría admitir la sanción penal como

«Delitos contra los sentimientos religiosos y libertad de expresión», *Revista del Ministerio Fiscal*, núm. 7, 2019, p. 13; CARAZO LIÉBANA, M. J., «El derecho a la libertad religiosa como derecho fundamental», *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, núm. 14, julio 2011, pp. 43-74.

(20) *Vid.* Recomendación 1396, de 27 de enero de 1999, del Consejo de Europa, *Religion and Democracy*, núm. 5: «Democracia y religión no necesitan ser incompatibles. La democracia ha demostrado ser la mejor estructura para la libertad de conciencia, el ejercicio de la fe y el pluralismo religioso. Por su parte, la religión, a través de su misión moral y ética, los valores que sostiene, su aproximación crítica y su expresión cultural, puede ser una pareja válida para la democracia».

(21) Por lo tanto, se puede hablar de «derechos reconciliables»; *vid.* TORRES SOSPEDRA, D., «Sociedad de la información y libertad religiosa. Cuando la libertad de expresión se convierte en *hate speech*», *Anuario de Derecho Canónico*, 6 supl. [febrero, 2018], pp. 217-268, p. 219. Para PAREJO GUZMÁN, M. J., ambas libertades están en una relación amor-odio, de forma que cuando colisionan la línea que las separa es muy fina; «Libertad religiosa y libertad de expresión: la tolerancia y el discurso religioso por razones de género», en Combalfía/Diago/González-Varas (editores), *Libertad de expresión y discurso del odio por motivos religiosos*, ed. del Licregdi, Zaragoza, 2019, pp. 320-348, p. 322. Analizando las causas de esos conflictos, GONZÁLEZ URIEL, D., «La religión y su juridificación (Especial consideración de la colisión entre la libertad religiosa y la libertad de expresión)», *Boletín del Ministerio de Justicia*, año LXXII, núm. 2209, 18 de junio de 2018; RUBIO FERNÁNDEZ, E. M., «Expresión frente a religión: un binomio necesitado de nuevas vías de entendimiento y superación de sus interferencias», *Anales de Derecho*, núm. 24, 2006, pp. 201-232, p. 212.

medida de contención al ejercicio de la libertad de expresión y para la protección de la libertad religiosa(22).

El tema no es baladí. Además del interés teórico en las cuestiones de fondo que se plantean(23), en España han sido numerosos los supuestos de conflictos entre ambos derechos que han saltado a la luz pública, y que han llevado a cuestionar por algunos penalistas(24) la conveniencia de mantener en el Código penal los delitos contra la libertad religiosa, al menos en lo que se refiere a la protección de los sentimientos religiosos. También la resolución de estos conflictos ha dado lugar a una actividad judicial fluida que ha tomado partido en los últimos años entre admitir o rechazar el recurso al Derecho penal vigente en estas situaciones; de hecho, sin plantearse la supresión teórica de tales delitos, se han desestimado frecuentemente en la práctica las acciones planteadas por lesión de los sentimientos religiosos, argumentando diversas razones, entre ellas, la ausencia del elemento subjetivo del injusto presente en el tipo del delito de escarnio (art. 525 CP)(25). En cambio, parece que el Tribunal Constitucional español va por otro camino y en recientes sen-

(22) No pretende este trabajo analizar aquellos conflictos entre ambos derechos atendiendo a su origen en un ejercicio abusivo de la libertad religiosa ni tampoco el de aquellas confrontaciones que se sustancian y resuelven de *lege lata* en el ámbito del derecho civil o administrativo, aunque a estos últimos supuestos haremos referencia por tratarse de una alternativa a la tipificación penal de los delitos que implican una extralimitación de la libertad de expresión.

(23) Un análisis de las manifestaciones de dichos conflictos entre ambos derechos atendiendo al ámbito geográfico donde se producen, puede verse en COMBALÍA SOLÍS, Z., «Los conflictos entre la libertad de expresión y religión: Tratamiento jurídico del discurso del odio», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 31, 2015, pp. 355-379.

(24) Por ejemplo, RAMOS VÁZQUEZ, J. A., «Muerte y resurrección del delito de escarnio en la jurisprudencia española», *Revista española de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 21-27 (2019) pp. 1-43. Se manifiesta muy crítico con las tendencias jurídicas y sociales que defienden la protección penal de los sentimientos religiosos ALCÁCER GUIRAO, R., «Símbolos y ofensas. Críticas a la protección penal de los sentimientos religiosos», *Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología*, RECPC 21-15 (2019), pp. 1-38. *Vid.* también BAGES SANTACANA, J., «La discutida legitimidad de la protección penal de los sentimientos religiosos. De la publicación de caricaturas de Mahoma a Willy Toledo», *La Ley Penal*, núm. 140, 2019, pp. 1-36; ROIG TORRES, M., *Delimitación entre libertad de expresión y «discurso del odio»*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020; SÁNCHEZ BENÍTEZ, C., «Derecho Penal y fenómeno religioso: a propósito del artículo 525 del Código penal español y su tratamiento jurisprudencial», *Revista electrónica de estudios penales y de la seguridad*, REEPS 7 Especial, (2021), pp. 1-18; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, I., «El delito de escarnio de creencias», *La Ley*, 1996-5, pp. 1381-1388.

(25) Un análisis de esta jurisprudencia y su argumentación puede consultarse en RAMOS VÁZQUEZ, J. A., *op. cit.*, *passim*.

tencias ha refrendado la legitimidad de la normativa penal protectora de la libertad religiosa como límite a la libertad de expresión(26).

En la resolución de estos conflictos es de referencia obligada la jurisprudencia del TEDH que, aunque muy abundante en esta materia(27), resulta en cierta medida confusa, en cuanto ha experimentado una evolución desde las primeras sentencias, en las cuales se aceptaba un amplio margen de acción de los Estados a la hora de establecer restricciones a la libertad de expresión en defensa de la libertad religiosa(28), hasta la posición contraria manifestada en sentencias más recientes(29), que entienden que la prevalencia de la libertad de expresión dentro de los sistemas democráticos exige una interpretación restrictiva de sus límites y que, por ello, niegan legitimidad en muchos casos a las restricciones estatales represivas materializadas en la vigencia de los delitos de opinión, que para el Tribunal se traduce en la falta de proporcionalidad de las sanciones penales(30).

El tema planteado deviene, por decirlo así, inabarcable y, por ello, hemos optado, por simplificar su desarrollo. En concreto, para exponer las tesis mantenidas en este trabajo, podemos determinar tres supuestos de desencuentro entre ambos derechos, que dan lugar, en el Derecho penal vigente en España, a tres formas distintas de solucionar dichos conflictos acudiendo a la aplicación de las sanciones penales vigentes en nuestro Código.

(26) Por ejemplo, STC 192/2020, de 17 de diciembre, FJ 4.º: «Tampoco cabe dudar de que la sanción, que está prevista en la ley, persigue una finalidad legítima, en cuanto que con ella se garantiza la dimensión colectiva de la libertad religiosa, consistente en el derecho a reunirse para desarrollar actividades de culto propias de una confesión religiosa».

(27) Una explicación de la jurisprudencia reciente del TEDH sobre esta materia puede verse en MARTÍNEZ-TORRÓN, J., «Discurso de odio, injurias a la religión y moralidad pública», en Martínez-Torrón, J., Cañamares Arribas, S., González Sánchez, M., *Libertad de expresión y libertad religiosa: una perspectiva transatlántica*, Iustel, Madrid, 2023, pp. 21-56; SALINAS MENGUAL, J., «¿Hacia dónde camina la relación entre la libertad religiosa y la libertad de expresión? Estudio de la evolución de la jurisprudencia del TEDH en relación al caso Sekmanienis c. Lituania», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 48, 2021, pp. 1-47.

(28) Es paradigmática en este sentido, la sentencia del caso *Otto-Preminger Institut c. Austria*, de 20 de septiembre de 1994. *Vid.* también *Wingrove, c. Reino Unido*, de 25 de noviembre de 1982, y más recientemente *E. S. c. Austria*, de 18 de marzo de 2019.

(29) Véase, por ejemplo, las SSTEDH *Paturel c. Francia*, de 22 de diciembre de 2015; *Aydın Taılav c. Turquía*, de 2 de mayo de 2006; *Klein c. Eslovaquia*, de 31 de octubre de 2016; *Radczewska c. Polonia*, de 15 de septiembre de 2022.

(30) Véase, STEDH *Mariya Alhekina y otras c. Rusia*, de 17 de julio de 2018.

En primer lugar, plantearemos el caso del discurso del odio por razón de la religión, especificando los supuestos en que se incita o promueve directa o indirectamente la violencia o discriminación por motivos religiosos y las injurias colectivas de odio, todo ello, en el contexto del artículo 510 CP.

En segundo lugar, nos ocuparemos de la palabra o el discurso que se utiliza como medio para impedir u obstaculizar el ejercicio de alguna de las facultades comprendidas en el derecho a la libertad religiosa, como puede ser la asistencia a actos religiosos, oración comunitaria, etc., supuestos contemplados en el artículo 523 CP.

Y, en tercer lugar, plantearemos el caso de la ofensa a los sentimientos religiosos llevado a cabo alegando el ejercicio de la libertad de expresión(31), penalmente resuelto en el Código Penal mediante la figura del delito de escarnio del artículo 525 CP.

2. EL DISCURSO DEL ODIO POR RAZÓN DE LA RELIGIÓN

2.1 Discurso del odio y delitos de odio

El primero de los conflictos se refiere a aquellas conductas que, amparadas en el ejercicio de la libertad de expresión, incitan o promueven el odio, la discriminación, hostilidad o la violencia por razones o motivos religiosos(32). Estamos hablando propiamente de una de las manifestaciones que adopta el discurso del odio o *hate speech*, que se puede definir como «toda forma de expresión que difunde o

(31) Desde otra perspectiva CABELLOS ESPIERREZ, M. A., distingue entre los siguientes supuestos de conflicto: (a) la opinión molesta, por discrepante, para los miembros de una confesión religiosa; (b) la opinión molesta que incorpora algún componente secundario de tipo ofensivo; (c) la opinión que esencialmente ofende a aquellos miembros y cuyo contenido se agota en eso; y (d) el discurso del odio; «Libertades de expresión y libertad religiosa: situaciones de conflicto y criterios para su tratamiento», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXXIII (2017), pp. 257-297, p. 259. Por su parte, desde la óptica de la libertad de expresión, PÉREZ DOMÍNGUEZ, F., desarrolla el conflicto consistente «en aquellos discursos o expresiones críticas con la religión, con quienes las profesan, con determinadas manifestaciones de las mismas, censores de sus postulados, imágenes, símbolos o ministros». «Hecho religioso y límites a la libertad de expresión», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXXII (2016), pp. 205-261, p. 217. La conexión del conflicto entre ambos derechos: libertad de expresión y libertad religiosa con el fenómeno de la multiculturalidad es la perspectiva de análisis elegida por PALOMINO LOZANO, R., «Libertad religiosa y libertad de expresión», *Ius Canonicum*, XLIX, núm. 98, 2009, pp. 509-548.

(32) GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, A., *op. cit.*, p. 82.

incite, promueva o justifique el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia»(33).

Evidentemente, no todos los casos de discurso del odio se convierten ni deben convertirse en delitos(34), y así debe distinguirse entre «discurso del odio» y «delitos de odio»(35), constituyendo éstos últimos formas especialmente graves del discurso de odio. Por otra parte, no todos los delitos de odio se cometen a través del discurso o de la expresión, ya que bajo la denominación «delitos de odio» se comprenden además delitos comunes, por ejemplo, torturas y delitos contra la integridad, en los que concurre un ánimo discriminatorio(36). Dado

(33) Recomendación No. R (97) 20 sobre «hate speech» del Comité de ministros del Consejo de Europa, adoptada el 30 octubre 1997. Vid. también el Anexo de la Comunicación (2021) 777, que publica la Decisión del Consejo relativa a añadir la incitación al odio y los delitos de odio, a los ámbitos delictivos establecidos en el artículo 83.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, de forma que pasan a ser delitos de la UE, en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021DC0777>.

(34) TERUEL LOZANO, G. M., «El discurso del odio como límite a la libertad de expresión en el marco del convenio europeo», *Revista de Derecho Constitucional Europeo* (REDCE), núm. 27, enero-junio de 2017.

(35) Sobre la distinción entre ambos, vid la exposición que hace DE LA MATA BARRANCO, N. J., en su breve comentario «Discurso de odio y delito de odio, no, no es lo mismo», publicado en el blog «Almacén del Derecho», 14 de noviembre de 2021, <https://almacenederecho.org/discurso-de-odio-y-delito-de-odio-no-no-es-lo-mismo>. Por su parte, DÍAZ LÓPEZ, J. A., señala que la distinción entre ambos conceptos procede fundamentalmente del derecho anglosajón: «En ordenamientos anglosajones, parece más clara la diferencia entre un discurso de odio, que lo es, aunque no esté penalmente tipificado (hate speech), y un delito de discurso de odio, esto es, el discurso sancionado por la Ley penal (hate speech crime)», *Informe de delimitación conceptual en materia de delitos de odio*, https://www.inclusion.gob.es/oberaxe/ficheros/documentos/Informe_Delitos_Odio_Final_pdf., Madrid, 14 de marzo de 2018, p. 38 ss. Sobre la ambigüedad del concepto de «delitos de odio», DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *El discurso del odio. Análisis del artículo 510 del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, especialmente p. 31 ss. Vid. también el exhaustivo análisis de estos conceptos en 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», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LXX, 2017, pp. 139-225; del mismo autor «Delitos de odio: concepto y crítica: ¿límite legítimo a la libertad de expresión?», *La Ley penal*, núm. 130, 2018, pp. 1-37; FUENTES OSORIO, J. L., «El odio como delito», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (RECPC) 19-27, 2017, criminet.ugr.es/recpc/19/recpc19-27.pdf. GÓMEZ MARTÍN, V., (2021). «Daño, ofensa y discurso del odio», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Protocolo I*, pp. 235-256. Vid. la abundante bibliografía sobre este tema citada por ROIG TORRES, M. «El enaltecimiento de los delitos previstos en el artículo 510 del CP a la luz de la última jurisprudencia constitucional», *Estudios penales y criminológicos*, vol. 41, 2021, pp. 233-305.

(36) Puede verse una enumeración de los que, en nuestro Código penal, se consideran delitos de odio, en la Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la Fiscalía General

que ambas categorías no son equiparables(37), en este trabajo consideramos que el concepto de delito de odio que manejamos se limita al discurso de odio punible, regulado en el artículo 510 del CP.

Esta concreción es importante desde el punto de vista de la libertad de expresión. Todo discurso de odio implica una extralimitación en el ejercicio de esta(38) o, si se prefiere, un ejercicio ilegítimo de la misma, pero no todos estos supuestos dan pie a legitimar la sanción penal. La tipificación del discurso del odio requiere una especial gravedad en la conducta desde la perspectiva de los principios de última «ratio» y proporcionalidad, a fin de evitar el efecto desaliento (*chilling effect*) en el ejercicio de la libertad de expresión(39). De ahí que la regulación penal del discurso de odio sea discutida y que el vigente artículo 510 sea ampliamente criticado por la doctrina, entre otras razones, por la amplitud de los actos en él tipificados, las dudas que plantea la configuración de los tipos y la restricción que implica para la libertad de expresión(40). No siendo objeto del trabajo el desarrollar aquí todas estas cuestiones, expondremos únicamente algunas observaciones críticas sobre las definiciones de las conductas reguladas en los tipos básicos, que nos parecen especialmente relevantes para fundamentar la crítica doctrinal a este precepto(41).

del Estado, la cual, además de los distintos supuestos del artículo 510 CP, considera las siguientes: las amenazas a determinados colectivos prevista en el artículo 170.1 CP, 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 denegación discriminatoria de servicios públicos del artículo 511 CP y su correlativa figura en el ámbito de actividades profesionales o empresariales previsto en el 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 arts. 522 a 524 CP, o el delito de escarnio o vejación previsto en el artículo 525 CP.

(37) REY MARTÍNEZ, F., «Discurso del odio y racismo líquido», en Revenga Sánchez (dir.) *Libertad de expresión y discursos del odio*, Universidad de Alcalá, 2015, pp. 51-88.

(38) Para el TEDH (*vid.* por todas *Gündüz c. Turquía*, de 4 de diciembre de 2003, núm. 51), la incitación a la intolerancia y al odio cae fuera del ámbito de protección del artículo 10 del CEDH.

(39) Como este tema se plantea en todos los supuestos analizados en este trabajo, consideramos más conveniente tratarlo conjuntamente después de desarrollar cada uno de los conflictos.

(40) Un ejemplo de esta crítica doctrinal del art.510 CP puede verse en PORTILLA CONTRERAS, G., «El retorno de la censura y la caza de brujas anarquistas», en Miró Llinares (dir.) *Cometer delito en 140 caracteres*, Marcial Pons, 2017, pp. 87-105.

(41) Un análisis de los tipos básicos y cualificados incluidos en el artículo 510 CP puede verse en GÓMEZ MARTÍN, V., «Incitación al odio y género. Algunas reflexiones sobre el nuevo artículo 510 CP y su aplicabilidad al discurso sexista», en Miró Llinares (dir.) *Cometer el delito en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*, Marcial Pons, Madrid, 2017, pp. 189-193; del mismo

El número 1 del art.510 CP, describe un primer grupo de conductas que castigan a quienes «públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, violencia o discriminación...» conductas que podrían resumirse con la expresión «incitación al odio». Tienen en común el tratarse de discursos contra un grupo social o sus miembros, expuestos públicamente, que tienen un contenido objetivamente ofensivo y que deben estar dirigidos intencionalmente a la comisión de actos de odio, hostilidad, violencia o discriminación, con unas motivaciones concretas: razones de raza, sexo, nacionalidad, religión... (42). Se remarca en estas figuras el elemento incitador. No basta, por lo tanto, el discurso objetivamente ofensivo, sino que es necesaria la finalidad incitadora, que, como define la ECRI, consiste en «tener la intención de incitar a otros a cometer actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación contra aquellos a quienes van dirigidas, o cabe razonablemente esperar que tenga tal efecto» (43).

Precisamente a través de los verbos «fomentar», «promover» e «incitar» se está produciendo una extensión del discurso del odio punible, en el sentido de abarcar no sólo los supuestos que implican una incitación directa a la violencia, sino también aquellos que al menos incorporen una incitación indirecta a la comisión de delitos, o bien una provocación de modo mediato a la discriminación, al odio o a la violencia(44).

A raíz de la reforma 1/2015 CP, desde esta misma perspectiva expansiva, admite en el nuevo artículo 510.1 CP que la conducta típica consista en públicamente fomentar, promover o incitar directa o indirectamente al odio (510.1, a); o se refiere a la producción, distribución, etc. de escritos o materiales «idóneos para fomentar, promover o incitar directa o indirectamente al odio...» (510.1, b). También como

autor, *Delitos de discriminación y discurso de odio punible. Nuevo escenario en España tras la LO 1/2015*, Juruá Editorial, 2019.

(42) Así se pronuncia, por ejemplo, TERUEL LOZANO, *El discurso del odio... cit.*

(43) Vid. la *Recomendación General* núm. 15 relativa a la lucha contra el discurso del odio y memorándum explicativo, adoptada por la ECRI (Comisión europea contra el racismo y la intolerancia) del Consejo de Europa, de 8 de diciembre de 2015.

(44) Así señala la ECRI que «tal y como describe la definición, el elemento de incitación significa que o bien existe una intención clara de cometer actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación, o bien existe un riesgo inminente de que tales hechos ocurran como consecuencia de haber utilizado el discurso de odio». Sobre el carácter tendencial de los delitos de odio del artículo 510 CP, en virtud del concepto de incitación, vid. LANDA GOROSTIZA, J. M., «El discurso del odio criminalizado: propuesta de interpretación del artículo 510 CP», en Landa Gorostiza, J. M./ Garro Carrera, E. (directores) *Delitos de odio: Derecho comparado y regulación española*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 227 ss.

forma del discurso del odio, se castiga en el artículo 510.1, c) «a quienes 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 de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos».

La doctrina española se encuentra dividida sobre la naturaleza jurídica de los delitos de odio y se mantienen posturas como la consideración de delitos de lesión o de peligro, abstracto o concreto(45). Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Supremo(46) ha especificado que estamos ante unos delitos en los que se produce un adelanto de la intervención penal, en cuanto basta la creación de un peligro abstracto,(47) sin que sea necesaria la producción de un peligro concreto(48), ni mucho menos la de una lesión de alguno de los derechos de las personas ofendidas. Dicho de otro modo, ese peligro se materializa en la aptitud o idoneidad de la conducta en la creación de un clima favorable para afectar los derechos fundamentales de los demás. Nos parece que por esta vía del peligro abstracto se está ampliando excesivamente la aplicación del tipo penal, de ahí que compartamos la opinión de algunos autores de exigir un peligro concreto, no meramente potencial, en la creación de ese clima de violencia, odio u hos-

(45) Una exposición extensa sobre estas cuestiones puede verse en FUENTES OSORIO, J. L., *El odio como delito*, cit.

(46) Por ejemplo, la STS 72/2018, de 9 de febrero afirmaba que los Convenios Internacionales «refieren la antijuridicidad del discurso de odio sin necesidad de una exigencia que vaya más allá del propio discurso que contiene un mensaje de odio y que por sí mismo es contrario a la convivencia» (FJ único). En el mismo sentido se pronuncia la STS 97/2018, de 15 de febrero y más recientemente la STS 488/2022, de 19 de mayo.

(47) La STS 259/2011, de 12 de abril incidió en esta exigencia y destacó que la difusión de ideas o doctrinas excluyentes son perseguibles penalmente en cuanto que suponen «un peligro cierto de generar un clima de hostilidad que pueda concretarse en actos específicos de violencia, odio o discriminación contra determinados grupos o sus integrantes como tales». La STS 675/2020, de 11 de diciembre exponía que «lo fundamental no es entrar en disquisiciones sobre si la provocación ha de ser directa o indirecta, adjetivos cuyos contornos no siempre están claros, sino en precisar la eficacia de esa provocación, esto es, si es capaz de incitar al odio, la violencia o la discriminación, porque, si esto es así, el delito, como de riesgo abstracto que es, quedará consumado» (FJ1).

(48) TERUEL LOZANO expone los peligros de esta extensión del discurso del odio, citando, por ejemplo, la sentencia del caso *Féret c. Bélgica*, de 16 de julio de 2009. Este autor critica la tendencia en el TEDH a aceptar lo que llama una situación de «peligro especulativo», es decir, no real o concreto, para confirmar la injerencia en la libertad de expresión. «El discurso del odio...», cit., especialmente nota 69.

tilidad, peligro que podría entenderse en términos de cercanía temporal o de inminencia de alguna acción lesiva(49).

Mención aparte merecen el segundo grupo de conductas tipificadas en el artículo 510.2, a). Aquí no se trata ya de una incitación directa o indirecta a cometer actos de violencia o discriminación, sino de acciones (en sentido amplio) que lesionan la dignidad de las personas «...que entrañen humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos a que se refiere el apartado anterior». Estamos ante lo que se podría denominar injurias colectivas de odio(50), que suponen un adelanto de la intervención penal a niveles anteriores a la incitación incluso indirecta y que plantean problemas importantes, como es la determinación del bien jurídico protegido y de quienes son sus titulares(51).

En efecto, se trata de conductas que objetivamente lesionan el honor o la integridad moral de las personas físicas miembros de un grupo, por su pertenencia o adscripción a este, pero entonces debemos plantearnos por qué no se encuentran reguladas entre los delitos contra el honor, aplicándose en todo caso la agravante de discriminación (art. 22.4 CP).

El texto legal menciona expresamente a los «grupos» y Landa Gorostiza(52) entiende que a través de la lesión del honor personal o colectivo o de su integridad moral, se pretende intencionalmente degradar al grupo, definido por su raza, religión, etc., presentándoles como merecedores de escarnio y de desprecio. Por eso están reguladas entre los delitos de odio y, como expresa dicho autor, cuya opinión compartimos, constituyen la antesala de actos de odio, violencia o discriminación(53). Se puede decir que lo que justifica la inclusión de

(49) En concreto TERUEL LOZANO, quien propone utilizar el criterio norteamericano del «*clear and present danger*», en TERUEL LOZANO, G. M., (2018). «Cuando las palabras generan odio: límites a la libertad de expresión en el ordenamiento constitucional español», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 114, 2018, pp. 13-45.

(50) Así las denomina LANDA GOROSTIZA, J. M., «El delito de incitación al odio (art. 510 CP): quo vadis», *Azafea. Revista de Filosofía*-febrero 2022, pp. 57-81.

(51) Sobre las diferentes opiniones doctrinales en la concreción del bien jurídico protegido en este precepto *vid.* DE PABLO SERRANO A., L. «En defensa de la tipificación penal del discurso difamatorio contra colectivos vulnerables», en Del Carpio Delgado/Holgado González, *Entre la libertad de expresión y el delito*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pp. 69-73; GORDON BENITO, I., *Delitos de odio y ciberodio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

(52) LANDA GOROSTIZA, J. M., *El delito de incitación al odio... cit.*, pp. 68 y 69.

(53) LANDA concreta el objeto de protección de estas injurias en la seguridad existencial de los grupos, cuya puesta en peligro se produce precisamente por el

estos actos difamatorios entre los delitos de odio es la instrumentalización de la difamación para conseguir el resultado discriminatorio de los grupos ofendidos(54).

Muy discutible es la tipificación de las conductas del artículo 510. 2, b) CP, que se refiere «a quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o de difusión los delitos que hubieran sido cometidos contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada...». Aquí se equiparan punitivamente el ensalzamiento o la justificación de cualquier delito y los supuestos del artículo 510.1, c) CP, cuando «de ese modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mencionados grupos». Se está adelantado la intervención penal a supuestos que, aunque sean ofensivos, carecen de la gravedad suficiente para sancionarlos penalmente(55), entre otras razones, porque la creación de un «clima» no representa una peligrosidad concreta de que se promuevan actos de violencia o discriminación, volviendo a adelantarse la intervención penal a ámbitos que, aunque sean rechazables, entran dentro del ámbito de lo que debe ser tolerado.

El resultado de una tipificación tan amplia del discurso del odio en el artículo 510 CP, es, según la doctrina, la excesiva restricción a la que somete el citado precepto a la libertad de expresión(56) y, por eso, la necesidad de limitación de estos tipos penales subyace a las propuestas de reforma, finalidad que es conforme con una política criminal europea centrada en garantizar la mayor extensión posible a la libertad de expresión. En sentido opuesto, sin embargo, se encuentran algunas resoluciones del Tribunal Constitucional, por ejemplo, las sentencias 235/2007 y 112/2016, que extienden todavía más la posibilidad de perseguir penalmente el discurso del odio con el único límite

estado de anonadamiento y degradación en el que desemboca el tratamiento humillante recibido. *El delito de incitación al odio...*, cit., p. 69. Según DE PABLO SERRANO, A. L., este delito constituye una incitación al odio y pone las bases sociales para que los colectivos ofendidos sufran en el futuro discriminación, violencia, odio u hostilidad, *op. cit.*, p. 79.

(54) De forma alternativa, se tipifican las llamadas «cadenas de propaganda injuriosa» en el mismo 510.2, a), cuya legitimidad es criticada por la doctrina; *vid.* DE PABLO SERRANO, A. L., *op. cit.*, p. 98.

(55) *Vid.* la crítica que hace a este supuesto PORTILLA CONTRERAS, G., *El retorno de la censura...*, cit., pp. 102 y 103.

(56) Por ejemplo, ALCÁCER GUIRAO, R., «Discurso de odio, derecho penal y libertad de expresión», *Cuestiones de Pluralismo*, Vol. 1, núm. 2 (segundo semestre de 2021), https://www.observatorioreligion.es/revista/articulo/discurso_de_odio_derecho_penal_y_libertad_de_expresion/index.html; del mismo autor, «Opiniones constitucionales», *InDret. Revista para el análisis del derecho*, enero 2018, www.indret.com

«que no se entienda incluida en ellas la mera adhesión ideológica a posiciones políticas de cualquier tipo, que resultaría plenamente amparada por el artículo 16 CE y, en conexión, por el artículo 20 CE»(57). A esta jurisprudencia se remiten críticamente algunos autores como Alcácer Guirao, cuando señala que el Tribunal Constitucional opta por «una exclusión categorial del discurso intolerante de los contornos protegidos por el derecho fundamental, obviando con ello la necesidad de analizar si la restricción del discurso público es o no proporcionada»(58).

En mi opinión, además de la perspectiva de la libertad de expresión, habría que preguntarse por qué las conductas tipificadas en el artículo 510 revisten una peculiar gravedad, lo cual implica la tarea de identificar el bien o bienes jurídicos protegidos y determinar quiénes son sus titulares.

A estos efectos, no podemos perder de vista que, desde un punto de vista sistemático, el artículo 510 CP se enmarca en la protección penal del ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas.

Se trata de un bien jurídico sustantivo tal y como expone la STC 91/2019, de 3 de julio, que sobrepasa el principio formal de igualdad ante la ley(59) y que hunde sus raíces en la dignidad de la persona(60),

(57) Aunque estas sentencias se refieren a otros delitos: enaltecimiento del genocidio y terrorismo, la relación de estos supuestos con el discurso del odio, permite, como dice la STC 112/2016, de 20 de junio (FJ5) verlos como «supuestos en que quedaba acreditado que la condena penal se derivaba de conductas que eran concreta manifestación del discurso del odio por justificar el recurso a la violencia para la consecución de objetivos políticos», de forma que la sanción 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 propiciar 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».

(58) ALCÁCER GUIRAO, R., *La libertad del odio. Discurso intolerante y protección penal de minorías*, Marcial Pons, 2020, p. 166.

(59) Vid. CÉRDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, C. M., «Los principios constitucionales de igualdad de trato y de prohibición de la discriminación: un intento de delimitación», *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 50/51, 2005, ps. 193-218, p. 214; TAPIA BALLESTEROS, P., «El discurso del odio del artículo 510.1, a) del Código penal español: la ideología como un caballo de Troya entre las circunstancias sospechosas de discriminación», en Del Carpio Delgado J./Holgado González, M. *Entre la libertad de expresión y el delito*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pp. 25-66.

(60) Ese carácter originario de la dignidad humana y, por ello, fundante de los derechos humanos, es expresado por SPAEMANN, R., «Sobre el concepto de dignidad humana», *Persona y Derecho*, núm. 19, 1988, pp. 13-33; HABERMAS, J., «La idea de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos», *Un panorama de filosofía jurídica y política (50 años de Anales de la Cátedra Francisco Suárez)*, *Temas y problemas*, Vol. 44 (2010), pp. 105-121. Sobre el principio constitucional de

por lo cual tiene en su fundamento una delimitación personalista, pudiendo entenderse la discriminación como la negación del reconocimiento de los derechos de una persona por su pertenencia a alguno de los grupos o colectividades mencionados en la ley(61). A partir de este fundamento personalista debe reconocerse, entre otras consecuencias, que todos los componentes de cada grupo mencionado puedan ser sujetos pasivos de los delitos contra este derecho, puesto que es precisamente su pertenencia o adscripción al mismo la causa del trato discriminatorio. De ahí que las acciones de discriminación tengan como objeto a todos, a parte o algunos de los miembros de ese colectivo. La prohibición de no discriminación cumple además la función de garantía de la diversidad y del respeto a las diferencias, por lo cual constituye «un reconocimiento normativo del principio de dignidad personal» (62).

A pesar de lo expuesto, no se pueden identificar todos los actos discriminatorios como delitos de odio. Estos exigen un plus de gravedad frente al resto de las conductas discriminatorias(63), en la medida en que además de la negación de derechos individuales se vean afectados otros bienes jurídicos como la existencia del grupo o de sus miembros, la identidad o desarrollo de ese grupo, aspectos que son los que deben ser recogidos en la tipificación de los delitos de odio del artículo 510 CP. A esto se refiere la ya citada *Circular 7/2019*, de la Fiscalía General del Estado, la cual deduce que «a la hora de abordar cualquier asunto de esta naturaleza, los/las Sres./Sras. Fiscales habrán de valorar si la conducta del sujeto activo supone no sólo un trato desigual o discriminatorio, es decir, una diferencia de trato que no responde a una justificación objetiva, razonable, necesaria y proporcionada, pues no toda discriminación reúne las características específicas que la cualifican como expresiva de un delito de odio».

dignidad de la persona, *vid.* PORRAS RAMÍREZ, J. M., «Eficacia jurídica del principio constitucional de dignidad de la persona», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXXIV, 2018, pp. 201-223.

(61) Definiendo la discriminación como el trato desigual no justificado que afecta a los derechos de los demás, *vid.* BERNAL DEL CASTILLO, J., *La discriminación en el derecho penal*, Ed. Comares, Granada, 1998, ps. 17-30. Sobre la formulación del derecho a la no discriminación en los instrumentos internacionales, *vid.* BETRIÁN CERDÁ, P., *El principio de igualdad y no discriminación por razón de religión. Perspectiva global de su regulación jurídica*, Cuadernos Democracia y derechos humanos, Universidad de Alcalá, 2017; SOUTO GALVÁN, B., «La protección penal contra ofensas de los sentimientos religiosos: ¿discurso de odio o salvaguardia de la supremacía confesional?», *Laicidad y libertades*, núm. 17, pp. 267-294.

(62) LAURENZO COPELLO P., «La discriminación por razón de sexo en la legislación penal», *Jueces para la democracia*, núm. 34, 1999, p. 20.

(63) Sobre las conductas de discriminación véase la Ley 15/2022, de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación.

El discurso de odio como acto discriminatorio punible debería ser objeto de sanción penal únicamente en los supuestos más graves, es decir, cuando ese discurso sea público y tendencial para causar violencia, hostilidad o para causar discriminación a cada uno, a algunos o a todos los miembros del grupo ofendido. Se trata en definitiva de restringir el concepto de delito de odio para alejar el riesgo de sancionar penalmente cualquier forma ofensiva de discurso y en este sentido hablarse de una extensión no justificada del odio punible en nuestro Código Penal(64).

2.2 Delitos de odio por motivos religiosos. Discriminación y dignidad humana

La relación entre el discurso del odio y la prohibición de la discriminación es un dato determinante(65) que constituye un punto de partida sólido para legitimar la intervención estatal en el supuesto concreto del discurso del odio religioso que incita a la discriminación o la violencia(66), intervención que debería ubicarse principalmente

(64) Pone de relieve esa falta de justificación MIRÓ LLINARES, F., cuando expresa que la mayor parte de los actos del 510 CP deberían reconducirse a las ofensas contra el honor y al ámbito civil, en *Cometer el delito en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*, Marcial Pons, Madrid, 2017, p. 60. Por su parte, ROLLNERT defiende la limitación del odio punible a los supuestos de incitación, ROLLNERT LIERN, G., «El discurso del odio: una lectura crítica de la regulación internacional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 115, 2019, pp. 81-109.

(65) Vid. *Resolución 1510 (2006) de la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa*, en su número 17: «La Asamblea encarece a los distintos miembros del Consejo de Europa a trabajar activamente en la prevención del discurso del odio dirigido a las diferentes religiones y grupos étnicos». Vid. también la *Decisión Marco (DM) 2008/913/JAI*, de 28 de noviembre, del Consejo de la Unión Europea, que en su artículo 1 se refería 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». En España, la Circular 7/2019 de 14 de mayo, de la Fiscalía General del Estado señala que «no toda agresión es delito de odio, aunque denote un cierto desprecio hacia la víctima. La conducta ha de estar orientada hacia la discriminación como expresión de la intolerancia excluyente frente a un determinado grupo o sus integrantes. Lo que se sanciona es el odio que denota una cosificación de otro ser humano, un desprecio hacia su dignidad, por el mero hecho de ser diferente».

(66) GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *op. cit.*, p. 82: «...las Naciones Unidas han alertado en repetidas ocasiones de la inquietud que les producen los actos que, difundidos en diferentes partes del mundo, suponen una apología del odio religioso o constituyen una incitación a la hostilidad o a la violencia, especialmente por motivos de filiación religiosa». Puede verse también en dicho trabajo una amplia referencia a la abundante bibliografía sobre el tema del discurso del odio y la libertad religiosa,

en los ámbitos sancionatorios civil y administrativo(67), pero que, como hemos visto, permite también justificar la sanción penal para este tipo de conductas por la gravedad de estas, respetando el carácter de última *ratio* del Derecho penal y el principio de proporcionalidad(68). En concreto, nuestro ordenamiento no ha dudado en incluir el discurso religioso en el artículo 510 CP, precepto en el cual no se establece diferencia entre la incitación al odio por razones religiosas y la incitación al odio por razón de la raza, sexo, orientación o identidad sexual, etc.(69) De hecho, en no pocas ocasiones, la discriminación religiosa viene unida a la discriminación racial, étnica o ideológica y sociológicamente representa una de las formas más comunes de discriminación(70).

en p. 90, nota 37. PALOMINO LOZANO, R., «Libertad de expresión y libertad religiosa: elementos para el análisis de un conflicto», en Martínez-Torrón/Cañamares Arribas *Tensiones entre libertad de expresión y libertad religiosa*, Tirant lo Blanch, 2014, p. 67.

(67) *Vid. Recomendación General* núm. 15 (ECRI), *cit.*, recomendación núm. 8.

(68) *Vid. Recomendación General* núm. 15 (ECRI), *cit.*, recomendación núm. 10: «Su imposición se deja para casos limitados por el riesgo potencial que plantea de vulnerar la libertad de expresión... Sin embargo, en estos casos no se debe acudir a las sanciones penales si se puede tratar eficazmente el uso del discurso del odio con medidas menos restrictivas». *Vid.* también el así llamado Plan de Acción de Rabat, de 2017 recogido en el «Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the expert workshops on the prohibition of incitement to national, racial or religious hatred» https://www.ohchr.org/sites/default/files/Rabat_draft_outcome.pdf, el cual en el núm. 12 de su anexo, explicaba que respecto a las sanciones establecidas por los Estados para estos supuestos, «es esencial distinguir cuidadosamente entre a) formas de expresión que deberían constituir un delito; b) formas de expresión que no son punibles criminalmente, pero pueden justificar una medida civil; y c) formas de expresión que no dan lugar a sanciones penales o civiles, pero que son rechazables en términos de tolerancia, civilización y respeto hacia las convicciones de otros».

(69) De esta opinión son, entre otros, ELÓSEGUI ITXASO, M., «Las Recomendaciones de la ECRJ sobre el discurso del odio y la adecuación del ordenamiento jurídico español a las mismas», *Revista general de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, núm. 44, 2017 y MARTÍNEZ-TORRÓN, J., «La tragedia de Charlie Hebdo: algunas claves para un análisis jurídico» *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 50, febrero 2015, p. 32.

También se pronuncia de esta manera el Tribunal Constitucional español, en su sentencia 136/1999 de 20 de julio, que menciona entre las manifestaciones «más toscas» del discurso del odio, las que se proyectan contra las condiciones religiosas de las personas.

(70) Esta conexión entre las diversas razones de los actos discriminatorios es puesta de manifiesto por la DM 2008/913, *cit.*, en su artículo 1. 3: «A los efectos de lo dispuesto en el apartado 1, la referencia a la religión tiene por objeto abarcar, al menos, las conductas que sean un pretexto para dirigir actos contra un grupo de per-

Aunque en este artículo 510 CP se contemplen las razones o motivos religiosos como una de las causas de las conductas delictivas, la ubicación sistemática de este precepto y su descripción típica revelan que no es propiamente la libertad religiosa uno de los bienes jurídicos protegidos en este delito, sino que se trata, como ya hemos mencionado, del derecho a la no discriminación derivado del respeto a la dignidad de las personas atacadas(71) y que se debe entender como el reconocimiento debido a cada persona por el hecho de serlo, con independencia de sus creencias concretas, de forma que pueda fundamentar el mandato jurídico de no discriminación(72). De aquí se deduce la interpretación del bien jurídico protegido como derecho al reconocimiento de la identidad religiosa, así como la atribución de la condición de sujeto pasivo tanto a los grupos o colectivos religiosos, como a las personas individuales en cuanto miembros o adscritos a los mismos. En este sentido, la nueva redacción del artículo 510 CP, procedente de la reforma 1/2015 se refiere a «un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a él».

La noción de grupo religioso no equivale al concepto de minoría religiosa puesto que lo que identifica al grupo no es el número de sus miembros sino la concreta adscripción a unas ideas o doctrinas y, por ello, aunque sean las minorías religiosas los grupos susceptibles de verse discriminados, no es correcto limitar a las mismas la protección penal que brinda el artículo 510 CP. En concreto, pienso que la posible ofensa puede extenderse también a los miembros de, por ejemplo, la confesión religiosa mayoritaria en una sociedad, siempre y cuando se cumpla la condición de que sea el hecho de la adscripción religiosa el que motiva la incitación al odio(73).

sonas o un miembro de tal grupo definido en relación con la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico». *Vid.* también LANDA GOROSTIZA, J. M., «Igualdad de trato, no discriminación y delitos de odio» en Shersheva, Julia (2023), *Zabaldu#1. Dimensiones desde la desigualdad*. Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, pp. 31-50, <http://www/ikuspegi.eus/documentos/zabaldu/zabaldulcas.pdf>.

(71) Sobre las relaciones entre el derecho a no ser discriminado y la libertad religiosa, *vid.* BERNAL DEL CASTILLO, J., *op. cit.*, ps.141-144, donde se especifica que la protección penal a la libertad religiosa implica una protección indirecta al derecho a no ser discriminado.

(72) *Vid.* PORRAS RAMÍREZ, J. M. *op. cit.*, p. 223.

(73) Esta opinión no es compartida por otros autores, que utilizan el calificativo de «hegemónicos» para excluir a los grupos religiosos mayoritarios del ámbito de protección del artículo 510 CP, reconduciendo las ofensas contra éstos a los delitos contra los sentimientos religiosos o a la atipicidad; en este sentido, ALCÁCER GUIRAO, R., «Protección de sentimientos religiosos y discurso del odio», *Azafea, Rev. Filos.* 23, 2021, pp. 107-134. También en contra LAURENZO COPELLO, P., «Sentimientos

Cuestión distinta es la de limitar el ámbito de protección del artículo 510 CP a las personas y grupos «vulnerables». Desde un punto de vista literal el precepto no exige tal condición(74); pero, desde la perspectiva de la aplicación restrictiva del tipo, no son pocos los argumentos que exigen tal condición de vulnerabilidad de los sujetos pasivos. Así, por ejemplo, se entiende que la génesis de la interdicción de la discriminación está vinculada a grupos que arrastran histórica o estructuralmente una situación de marginación y desigualdad y que socialmente han sido o son susceptibles de sufrir la incitación de ser violentados o expuestos al odio o a la discriminación(75). El problema radica, en mi opinión, en la determinación de criterios lo más objetivos posibles para atribuir esa consideración a un grupo, sin caer en posturas ideológicas que atribuyan a unos esa condición y la nieguen a otros(76).

En definitiva, se trata de hacer una interpretación restrictiva del delito del artículo 510 CP desde la perspectiva de su peligrosidad para el bien jurídico que, no lo olvidemos, no se concreta en la mera igualdad formal, sino en el derecho a no ser discriminado y, para ello, puede acudir al criterio de la efectiva vulnerabilidad del grupo en el momento del acto incitador, entendiendo por tal condición la posibilidad objetiva de sufrir en sus miembros la violencia, intimidación u discriminación efectiva. Lo que me parece excesivo es exigir unas condiciones de vulnerabilidad extremas, que restrinjan tanto el tipo que hagan inoperante su aplicación. En este difícil equilibrio, lo que se trata es de garantizar no sólo la seguridad física del grupo o su supervivencia frente a ataques dolosos incitadores(77), sino el ejerci-

religiosos y delitos de odio: un nuevo escenario para unos delitos olvidados», VVAA *Liber Amicorum. Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. Dr. H.c. Juan M.ª Terradillos Basoco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 1300.

(74) La ya citada Circular 7/2019, en su apartado 2.4 señala que «la vulnerabilidad no es un elemento del tipo que requiera ser acreditado, sino que el legislador, haciendo ese juicio de valor previo, al incluirlo en el tipo penal, ha partido de esa vulnerabilidad intrínseca o situación de vulnerabilidad en el entorno social. Tampoco lo es el valor ético que pueda tener el sujeto pasivo...»

(75) *Vid.*, entre otros argumentos, los expuestos por CORRECHER MIRA, J., «La banalización del discurso del odio: una expansión de los colectivos ¿vulnerables?», *InDret*, 2, 2021, pp. 87-149.

(76) De una forma minuciosa analizan las cuestiones relativas a la vulnerabilidad de los grupos y personas CUEVA FERNÁNDEZ, R., «El ‘discurso del odio’ y su prohibición», *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 35 (2012), pp. 437-455; DAUNÍS RODRÍGUEZ, A., «La confusión de los delitos de odio», en Del Carpio Delgado/Holgado González, *Entre la libertad de expresión y el delito*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pp. 223-249.

(77) En un sentido más amplio que el relativo a la mera supervivencia de los grupos, LANDA GOROSTIZA lanza su interesante propuesta de bien jurídico identi-

cio de los derechos y la posibilidad de participación en la plenitud de la vida social. Esta objetivación del bien jurídico: disfrute de los derechos y participación en la vida social, es necesaria para distinguir este delito de los tipos que protegen los sentimientos religiosos. En el artículo 510 CP no se protegen los «sentimientos» de los miembros de un grupo religioso, sino las posibilidades legítimas de su participación social, lo que implicará una aplicación restrictiva del tipo penal.

3. LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y ACTIVIDADES RELIGIOSAS

El segundo supuesto de conflicto que aquí analizamos comprende determinados supuestos contra las manifestaciones externas, individuales o colectivas, de la libertad religiosa, actos que son realizados mediante gestos o palabras que implican un discurso o un acto comunicativo de ideas u opiniones críticas o negativas contra el desarrollo de actos religiosos; por ejemplo, interrumpir o impedir una ceremonia o manifestación religiosa con el fin de comunicar una determinada opinión o posición ideológica o política.

Son casos diferentes del discurso del odio y, de hecho, no tienen por qué implicar una actitud de incitación o promoción al mismo. Tampoco son actos contra los sentimientos religiosos de los asistentes individuales(78); lo que se lesiona es la libertad de desarrollar sin coacción una actividad religiosa, contenido esencial de este derecho y manifestación externa del mismo, de manera que no pueda ser justifi-

cándolo como la «seguridad existencial de colectivos o minorías especialmente vulnerables, refiriéndose no sólo al posible daño físico procedente de la incitación sino al peligro de que se vean reducidas a escala grupal «esferas de libertad de otros derechos fundamentales», *Los delitos de odio, cit.*, pp. 258 y 259.

(78) *Tagiyev y Huseinov c. Azerbaijan*, 5 de diciembre 2019, núm. 36: «El párrafo 2 del Artículo 10 reconoce, sin embargo, que el ejercicio de la libertad de expresión implica deberes y responsabilidades. Entre ellas y en el contexto de las creencias religiosas, se encuentra el requisito general de asegurar el disfrute pacífico de los derechos garantizados en el Artículo 9 para los que sostienen dichas creencias, incluyendo el deber de evitar, en la medida de lo posible, aquella expresión que, referida a los objetos de veneración religiosa, sea gratuitamente ofensiva para otros y profana (véase *Giniewski c. Francia*, núm. 64016/00, de 31 de enero de 2006§ 43; *Sekmadienis Ltd. c. Lithuania*, núm. 69317/14, § 74, 30 de enero de 2018). Allí donde tales expresiones vayan más allá de los límites de una crítica negativa a las creencias religiosas de otros y sean idóneas para incitar a la intolerancia religiosa, por ejemplo, en el supuesto de un abusivo e impropio ataque a un objeto de veneración religiosa, un Estado puede legítimamente considerarlas como incompatibles con respecto a la libertad de pensamiento, conciencia y religión y adoptar medidas restrictivas proporcionadas».

cado ese acto comunicativo ni por su fin: lesión del ejercicio de un derecho fundamental, ni por sus circunstancias: utilización de medios ilegítimos para manifestar una opinión.

La utilización del Derecho Penal para proteger las manifestaciones colectivas del ejercicio de la libertad religiosa constituye una tradición en España, que deberá atender para la configuración de los ilícitos a su gravedad y al grado de extralimitación en el ejercicio de la libertad de expresión(79). Entendemos que esta protección se encuentra regulada en el actual artículo 523 del Código penal español(80) y no en el artículo 524, referido a la profanación de objetos religiosos, el cual se ha interpretado como un delito contra los sentimientos religiosos, más que contra el ejercicio de la libertad religiosa.

Sin detenernos en un análisis pormenorizado del delito del artículo 523 CP(81), cabe realizar las siguientes observaciones:

La conducta debe consistir en algo más que la mera expresión de opiniones o críticas hacia los actos religiosos, de lo contrario estaríamos restringiendo indebidamente el ejercicio de la libertad de expresión(82). Por ello, la comunicación del mensaje debe ir acompañada de medios eficaces para causar la interrupción, perturbación o el impedir los actos, funciones, ceremonias o manifestaciones religio-

(79) Véase la Recomendación General (ECRI) 1805, 2007, núm. 13: «El reto al que deben hacer frente las autoridades es cómo mantener un equilibrio justo entre los intereses de los individuos miembros de una comunidad religiosa de asegurar el respeto hacia su derecho a manifestar su religión o su derecho a la educación, y el general interés o los derechos o intereses de otros».

(80) Artículo 523: «El que, con violencia, amenaza, tumulto o vías de hecho, impidiere, interrumpiere o perturbare los actos, funciones, ceremonias o manifestaciones de las confesiones religiosas inscritas en el correspondiente registro público del Ministerio de Justicia e Interior, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años, si el hecho se ha cometido en lugar destinado al culto, y con la multa de cuatro a diez meses si se realiza en cualquier otro lugar».

(81) Puede verse un desarrollo de este delito en CÁMARA ARROYO, S., «Consideraciones críticas sobre la tutela penal de la libertad religiosa y la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos», *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, vol. LXIX, 2016, pp. 123-210.

(82) STS 2.ªS 835/2017, de 19 de diciembre: «en el caso del ejercicio de la libertad de culto, cuando el ejercicio de ambos era compatible...No era preciso sacrificar uno de ellos para la subsistencia del otro: no era preciso resolver la colisión mediante el establecimiento de una relación de supremacía. La ley penal solamente castiga los actos descritos en el artículo 523 cuando se cometen en relación con los actos, funciones, ceremonias o manifestación de las confesiones religiosas, pero no, como es lógico, cuando se limiten a expresar opiniones o posiciones políticas, religiosas o de otro tipo, contrarias a las que se desprenden en la práctica de aquellas actividades religiosas».

sas(83). Estos medios son, en concreto, la violencia, amenaza, tumulto o vías de hecho para causar uno de dichos resultados(84). La definición de alguna de esas conductas es a veces problemática como el supuesto de la utilización de vías de hecho(85), criticada en cuanto convierte este delito en un tipo de medios indeterminados. Se añade, además, la exigencia de un dolo específico consistente en el conocimiento y voluntad de interrumpir o parar la ceremonia(86), pero sin que sea exigible un ulterior elemento subjetivo, como sí existe en los delitos contra los sentimientos religiosos de los artículos siguientes.

Este tipo de conflictos, de escasa trascendencia práctica, ha sido objeto de análisis por una reducida jurisprudencia del Tribunal Supremo. Mencionamos las Sentencias 835/2017, de 19 de diciembre y 620/2018, de 4 de diciembre. El supuesto de hecho es idéntico en ambos casos: la interrupción de una ceremonia litúrgica en una iglesia por un grupo de personas que gritaban su opinión contraria a la postura de la Iglesia católica en contra del aborto. Por su parte, el Tribunal Constitucional español se ha planteado la constitucionalidad del recurso a la sanción penal, aplicando el artículo 523, cuando el proceso de comunicación de una idea política causa una interrupción no justificable de una reunión religiosa (STC 192/2020, de 17 de

(83) Perturbar, interrumpir e impedir constituyen el resultado de la acción, aunque algún autor entiende que «perturbar» configura un delito de mera actividad y no de resultado; por ejemplo, TAMARIT SUMALLA, J. M., «Artículo 523», en G. Quintero Olivares (director)/ F. Morales Prats (coordinador) *Comentarios al Código penal*, t. II, Thomson Reuters Aranzadi, 2016, p. 1707.

(84) *Vid.* SAP Cuenca, sec.1.ª, 56/2021, de 13 de abril: «Lo que podría ser una desmesurada extensión de la conducta típica, según la literalidad del texto, se corrige por dos vías. De un lado, la propia ley exige que se actúe con violencia, amenaza, tumulto o vías de hecho, de manera que el impedimento, la interrupción o la perturbación ocasionada de cualquier otra forma no sería delictiva. Y, de otro lado, la doctrina ha exigido con buen criterio que cualquiera de esos resultados presente cierta relevancia, que debe establecerse teniendo en cuenta las características del caso, especialmente, el tiempo de duración, la forma en la que se ha causado y la forma en la que cesó. Ello permite excluir del tipo los supuestos en que por breves instantes se causa una pequeña interrupción o una perturbación, que cesa inmediatamente y que pueda considerarse menor. Incluso algunas conductas que, formalmente, pudieran calificarse como impeditivas, por momentos muy breves, del acto religioso, si cesan inmediatamente, podrían entenderse no delictivas». *Vid.* igualmente SAP IB, sec. 2.ª, 1826/2016, de 13 de octubre.

(85) Expone MORILLAS CUEVA, L., que las vías de hecho se han definido «como actos atentatorios cuya irregularidad sea tan grave y evidente que no puedan ser atribuidos, ni siquiera en virtud de un vínculo dudoso, a la acción constitucional de los organismos estatales», en Morillas Cueva, L. (dirección), *Sistema de Derecho penal*, 2.ª ed. 2016, p. 1310.

(86) *Vid.* SAP Valladolid, sec. 2.ª, 350/2021, de 17 de junio.

diciembre)(87). Los argumentos de la postura mayoritaria del Tribunal son precisamente los aquí manifestados, negando el amparo solicitado por haberse producido una extralimitación en el ejercicio de la libertad de expresión, y no sólo porque se hubiera realizado el tipo del artículo 523 CP. El TC no sitúa en el tipo penal el límite a la libertad de expresión, sino que se sitúa en una perspectiva anterior: la legitimidad del ejercicio a la libertad de expresión vista desde sí misma, desde su propio contenido, que no puede comprender la eliminación del otro derecho en conflicto, resultando, por ello, innecesaria la lesión de la libertad religiosa.

En mi opinión, el TC cumple con las condiciones señaladas por la jurisprudencia –también la del TEDH– ponderando los derechos en conflicto e introduciendo la llamada «perspectiva constitucional» en dicha ponderación. No me parece que esta decisión del Tribunal Constitucional prescinda o ignore la perspectiva del denominado efecto desaliento(88), pues según el Tribunal no se ha respetado el contenido esencial de la libertad de expresión, es decir no hay ejercicio de un derecho fundamental en ese tipo de conductas con esas características y, sobre todo, se ha anulado el contenido de otro derecho fundamental: la libertad religiosa. Se podría hablar así de un ejercicio aparente de la libertad de expresión y, como consecuencia, de una lesión no justificable de la libertad religiosa.

No es ésta la opinión de los votos particulares emitidos en esta sentencia(89) que acuden, entre otros argumentos, a la STEDH *Mariya Alehkina y otras c. Rusia* que establece para un supuesto similar(90) la proscripción de la sanción penal cuando los hechos no implican una incitación o justifican el odio o la violencia contra los creyentes, señalando en concreto que «en principio, las formas de expresión pacíficas y no violentas no deben estar sujetas a la

(87) *Vid.* STC 192/2020, de 17 de diciembre, FJ 3, b). *Vid.* también y especialmente, la STC 104/2011, de 20 de junio

(88) En contra se pronuncia CUERDA ARNAU, M. L., «La doctrina del efecto desaliento en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español. Origen, desarrollo y decadencia», *InDret*, 2.2022, pp. 88-131, p. 117.

(89) Es de señalar la formulación de dos votos particulares, que contradicen la postura mayoritaria. Creo que ambos votos se fundan en una concepción expansiva en demasía de la legitimidad del ejercicio de la libertad de expresión, perspectiva que se adopta en detrimento de otros derechos fundamentales, como la libertad religiosa. Trataremos estas cuestiones de forma más desarrollada en el siguiente apartado.

(90) En realidad, no se trata de supuestos idénticos, pues en el caso ruso no se interrumpe ninguna ceremonia religiosa, lo que sí sucede en el caso español; lo que tienen en común es que en ambos casos los actos de opinión reivindicativos se producen en un espacio sagrado, en un templo.

amenaza de imposición de una sanción privativa de libertad» y que «la interferencia con la libertad de expresión en la forma de sanciones criminales puede tener un efecto desaliento en el ejercicio de dicha libertad, lo cual es un elemento para ser tomado en consideración cuando se examina la proporcionalidad de la interferencia en cuestión»(91).

Como ya he señalado previamente, comparto la postura mayoritaria del Tribunal Constitucional en la sentencia citada, pero creo que debe ser atendida la opinión minoritaria en su valoración negativa de la pena prevista en el tipo penal del artículo 523. Aunque el hecho de la intervención penal en la protección de este bien jurídico mediante la tipificación del artículo 523 sea aceptable, no lo es la pena privativa de libertad prevista en el tipo (prisión de seis meses a seis años si el hecho se hubiera cometido en lugar destinado al culto). Es una pena desproporcionada a la gravedad de la acción y a los resultados que se derivan ordinariamente de dicha conducta y, por ello, creo que deberían ser paliadas esas consecuencias, por ejemplo, mediante la apreciación de una eximente incompleta(92); o bien, en una reforma futura de este precepto, sustituyendo la pena privativa de libertad por una pena de multa(93) en una cuantía que recogiera todo el desvalor de acción de estas conductas.

4. SENTIMIENTOS RELIGIOSOS Y EXPRESIONES OFENSIVAS

Finalmente, como tercer supuesto de conflictos, nos encontramos ante discursos y expresiones, orales o escritas, difundidas públicamente, que afectan a los sentimientos religiosos de terceras personas, bien porque se dirigen contra las creencias ajenas, bien en cuanto utilizan formas o modos de expresión de por sí ofensivos.

(91) *Vid. Mariya Alehkina y otras c. Rusia, cit.*, núm. 227.

(92) En el análisis que hace de esta sentencia, CARDENAL MONTRAVETA, S., llega también a la opinión de la desproporcionalidad de la pena impuesta (6 meses de prisión), señalando que podría haber sido apreciada una eximente incompleta, que hubiera permitido afirmar la antijuridicidad de los hechos, a la par que contemplar las circunstancias y escasa gravedad de estos; «Expresiones, prohibiciones y penas», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2022, núm. 24-13, p. 21.

(93) Las críticas a las distorsiones penológicas perceptibles en este delito pueden verse en CÁMARA ARROYO, *op. cit.*, p. 179 ss.; VALMAÑA OCHAÍTA, S., «Los delitos contra la libertad de conciencia y los sentimientos religiosos», en VV. AA.: *Estudios en Homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo II, Edisofer, Madrid, 2008.

4.1 Insultos y sentimientos religiosos

Aproximadamente en la mitad de los Estados europeos se protegen penalmente los sentimientos religiosos(94), aunque el Convenio Europeo de Derechos Humanos no protege explícitamente estos sentimientos. No obstante, algunos autores exponen que puede deducirse a partir de una interpretación sistemática y conjunta de los artículos 9 y 10.2 del Convenio que tales sentimientos forman parte de la protección de la libertad religiosa, lo cual sería conforme con la jurisprudencia del TEDH(95).

A pesar del efectivo reconocimiento de la protección de los sentimientos religiosos(96) en diversos países, los vientos en Europa soplan hoy día en contra de constituir dichos sentimientos en límites al ejercicio de la libertad de expresión(97) y, como consecuencia, se ha recomendado la despenalización de los delitos contra los mismos. Los fundamentos en que se apoya esta orientación político criminal son diversos; parten de una interpretación extensiva de la libertad de expresión, justificada por su papel constitucional relevante(98); se alimentan del temor a que dichos delitos se conviertan en un instrumento de discriminación sobre las minorías religiosas dentro de un Estado y que se castiguen con penas inhumanas(99); y también se argumenta, desde posiciones más extremas, con la incompatibilidad con el princi-

(94) Por ejemplo, a través del párrafo 166 Código Penal alemán, o del artículo 188 del Código Penal austríaco o del artículo 196 del Código penal polaco.

(95) Esta opinión la expone ROSZKIEWICZ, J., «The right to the protection of religious feelings versus freedom of expression in the light of the Constitution of the Republic of Poland and the European Convention on Human Rights», *Kultura prawna. Godność jako źródło praw i wolności*. Núm. 2 (2/2018), p. 64. Este autor señala, citándola, que la Jurisprudencia consolidada del TEDH, desde los años 90, incluye los sentimientos religiosos dentro del límite de la «protección de derechos de terceros» recogido en el artículo 10.2 del Convenio.

(96) ROSZKIEWICZ, J., *op. cit.*, p. 65; EVANS, C., *Freedom of Religion under the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2001, pp. 69-71.

(97) Sobre la postura ambigua del TEDH en estas cuestiones, *vid.* MARTÍNEZ-TORRÓN, J., «Libertad de expresión y lenguaje ofensivo: algunos criterios prácticos de análisis jurídico», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 60, 2016, p. 30.

(98) En este sentido se manifiesta ALCÁ CER GUIRAO, para el cual todo discurso antirreligioso es discurso político y, por lo tanto, sometido a las exigencias derivadas de la crítica a lo público, «Cocinar cristos y quemar coranes», en Miró Llinares, F. *Cometer delitos en 140 caracteres*, *cit.*, p. 82.

(99) *Vid.* respuesta escrita de la Comisión Europea a la pregunta formulada en el Parlamento Europeo E-000485/2016(ASW), consultada el 7. X.2022, en www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-8-2016-000485-ASW_ES.html

pio de laicidad del Estado(100). Como ejemplo, podemos citar la Recomendación 1805 (2007) sobre la «Blasfemia, insultos religiosos y discurso del odio por razones religiosas», de la Asamblea legislativa del Consejo de Europa en la cual se señalaba que «las leyes nacionales sólo deberían penalizar expresiones sobre asuntos religiosos que intencionada y gravemente perturben el orden público e inciten a la violencia pública»(101).

Creo que esta tendencia despenalizadora que en nuestro país recae sobre los arts. 524 y 525 CP, es matizable, encontrándose argumentos contrarios a la despenalización de los delitos contra los sentimientos religiosos. Por una parte, al menos en España, el fenómeno religioso no es un factor discriminante, sino más bien una manifestación social y cultural de diversidad y de identidad y ello está en la base del respeto hacia las mayorías y minorías religiosas. Por otra parte, la protección de los sentimientos religiosos no es incompatible con las exigencias derivadas del principio de aconfesionalidad del Estado (art. 16.3 CE), siempre y cuando se entiendan como parte del contenido del derecho fundamental a la libertad religiosa. Finalmente, la protección penal de los sentimientos religiosos no es incompatible *ab initio* con una comprensión de la libertad de expresión que, consciente de sus límites, ponga de manifiesto su carácter expansivo y su función institucional. Todos estos argumentos permiten entender la tipificación histórica de los delitos contra los sentimientos religiosos y plantear la conveniencia de reconocerlos como objeto de protección en el Código penal.

Con relación a los sentimientos religiosos, la libertad de expresión, lo mismo que la libertad ideológica, comprende el derecho a criticar o discrepar en materia religiosa y, por lo tanto, no tiene sentido tipificar como delitos las opiniones o ideas negativas sobre las creencias ajenas, debiendo tolerarse esas ideas, aunque molesten, choquen

(100) Así se manifiesta, entre otros, ROCA DE AGAPITO, L., «El delito de profanación como ejemplo de un Derecho Penal sentimental», *Derecho y religión*, vol. XII, 2017, p. 188. En este sentido *vid.* también Asociación Parlamentaria del Consejo de Europa (APCE), Resolution 2031 (2015), párr. 11.

(101) Debate de la Asamblea de 29 de junio de 2007. Véase también resolución de la Asamblea del Consejo de Europa 1510 (2006), de 28 de junio, sobre «Libertad de expresión y respeto por las creencias religiosas». Más recientemente, *vid.* el voto conjunto de los jueces Felici y Tsitakis, en la sentencia del TEDH *Rabczewska c. Polonia*, ya citada. Ambos jueces califican de antiguas las sentencias *Otto-Premminger* y *Wingrove* y señalan que actualmente debe interpretarse el Convenio en el sentido de penalizar las expresiones contra la libertad religiosa como límite a la libertad de expresión sólo cuando, intencionada y gravemente, afecten al orden público y provoquen a la violencia pública.

u ofendan a otras personas(102). Esta apreciación impide, en mi opinión, dar relevancia penal a la blasfemia, entendida como ofensa hacia las creencias de terceras personas(103), así como rechazar la naturaleza punitiva del concepto denominado «difamación de las religiones»(104).

No obstante, la forma de expresar esas ideas es importante(105) y puede conducir al insulto formal o a la burla sobre la persona que sustenta unas creencias (*religious insult, insult to religious feelings*). A pesar de que con frecuencia se equiparen y sea difícil distinguirlos(106), creo que el concepto de insulto religioso que aquí nos interesa como posible objeto de sanción penal debe ser entendido como algo diferente de la blasfemia, designando aquellas expresiones que, por su falta de necesidad, oportunidad o contexto, tienen un significado ofensivo en sí mismas y no se dirigen ya contra las ideas o creencias religiosas ni manifiestan opiniones, sino que formalmente expresan desprecio o humillación contra una persona como depositaria de unas determinadas creencias(107) y, por ello, lesionan directa-

(102) Así se pronuncia el TEDH, el cual entiende que éstas son las exigencias del pluralismo, tolerancia y amplitud de miras sin las cuales no hay sociedad democrática (*Tagiyev y Huseinov c. Azerbaijan*, 5 de diciembre 2019, núm. 36; *E. S. c. Austria*, 18 de marzo de 2019, núm. 42, entre otras sentencias). Véase también *European Commission for Democracy through Law (Venice Commission) Report*, 23 de octubre de 2008, núms. 43 y 44.

(103) Sobre la blasfemia y las leyes antiblasfemia en el derecho comparado, especialmente el anglosajón, *vid.* SCOLNICOV, A., «La libertad religiosa como derecho a la libertad de expresión» *Derecom, Revista Internacional de derecho de la comunicación y de las nuevas tecnologías*, núm. 20, 2016, pp. 1-28, www.derecom.com

(104) Sobre este concepto *vid.* RODRÍGUEZ BLANCO, M., «La prohibición de la difamación de las religiones en el derecho internacional. ¿Una noción inoperante?» *Derecho y Religión*, núm. 12, 2017, pp. 11-26.

(105) La importancia de las formas o modos de actuación en la valoración de la extralimitación de la libertad de expresión es recalcada por la *cit.*, STC 192/2020, de 17 de diciembre, FJ 3, b).

(106) Sobre las diferentes maneras de abordar en los diversos países europeos cuestiones como la blasfemia o el insulto religioso, véase el sugerente artículo de CARRILLO DONAIRE, J. A., «Libertad de expresión y ‘discurso del odio’ religioso: la construcción de la tolerancia en la era postsecular», *Revista de Fomento Social* (70), 2015, pp. 205-243.

(107) El insulto o la ofensa gratuita se constituyen así en un límite interno a la libertad de expresión, ya que «no tiene cabida en una Constitución que, a su vez, reconoce la dignidad de la persona como valor fundamental», GARCÍA GARCÍA, R., «La libertad de expresión en colisión con la libertad religiosa: propuestas de consenso», *Anuario de Derecho Canónico*, 6, febrero 2018, pp. 272 y 273. Este autor cita jurisprudencia del Tribunal Constitucional: SSTC 62/1983, de 11 de julio (FJ2.º); 105/1990, de 6 de junio, FJ4.º; 85/1992, de 8 de junio, FJ4.º; 240/1992, de 21 de diciembre, FJ8.º

mente la dignidad del receptor(108). El insulto gratuito es algo más que el disenso o la crítica incluso irónica o irreverente; lesiona el disfrute social pacífico de una opción vital como es la religiosa y, por ello, afecta a la dignidad de los ofendidos(109). Entendido de este modo el insulto constituye, en todo caso, una injuria a la persona y, en ocasiones más graves, un atentado a su libertad religiosa porque puede retraerle de su ejercicio o coartar su libertad de acción en este ámbito(110).

De la delimitación que hemos hecho del insulto formal se deriva la posibilidad de reconocer la naturaleza normativa de los sentimientos religiosos en cuanto constituyen manifestaciones o consecuencias de la dignidad de la persona, sujeto del derecho a la libertad reli-

(108) El fundamento de los sentimientos religiosos en la dignidad de la persona es puesto de manifiesto por FERREIRO GALGUERA, J., al señalar que se derivan de la «dignidad dinámica» de la persona; «Libertad de expresión y sensibilidad religiosa: estudio legislativo y jurisprudencial», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 35, 2014.

(109) En este sentido puede citarse la opinión del juez WOJTYCZEK en el voto discrepante que formuló en la STEDH Radczewska c. Polonia, de 15 de septiembre de 2022: «... las expresiones impugnadas afectaban un elemento esencial de la identidad de numerosos grupos religiosos e iban dirigidas a ridiculizar dichos grupos. Estaban motivadas por los prejuicios y contribuían a una estereotipada y negativa imagen de los creyentes de varias denominaciones, estigmatizando grupos religiosos como personas poco instruidas que creían en supersticiones. Podían ser percibidas por estos grupos religiosos como gravemente impactantes sobre la dignidad, sentido de identidad y sentimientos de confianza... La agresión dirigida contra el *sacrum* afecta a los individuos y grupos de individuos. El problema legal a tener en cuenta afecta a los individuos, no a religiones o ideologías. Los insultos gratuitos dirigidos contra lo «sagrado» constituyen una agresión verbal contra los creyentes, que normalmente los consideran mucho más ofensivas y dolorosas que los insultos dirigidos contra ellos directamente. Insultar o burlarse de lo «sagrado» es también una herramienta para promover la exclusión, desarrolla prejuicios sociales contra los creyentes y afecta la dignidad... Como resultado, la paz religiosa y la coexistencia pacífica de religiones y convicciones filosóficas pueden verse afectadas (ver Gorzelik y otros c. Polonia, [GC], núm. 44158/98, §§ 92-93, ECHR 2004-1; y «Orthodox Ohrid Archdiocese (Greek-Orthodox Ohrid Archdiocese of the Peć Patriarchy)» c. la antigua república de Macedonia, núm. 3532/07, § 95, 16 November 2017).

(110) Compartimos la opinión de PALOMINO LOZANO, R., cuando señala que una expresión dañina puede afectar al objeto de la libertad religiosa: «...en este contexto, se afirma que la protección no lo sería tanto a la religión como tal, sino a los sujetos creyentes en sus vidas, en sus propiedades o en su reputación... puede entonces limitarse la libertad de expresión que refuerce modelos de discriminación que, a su vez causen daño a grupos minoritarios o desaventajados», «Libertad de expresión y libertad religiosa: elementos para el análisis de un conflicto», en Martínez Torrón/ Cañamares García (coord.), *Tensiones entre libertad de expresión y libertad religiosa*, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 52-54.

giosa(111). Así objetivados(112), los sentimientos podrían ser considerados como parte del contenido de este derecho fundamental(113), consecuencia y presupuesto de su ejercicio y encontrar por esta vía un bien jurídico protegible(114), susceptible de ser lesionado o dañado y no meramente ofendido.

No se trata de crear un bien jurídico nuevo, ni de forzar su concepto. Se trata de señalar que las expectativas legítimas de posesión pacífica de las creencias pueden adquirir el estatus de un bien o interés que sería lesionado por el insulto o vejación, superando el ámbito de la «ofensa moral»(115), en la medida en que tengan repercusiones

(111) Así lo entiende, entre otros, PÉREZ MADRID, F., «Protección penal de la libertad religiosa y límites de la libertad de expresión», en Ruano Espina y Sánchez Girón (eds.) *A un año de la reforma del proceso matrimonial*, ed. Dykinson, Madrid, 2017, p. 138; CARRILLO DONAIRE, J. A., op. cit., p. 238; MELÉNDEZ-VALDÉS NAVAS, M., «Los sentimientos religiosos desde la perspectiva de los sentimientos en el derecho», *Laicidad y Libertades*, núm. 21, 2021, p. 213.

(112) Para HÖRNLE, T., la protección de los sentimientos religiosos es dudosa y como se trata de estados emocionales, no pueden identificarse con otros derechos, «La protección de sentimientos en el StGB», (trad. de M. Martín Lorenzo), en Hefendehl/Von Hirsch/Wohlens (eds.) *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?»*, Marcial Pons, 2016, pp. 387 y 388. Para LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., los sentimientos pueden formar parte del catálogo de lo protegible «en la medida en que, como demuestran las injurias, su lesión puede constituir una lesión objetiva y relevante de la autonomía personal», «Bien jurídico y objeto protegido», *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, vol. LX, 2007, p. 163.

(113) Véase la opinión de FERNÁNDEZ BERMEJO, D., sobre el bien jurídico protegido por el delito de escarnio en el artículo 525 del código penal y que cifra este autor, desde un punto de vista normativo, en el interés social respecto a la protección de los sentimientos religiosos, «Reflexiones acerca del tradicional delito de escarnio de los sentimientos religiosos», *Derecho y Religión*, vol. XII, 2017, p. 165. Para BAGES SANTACANA, J., «negar que los sentimientos religiosos puedan ser una emanación de la dignidad personal —es decir, una expresión de la personalidad de quien los alberga—, parece una premisa poco acertada», *La protección penal de los sentimientos religiosos*, cit., p. 221.

(114) Una exposición breve pero completa de las diversas posturas doctrinales en España sobre la naturaleza y protección de los sentimientos religiosos (a favor y en contra), puede verse en ADNANE RIKOUA, A., «La paz social como proyección objetiva de un posible derecho constitucional al bienestar emocional en el marco español y europeo», *Estudios de Deusto*, vol. 70/1, enero-junio 2022, pp. 161-191, en concreto, pp. 165-169. Una interesante perspectiva es la ofrecida por este autor, especialmente en p. 27 ss., que liga los sentimientos religiosos con el bienestar del individuo y los convierte en bien jurídico constitucional por formar parte necesaria de la «paz social».

(115) Otra posibilidad distinta del reconocimiento de los sentimientos religiosos como bienes jurídicos, radica en examinarlos bajo el prisma del principio de la ofensa (*offence principle*), procedente del derecho anglosajón, cuestión que está tratada por extenso en MIRÓ LLINARES, F. «La Criminalización de conductas “ofensi-

sobre el libre desarrollo del individuo o afecten a sus posibilidades sociales de actuación(116). En este sentido creemos que se puede interpretar la afirmación de Alonso Álamo de que los delitos contra los sentimientos religiosos no son, en rigor, delitos contra los sentimientos(117).

Se intenta superar por esta vía una visión meramente psicológica de los sentimientos(118) y se puede contestar a la crítica contra ellos basada en la idea de que el Derecho penal no puede proteger senti-

vas”. A propósito del debate anglosajón sobre los “límites morales” del Derecho Penal», *RECPC*, 17-23, 2015, disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc>. También analiza este principio GÓMEZ MARTÍN, V., *Daño, ofensa y discurso del odio*, cit., (aunque lo refiere al delito de enaltecimiento del terrorismo del artículo 578, sus consideraciones son trasladables al ámbito de la protección de los sentimientos religiosos). Se muestra crítica en la aplicación de este principio a los sentimientos religiosos, HÖRNLE, T., «Libertad de expresión y derecho penal en una sociedad pluralista», en Landa Gorostiza, J. M./Garro Carreras, E. (dir.) *La libertad de expresión en tiempos convulsos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 67-91.

(116) Estas condiciones son las señaladas por ROXIN cuando expone que «las normas penales son ilegítimas cuando tienen como objeto un comportamiento que no afecte ni al libre desarrollo del individuo ni a sus presupuestos sociales»; *vid.* «El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen», en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 15-01, 2013 (Traducción de Cancio Meliá).

(117) ALONSO ÁLAMO, M., «Sentimientos y Derecho Penal», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 116, 2012, p. 83. Entiendo que en un sentido similar se pronuncia ROXIN, aunque refiriéndose al caso de ofensas contra los difuntos o al maltrato animal: «También ha de considerarse que un tratamiento respetuoso hacia los difuntos es parte de una vida digna de un ser humano en nuestra sociedad. La profanación de una tumba o un trato denigrante e insultante de un cadáver afectan negativamente a la convivencia y a los derechos de la personalidad subsistentes del fallecido. Las reacciones emocionales tan sólo suponen el reflejo de estas afectaciones... Por consiguiente, desde mi punto de vista, en los casos mencionados, los legítimos sentimientos de indignación de terceros no son el bien jurídico mismo, sino sólo una justificada reacción a su lesión», *El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen*, cit.

(118) En este sentido psicológico (como bienestar emocional) entienden los sentimientos religiosos, entre otros, MINTEGUA ARREGUI, I., *Sentimientos religiosos, moral pública y libertad artística en la Constitución española de 1978*, Colección Conciencia y Derecho, Dykinson, Madrid, 2006, p. 224; ROCA DE AGAPITO, L., «El delito de escarnio de los sentimientos religiosos», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. 33, 2017, p. 556; SANJURJO RIVO, V. A., «Discurso antirreligioso y libertad de expresión: la tutela penal de los sentimientos religiosos», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 51, pp. 381-415. También ALCÁCER GUIRAO, el cual siguiendo el modelo anglosajón califica al ataque contra los sentimientos como una ofensa y no como un daño, y entiende dicha ofensa como «un estado mental de desagrado o indignación, hiriendo su sensibilidad moral, pero sin necesidad de causar un daño psicológico evaluable», «Cocinar cristos y quemar coranes», en Miró Llinares, F. *Cometer delitos en 140 caracteres*, cit., p. 73.

mientos en cuanto no reúnen la condición de bien jurídico precisamente por tratarse de estados psicológicos o emocionales de la persona, tratándose de «bienes jurídicos aparentes»(119), sin relación con derechos personales, sentido en que se pronuncia, por ejemplo, Alcácer Guirao, para quien lo protegido «no son bienes jurídicos vinculados a la autonomía personal o a las posibilidades de participación social»(120). En sentido contrario se pronuncia Gómez Martín, quien señala que «nada impide albergar en el concepto de bien jurídico intereses o sentimientos colectivos como, por ejemplo, los religiosos o los relativos a la seguridad»(121).

Cuestión distinta de su reconocimiento es la oportunidad o conveniencia del recurso al Derecho penal. En mi opinión, aunque es un tema muy discutido –y discutible–, no creo que deba rechazarse absolutamente y *a priori* el recurso a la vía penal en los casos de «insultos u ofensas formales y gratuitas», sino que podrá ser aceptable en los casos más graves de lesión a los sentimientos religiosos, en concreto cuando pongan en peligro el ejercicio de la libertad religiosa por tener un efecto disuasorio de la práctica religiosa o coarten la expresión de la identidad, afectando a la autonomía personal y a la actuación social de los individuos. Además, como veremos más adelante, la intervención penal queda condicionada por la interacción con la libertad de expresión, por lo que los sentimientos religiosos serán protegibles siempre que la conducta se sitúe fuera del contenido esencial y de los fines legítimos del derecho a la libertad de expresión(122), cuando se trate de una medida proporcionada y en ausencia de medidas extrapenales civiles o administrativas que fueran eficaces para la reparación del daño o la restauración del derecho(123).

(119) Nos referimos a «bienes jurídicos aparentes», en el sentido expuesto por AMELUNG, K., «El concepto “bien jurídico” en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos» (trad. de Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno) en Hefendehl/Von Hirsch/Wohlers (eds.) *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, cit., pp. 242 y 243

(120) ALCÁCER GUIRAO, R., *La libertad del odio...*, cit., p. 240

(121) GÓMEZ MARTÍN, V., *Daño, ofensa y delitos de odio*, cit., p. 249.

(122) Como establece la jurisprudencia constitucional española, si la conducta constituye un acto ajustado al ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión, respondiendo por su contenido, finalidad o medios empleados a las posibilidades de actuación o resistencia que el derecho otorga, entonces no será constitucionalmente legítima la imposición de una sanción penal (véase, por todas, STC 24/2019, de 25 de febrero, FJ 3, a).

(123) *Venice Commission Report*, cit., núm. 55: «Las sanciones penales relativas a formas ilegítimas de expresión que vulneran el derecho al respeto a las propias creencias...deben considerarse como el último recurso en ser aplicadas de forma jus-

Sin embargo y como hemos dicho anteriormente, no es ésta la orientación que actualmente predomina en el *soft law* emanado del seno del Consejo de Europa, trasmitiéndose a los Estados la idea de que no resulta deseable la sanción penal de los insultos religiosos «*simpliciter*», sino en cuanto éstos constituyan además una incitación al odio(124). Se dan varios argumentos al respecto que pueden ser resumidos en la necesidad de evitar el efecto desaliento (*chilling effect*)(125), la consideración del recurso al Derecho penal como última *ratio*(126), y las dificultades para medir los parámetros de la gravedad de las declaraciones ofensivas, como son la intención del autor, el carácter público de la ofensa y el contexto social, político o científico en el que emiten las declaraciones(127).

No obstante, esta postura no aparece como unánime en la jurisprudencia del TEDH, puesto que se ve apoyada en algunas sentencias(128), pero contradicha en otras(129) en el sentido de afirmar el mayor margen de apreciación que tienen los Estados para configurar los límites al ejercicio de la libertad de expresión en materias en las que existe tanta disparidad, como es la tipificación o no del insulto religioso(130). Por ello se puede mantener como válido el criterio de

tificada, cuando no hay otros medios capaces de alcanzar la deseada protección de los derechos individuales en interés público».

(124) *Venice Commission Report, cit.*, núm. 63: «La Comisión no considera necesario ni deseable crear un delito de insulto religioso (esto es, de insulto a los sentimientos religiosos *simpliciter*), sin el elemento de incitación al odio como componente esencial. Tampoco la Comisión considera esencial imponer *sanciones criminales* por un insulto basado en la pertenencia a una religión concreta. Si una declaración u obra de arte no está calificada como incitación al odio, entonces no debería ser objeto de sanciones criminales».

(125) En este sentido, se pronuncia, por ejemplo, BAGES SANTACANA, J., quien argumenta que dicho efecto provendría por una amplitud aplicativa de los sentimientos religiosos, ya que produciría una disuasión no sólo de las conductas prohibidas, sino también de otras, más o menos próximas a ellas, amparadas por el derecho fundamental a la libertad de expresión, *La protección penal de los sentimientos religiosos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 165.

(126) En virtud del principio de proporcionalidad no toda extralimitación en el ejercicio de la libertad de expresión debería dar lugar a la tipificación de un delito, sino únicamente de aquellas conductas que impliquen no sólo una lesión de los sentimientos religiosos, sino además una incitación al odio, o un delito contra las personas, por ejemplo, coacciones o contra su dignidad, como las injurias.

(127) *Venice Commission report, cit.*, núm. 69.

(128) *Vid.* por ejemplo, *Aydın Tatlav c. Turquía*, de 2 de mayo de 2006; *Klein c. Eslovaquia*, de 31 de octubre de 2016.

(129) Ver, por todas, *STEDH Otto Preminger Institute c. Austria*, de 24 de septiembre 1994.

(130) A este respecto recuerda MARTÍNEZ-TORRÓN, J., que el Tribunal de Estrasburgo no impone una política uniforme en esta materia y «que los ordenamien-

la autonomía de los derechos nacionales en la decisión de la protección penal de los sentimientos religiosos.

4.2 El caso español: El delito de escarnio

En España, el recurso al Derecho Penal en el caso del insulto religioso o insulto formal se concreta en el delito de escarnio del artículo 525 del Código penal, regulado dentro de los delitos contra la libertad religiosa, distinto por ello de otros delitos similares como las injurias o la incitación al odio(131). Ha sido objeto de polémica entre la doctrina y en la práctica de los tribunales y se ha criticado su permanencia en el Código alegando, por una parte, la ausencia de un bien jurídico(132) y, por otra, la anticuada(133) y confusa redacción del tipo penal que conlleva la dificultad probatoria de sus elementos, objetivos y subjetivos(134), poniéndose en duda el respeto al principio de legalidad por la excesiva indeterminación de la conducta típica.

No es éste el momento de realizar un análisis sistemático de este delito, pero sí que podemos afirmar la acertada crítica a la configura-

tos jurídicos de cada país tienen cierta discrecionalidad para sancionar las expresiones gratuitamente ofensivas contra una religión o contra sus símbolos sagrados», *Libertad de expresión y lenguaje ofensivo...*, cit., p. 30.

(131) También atenta contra los sentimientos religiosos el delito de profanación del artículo 524 Cp, que no analizamos en este trabajo porque no lo consideramos una forma de discurso o difusión de ideas. Su estudio queda para un trabajo posterior.

(132) Se critica en concreto la incapacidad de los sentimientos religiosos para configurar un bien jurídico merecedor de protección penal, cuestión a la que nos hemos referido en el apartado anterior. Vid. por todos ALCÁCER GUIRAO, R., *Cocinar cristos y quemar coranes*, cit., p. 75 ss.; CUTIÑO RAYA, S. «Ofensas a la religión y sistema penal: la descripción de los conflictos en la jurisprudencia penal», en Del Carpio Delgado J./Holgado González, M. (dir.); De Pablo Serrano, A. L. (coord.) *Entre la libertad de expresión y el delito. Cuestiones de la parte especial de los delitos de opinión*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pp. 319-373.

(133) Sobre la evolución histórica de este delito, vid. MORILLAS CUEVA, L. *Los delitos contra la libertad religiosa (especial consideración del artículo 205 del Código Penal)*, Granada, 1977, especialmente, p. 103 ss.; TAMARIT SUMALLA, J. M., *La libertad ideológica en el Derecho Penal*, PPU, Barcelona, 1989.

(134) Sobre esta dificultad probatoria, en especial sobre las dificultades de valorar el elemento subjetivo de la intención escarnecedora, véase CARRILLO DONAIRE, J. A., *op. cit.*, p. 223 ss. Una crítica a la actitud procesal de admitir como regla general todas las querellas en los casos de delitos de opinión puede verse en DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «El juez instructor ante querellas infundadas por actos de expresión satírica, política, artística o activista», *Revista electrónica de ciencia penal y criminología* (REDPC), 24-10, 2022.

ción típica del mismo(135). Se observa en particular que la redacción del tipo objetivo utiliza conceptos normativos de difícil precisión, especialmente el término «escarnio», cuyo significado es demasiado amplio, en el sentido de que introduce un factor de inseguridad respecto a las conductas incluidas en este término(136). Por otra parte, no queda muy claro quiénes son los titulares del bien jurídico protegido, es decir, si se trata de un bien jurídico individual o colectivo(137); y si estamos ante un delito de mera actividad o de resultado(138). Tampoco es necesario tipificar en el segundo párrafo el escarnio de los no creyentes, aunque sea en aras del principio de igualdad(139). En cambio, debe ser valorada positivamente la exigencia de que el escarnio y la vejación se hagan «públicamente», precisando además en el caso del escarnio que se realice por palabra, por escrito o mediante cualquier tipo de documento(140).

En especial se discute si el tipo exige un elemento subjetivo del injusto, a partir de la expresión «para ofender los sentimientos religiosos», elemento al que los tribunales recurren, decretando su ausencia en la

(135) Son varios los análisis críticos de los elementos típicos del delito de escarnio. Entre otros, podemos citar JERICÓ OJER, L., «La relevancia de los sentimientos religiosos como límite de la libertad de expresión. Especial referencia al delito de escarnio», en M. Díaz y García-Conlledo (coord.). AAVV, Libertad de expresión y sentimientos religiosos, Juruá, Lisboa, 2012, pp. 103-151; PÉREZ FERRER, F., «A propósito de la tutela penal de la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos en el ordenamiento español», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 129, 2019, pp. 65-107; RAMOS VÁZQUEZ, J. A., *Muerte y resurrección del delito de escarnio en la jurisprudencia española*, cit., p. 7 ss.; ROCA DE AGAPITO, L., «El delito de escarnio de los sentimientos religiosos», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 33, 2017, pp. 557-597.

(136) El Diccionario de la Real Academia Española define el escarnio como «burla tenaz que se hace con el propósito de afrentar» y concreta como sinónimos: escarnecimiento, burla, mofa, ridiculización, bufa, befa, afrenta, pifia.

(137) PÉREZ FERRER, F., *op. cit.*, p. 91, quien sostiene que los sujetos pasivos son los miembros de una confesión religiosa, planteándose la duda de si ésta tiene que estar inscrita en el Registro de Entidades Religiosas. En mi opinión no es necesario que lo estén.

(138) Para ROCA DE AGAPITO estamos ante un delito de resultado, *El delito de escarnio...cit.*, pp. 580 y 581. En cambio, PÉREZ FERRER señala que se trata de un delito de mera actividad, donde la conducta típica se completa cuando se expresan o transmiten las opiniones objetivamente ofensivas e idóneas para ofender los sentimientos religiosos, *A propósito de la tutela penal...cit.* p. 92.

(139) Artículo 525.2: «En las mismas penas incurrirán los que hagan públicamente escarnio, de palabra o por escrito, de quienes no profesan religión o creencia alguna».

(140) La utilización del concepto de documento permite considerar incluidas las caricaturas ofensivas, en la medida en que están incorporadas a un soporte material (art. 26 CP). Por la misma razón quedan excluidos los «gestos».

mayor parte de los casos, para excluir la comisión del hecho típico y restringir así su aplicación(141). La mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia(142) consideran que de *lege lata* tiene esa naturaleza de elemento subjetivo específico diferente al dolo, aunque cabría replantearse la misma si se tiene en cuenta la semejanza del delito de escarnio con el de injurias, delito en el que la mayor parte de la doctrina no aprecia el *animus iniuriandi* como un elemento subjetivo distinto del dolo(143). En la misma línea tendríamos también que rechazar la posibilidad de cometer el escarnio a título de dolo eventual.

Es cierto que la prueba del dolo de escarnio deviene dificultosa(144) y que plantea otros problemas como la concurrencia de distintos *animi* en un mismo supuesto de hecho, con el problema adicional de determinar cuál de esas intenciones era la predominante, y que ello implica también una cierta inseguridad jurídica en el sentido de que será la prueba de la ausencia de la intención ofensiva la que determina la legitimidad de lo expresado, cuestión nada fácil(145).

(141) Así, en sentido absolutorio, vid, entre otros SAPSE 2344/2004, de 7 de junio (caso de la Hermandad); AAPVA,410/2011, de 9 de junio (caso Leo Bassi); SAPM, secc.1.º 5364/2013, de 2 de abril (caso Krahe); AAPM 1048/2013, de 24 de enero (caso del preservativo contra el sida); SJPM de lo Penal núm. 23 433/2018, de 26 de noviembre.

(142) Vid. ATS 18765/2005, de 10 de octubre (caso corona de espinas): «elemento subjetivo que está constituido, según opinión doctrinal unánime, por el dolo específico o ánimo deliberado de ofender los sentimientos religiosos legalmente tutelados». Entre la doctrina vid. por todos ROCA DE AGAPITO, L., «Delitos contra la libertad de conciencia y sentimientos religiosos» en J. Álvarez García (dir.) *Tratado de Derecho Penal español. Parte Especial, IV. Delitos contra la Constitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 530 ss.

(143) Sobre la exigencia del *animus iniuriandi* en los delitos de injurias en el Código penal vigente, vid. PÉREZ DE LA FUENTE, O., «Libertad de expresión y escarnio de los sentimientos religiosos. Enfoques sobre la ponderación en algunos casos de los tribunales españoles», *Revista telemática de Filosofía del Derecho* núm. 18, 2015, p. 134 ss.

(144) El ATS 18765/2005, de 10 de octubre, comentaba estas dificultades de prueba del elemento subjetivo del escarnio, señalando que «la intención, por pertenecer a lo más recóndito del ser humano, nunca puede ser objeto de prueba directa, por lo que necesariamente ha de ser de prueba indirecta o indiciaria, debiendo deducirse o inferirse el ‘animus’ del conjunto de circunstancias fácticas objetivas que, por serlo, hayan podido quedar cumplidamente acreditadas». Se remite en el mismo sentido a las SSTS 2.ªS 688/93, de 25 de marzo y 766/84, de 14 de febrero.

(145) Sobre esta inseguridad jurídica, COMBALÍA SOLIS, Z., expone una consideración que viene a cuento: «es cuestionable de que no basta la idoneidad objetiva de la conducta para herir los sentimientos religiosos de la generalidad de los miembros de una confesión. Entiendo que si la conducta o expresión es ‘objetivamente’ idónea para herir y no conste que en el acusado concurriera otra intención –no se trata de una expresión artística, de una reflexión crítica, etc. es difícil de entender que no hay ánimo de ofender. Cuestión distinta es la oportunidad de que exista un delito que

A partir de estas críticas se hace necesario señalar la oportunidad, al menos, de una simplificación y modernización de los elementos del escarnio, de forma que gane en objetividad y sea más patente su gravedad, destacando la idoneidad de la conducta para ofender el bien jurídico protegido(146). En este sentido, algún autor ha considerado oportuno introducir en el tipo penal una fórmula que establezca como elemento objetivo el requisito de que el insulto religioso sea idóneo para causar una alteración a la paz pública(147), o bien que impida o dificulte el ejercicio de la libertad religiosa, a la vez que se interpreta el escarnio no como una ofensa a los dogmas o creencias en sí consideradas sino como un agravio: burla o vejación de las personas que sostienen una concreta opción religiosa.

Otra posible intervención en el delito de escarnio puede consistir en reconducir los supuestos de lesión de los sentimientos religiosos a los delitos de odio o de injurias, por la proximidad con ellos(148). No obstante, entiendo que, aunque exista semejanza, se trata de infracciones diferentes con un bien jurídico distinto de la libertad religiosa, que es el que hemos identificado en el escarnio(149) y, por ello, la conversión de este delito en una modalidad de injurias o de incitación a la discriminación, dejaría impunes todas las ofensas a los sentimientos que no implicaran una ofensa al honor personal o una incitación al odio o a la discriminación, propuesta esta última planteada, como ya hemos mencionado, en las recomendaciones europeas.

penalice el insulto religioso»; en «Los conflictos entre libertad de expresión y religión: Tratamiento jurídico del discurso del odio», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. 31, 2015, p. 369.

(146) JERICÓ OJER, L., *op. cit.*, p. 131.

(147) Esta propuesta procede de GONZÁLEZ URIEL, D., en su trabajo «La religión y su juridificación», *Boletín del Ministerio de Justicia*, junio 2018, en su página 14. Son muy interesantes las ideas expuestas por este autor relativas al mantenimiento en el Código penal del delito de escarnio, eso sí, con la introducción de la fórmula comentada, a semejanza de lo previsto en el Código penal alemán y el portugués. En cambio, de forma crítica sobre esta fórmula en el Código alemán, se manifiesta HÖRNLE, T., *La protección de sentimientos...cit.* p. 390.

(148) No queda lejos de esta opinión la propuesta de COMBALÍA SOLÍS, Z.: «... si lo que se busca es la no penalización del escarnio religioso, más que una deficiente interpretación del precepto convendría una nueva redacción del mismo, reconduciéndolo a los delitos de incitación al odio o imponiendo unos requisitos más estrictos para su penalización, como la gratuidad de la ofensa y su especial gravedad. Más allá de estos supuestos, quizás convendría trasladar estas conductas del ámbito penal al de la responsabilidad civil o administrativa», «Los conflictos entre libertad de expresión y religión: tratamiento jurídico del discurso del odio», *cit.*, pp. 378 y 379.

(149) *Vid.* FERNÁNDEZ BERMEJO, D., «Reflexiones acerca del tradicional delito de escarnio de los sentimientos religiosos», *Derecho y Religión*, XII, 2017, *cit.*, p. 150.

En mi opinión, el gran problema que plantea el delito de escarnio en España no es simplemente la necesidad de modificar su regulación, o de mejorar su definición, sino la posibilidad de su supresión como consecuencia de su comprensión como un obstáculo para el ejercicio legítimo de la libertad de expresión(150). De ahí que se afirme la falta de justificación de la sanción penal como vía de solución deseable de los conflictos y que se proponga, como hemos visto, la despenalización de los insultos religiosos(151).

4.3 Sentimientos religiosos y libertad de expresión

Por mucho que se defienda la posición preferencial de la libertad de expresión dentro de un ordenamiento y que se proponga o vea como deseable la despenalización del escarnio, es indudable que debe preverse una respuesta al ejercicio ilegítimo de dicha libertad cuando choca con los sentimientos religiosos de otras personas. De ahí que sea razonable defender que los conflictos entre ambos derechos – libertad de expresión y sentimientos religiosos– deban contar con una solución en las legislaciones estatales y que requieran de un ejercicio de ponderación en los casos concretos para determinar bien que se ha actuado dentro del ámbito legítimo de la libertad de expresión bien que se ha producido una intromisión no justificada en los sentimientos religiosos, dando lugar en los casos más graves a la infracción penal(152). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y, en nuestro caso, el Tribunal Constitucional español han asumido esa necesidad de ponderación en los casos concretos de conflicto.

(150) Posibilidad que se plantea, por ejemplo, MARTÍNEZ-TORRÓN, J.: «Un posible abuso del poder para restringir la libertad de expresión es más peligroso para la democracia y el pluralismo que el perjuicio para las creencias religiosas que podrían causar ciertas formas abusivas de expresión», «¿Libertad de expresión amenazada? Libertad de expresión y libertad de religión en la jurisprudencia de Estrasburgo», en Martínez-Torrón/Cañamares Arribas, *Tensiones entre libertad de expresión y libertad religiosa*, Tirant lo Blanch, 2014, p. 120.

(151) En España, concretamente, se ha señalado como argumento a favor de despenalización la inseguridad que produce acudir al criterio de la ausencia del elemento subjetivo para excluir el escarnio y afirmar así el ejercicio legítimo de la libertad de expresión.

(152) Aquí no analizamos ya la posible despenalización de los delitos contra los sentimientos religiosos, sino la aplicación de las sanciones penales vigentes en los casos concretos de conflicto, aquellos que implican la posibilidad de una condena penal a un caso determinado, que cumple las características de un tipo penal y frente al cual se alega la justificación del ejercicio legítimo de la libertad de expresión.

1. El TEDH, sobre todo en una época reciente, acepta restrictivamente la posibilidad de limitar el ejercicio de la libertad de expresión desde la óptica del artículo 9 del CEDH (libertad religiosa), para lo cual acude a criterios diversos, que pueden ser resumidos en los siguientes: Que la acción concreta de los Estados que limita la libertad de expresión esté prevista en la ley (153); que dicha acción persiga un fin legítimo (154) y, en tercer lugar, que sea considerada como necesaria en una sociedad democrática, valorando en particular que la injerencia obedezca a una necesidad social imperiosa (155), lo que se traduce en términos de exigir «proporcionalidad» de la medida, sobre todo si ésta es privativa de libertad (156), teniendo en perspectiva las

(153) Sobre esta exigencia, expone RUBIO FERNÁNDEZ, E. M., que «... ello significa que la ley tiene que ser adecuadamente accesible al particular, no estar expresada en términos de un poder general y ser lo suficientemente precisa como para que éste sepa regular su conducta, lo cual dependerá del contexto del instrumento en cuestión, del campo que se propone cubrir y del número y condición de aquéllos a los que se dirige» y cita como referencias las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Sunday Times c. Reino Unido*, de 26 de abril de 1979, parág. 49; *Hasan y Chaush c. Bulgaria*, de 26 de octubre 2000, parág. 86; *Hashman y Harrup c. Reino Unido*, de 25 de noviembre de 1999, parág. 31; *Groppera Radio AG y otros c. Suiza*, de 28 de marzo de 1990, parág. 68 y *Metropolitan Church of Bessarabia y otros c. Moldavia*, de 13 de diciembre de 2001, parág. 110; *vid.* «Expresión frente a religión: un binomio necesitado de nuevas vías de entendimiento y de superación de sus interferencias», *Anales de Derecho*. Universidad de Murcia. Número 24. 2006, pp. 201-231, nota 46.

(154) Se considera, por ejemplo, un fin legítimo la defensa de la paz religiosa o el orden público dentro de un país; sobre esta cuestión podemos mencionar *E. S. c. Austria y Rabczewska c. Polonia*, ya citadas, que llegan a conclusiones opuestas: afirmar en la primera la legitimidad de la acción restrictiva del Estado en beneficio de la paz pública; y rechazar en la segunda la intromisión del Estado en la libertad de expresión porque la norma aplicada no especifica el fin de proteger el orden público (núm. 62). Expresamente se dice que «no ha sido demostrado que, en el presente caso, la interferencia (en la libertad de expresión) venía exigida, de acuerdo con las obligaciones positivas del Estado bajo el artículo 9 del Convenio, para asegurar la coexistencia pacífica de individuos y grupos religiosos y no religiosos, en una atmósfera de tolerancia mutua» (núm. 64).

(155) *Vid. Norwood c. Reino Unido*, 16 de noviembre de 2004.

(156) *Vid. Mariya Alekhina y otras c. Rusia, cit.*, núm. 211: «En su actividad supervisora, el Tribunal debe examinar la interferencia impugnada a la luz del caso completo. En particular, debe determinar si la interferencia en cuestión era «proporcionada a los fines legítimos perseguidos» (véase *Chauvy y otros c. Francia*, núm. 64915/01, § 70, ECHR 2004-VI) y si cualquiera otra de las razones aducidas por las autoridades nacionales para justificarla, son «relevantes y suficientes» (véase, entre otras *Fressoz and Roire c. France* [GC], núm. 29183/95, § 45, ECHR 1999-I). Especialmente, el Tribunal debe revisar con particular escrutinio los casos en los cuales las sanciones impuestas por las autoridades nacionales para conductas no violentas implican una condena de prisión (véase *Taranenko c. Rusia*, núm. 19554/05, § 87, 15 May 2014).

circunstancias concretas del país y el contexto social en que se produce el conflicto(157). Atendiendo a estos criterios se podría llegar a aceptar la aplicación de una sanción, pero con la premisa de que esos límites a la libertad de expresión deberán ser interpretados restrictivamente, dada la naturaleza prevalente de ese derecho, sobre todo en lo que se refiere a materias políticas y de interés público(158). Esta interpretación tan restrictiva de la sanción penal afectará a las ofensas contra los sentimientos religiosos cuando éstas puedan encuadrarse dentro del discurso político o interpretarse como asuntos de interés general, lo cual no tendrá lugar, en mi opinión, cuando la conducta se mantenga en el ámbito de un ataque personal contra las personas que practican o expresan sus convicciones religiosas, utilizando palabras ofensivas dirigidas a herir a través del insulto o burla a esas creencias.

2. Para el Tribunal Constitucional español, la legitimidad de la aplicación de la sanción penal exige la ponderación de los intereses en conflicto, ponderación que debe partir de una interpretación restrictiva de los límites a la libertad de expresión, dado su papel institucional(159), lo cual implica adoptar como primer paso una perspectiva

(157) *Vid. Rabczewska c. Poland, cit.*, núm. 52: «...En aquellos casos que implican la ponderación de dos libertades fundamentales en conflicto, en concreto, el derecho del recurrente a expresar sus puntos de vista sobre materia religiosa de una parte y, por otra, el derecho de otros a verse respetados en su libertad de pensamiento, conciencia y religión, el efecto positivo de las ideas expresadas depende, en un cierto grado, de la situación del país donde se expresaron las opiniones y el contexto en que fueron hechas. En tales casos, las autoridades de ese país tienen un mayor margen de apreciación, en cuanto están en mejor posición de evaluar cuáles de las expresiones se consideraban idóneas para lesionar la paz religiosa en dicho país».

Vid. también, E. S. c. Austria, cit., núm. 50). En *Mariya Alekhina y otras c. Rusia* se lee textualmente: «. En todos los casos anteriores, la solución del caso venía determinada por la interrelación entre los diversos factores implicados más que por uno de ellos tomado aisladamente. La aproximación del Tribunal a ese tipo de casos puede ser descrita como “sumamente específica en su contexto” (*highly context-specific*) (véase *Perincek c. Switzerland* [GC], núm. 27510/08, § 208, ECHR 2015 (extracts))» (núm. 221).

(158) Sobre el discurso político puede ser citada la STEDH *Stern Taulats y Roura Capellera c. España*, de 13 de mayo 2018, en la cual se expone que la admisibilidad de la sanción penal en el caso del discurso político queda restringida al ámbito de lo excepcional y su necesidad sólo será viable cuando se incite a la violencia o constituya un discurso de odio (núm. 41).

(159) Como afirma, entre otras, la STC (pleno) 190/2020, de 15 de diciembre, FJ 3: «...la posibilidad de limitación del derecho fundamental a la libertad de expresión ha de ser menor, de suerte que, salvo los casos de insulto, de incitación a la violencia (“discurso del odio”) y alteración del orden público protegido por la ley, debe permitirse su libre exposición “en los términos que impone una democracia avanzada” (STC 20/1990, FJ 5)».

constitucional(160), que antecede al examen del tipo penal y consiste en determinar si en ese caso concreto la conducta realizada no sólo ha sobrepasado el ámbito de lo legítimo, sino que ha quedado claramente fuera del contenido y de los fines esenciales del derecho a la libertad de expresión(161). La necesidad de ese juicio de inconstitucionalidad parte de que no es posible aplicar la sanción penal cuando la conducta está realizada dentro del ámbito de protección jurídica del derecho fundamental(162). Y su fundamento radica en que no están próximos el ámbito de lo permitido y de lo delictivo, y que no es lo mismo la extralimitación en el ejercicio de la libertad de expresión que tomar ésta «como un mero pretexto o subterfugio para, a su pretendido amparo, cometer actos antijurídicos(163). Dicho de otra forma, la sanción penal sólo tendrá sentido en aquellos casos de excesos en el ejercicio de la libertad de expresión que no pueden incluirse en su contenido esencial(164) porque implican una separación del contenido y de los fines de la libertad de expresión, de forma que su ejerci-

(160) STC (pleno) 190/2020, de 15 de diciembre, FJ 3.º: «...el juez penal ha de tener siempre presente su contenido constitucional para «no correr el riesgo de hacer del Derecho penal un factor de disuasión del ejercicio de la libertad de expresión, lo que, sin duda, resulta indeseable en el Estado democrático» (entre otras, *vid.* SSTC 105/1990, de 6 de junio, FFJJ 4 y 8; 287/2000, de 11 de diciembre, FJ 4; 127/2004, de 19 de julio, FJ 4; 253/2007, de 17 de diciembre, FJ 6; 177/2015, de 22 de julio, FJ 2; 112/2016, de 20 de junio, FJ 2, y 35/2020, de 25 de febrero, FJ 4; y STEDH de 23 de abril de 1992, caso *Castells c. España*, § 46).

(161) *vid.* SSTC 278/2005, de 7 de noviembre, 177/2005, de 22 de julio; 24/2019, de 25 de febrero; 35/2020, de 25 de febrero.

(162) STC 24/2019, de 25 de febrero, FJ 3: «Es obvio que los hechos probados no pueden ser a un mismo tiempo, valorados como actos de un ejercicio de un derecho fundamental y como conductas constituyentes de un delito...». En este sentido, *vid.* SSTC 2/2001, de 15 de enero, FJ 3 y 177/2015, de 22 de julio, FJ 2.

(163) STC 110/2000, de 5 de mayo, FJ 5: «...La dimensión objetiva de los derechos fundamentales, su carácter de elementos esenciales del Ordenamiento jurídico, permite afirmar que no basta con la constatación de que la conducta sancionada sobrepasa las fronteras de la expresión constitucionalmente protegida, sino que ha de garantizarse que la reacción frente a dicha extralimitación no pueda producir «por su severidad, un sacrificio innecesario o desproporcionado de la libertad de la que privan, o un efecto... disuasor o desalentador del ejercicio de los derechos fundamentales implicados en la conducta sancionada». Más recientemente, incidiendo en la misma idea, *vid.* STC 35/2020, de 25 de febrero, FJ 4. Sobre la delimitación del contenido esencial de los derechos fundamentales y su dimensión institucional, *vid.* MARTÍNEZ-PUJALTE. A. L., «Ámbito material de los derechos fundamentales, dimensión institucional y principio de proporcionalidad», *Persona y Derecho*, núm. 54, 2006, pp. 75-116.

(164) Es cuestión problemática la determinación del contenido esencial de un derecho. ALCÁCER GUIRAO, siguiendo a MEDINA GUERRERO, especifica que se trataría de «aquel conjunto de garantías y facultades sin las que el propio sentido, fundamento y contenido del derecho queda completamente desfigurado», *Opiniones*

cio cae fuera de la posición privilegiada que se le reconoce en los sistemas democráticos.

Se trata, al menos así lo entendemos, de establecer una diferencia entre la mera extralimitación en el ejercicio de la libertad de expresión y el ejercicio «aparente» de la misma, y de plantear en cuáles de estos dos ámbitos podría excluirse la sanción desde la perspectiva del principio de proporcionalidad penal y la doctrina del efecto desaliento (165). En este sentido, podemos compartir la opinión de Cardenal Montraveta cuando señala que «el castigo desproporcionado de expresiones ilícitas no determina que pasen a ser lícitas, pero infringe el derecho a la libertad de expresión» (166).

Entendiendo la proporcionalidad en términos de costes y beneficios, se debe exigir que los beneficios de las penas sean superiores a sus costes y «mientras que las primeras dependerán de la eficacia preventiva de la pena y de la gravedad de la expresión ilícita que se intenta prevenir, los costes dependen, esencialmente, de la gravedad de la pena y de su posible efecto desaliento» (167).

En cuanto a la gravedad de la pena, debemos recordar la orientación del TEDH, que defiende una aplicación muy restrictiva de la sanción penal y que considera que en el caso de que se prevea ésta, debe excluirse la pena privativa de libertad o, por lo menos debe reservarse para aquellos excesos de la libertad de expresión que impliquen violencia o una incitación al odio (168). Siguiendo este criterio, podría ser aceptable una sanción penal no privativa de libertad, por ejemplo, la previsión de una multa, en los casos más graves de lesión a los sentimientos religiosos y no comprendidos en los casos anteriores. No obstante, junto al criterio de la gravedad de la pena, la proporcionalidad

Constitucionales, cit., p. 24. Del mismo autor, *La libertad del odio. Discurso intolerante y protección penal de minorías*, Marcial Pons, 2020, pp. 163-166.

(165) Sobre el efecto desaliento y su aplicación en el ámbito penal *vid.* el clarificador estudio de CUERDA ARNAU, M. L., «La doctrina del efecto desaliento en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español. Origen, desarrollo y decadencia» *cit.*, con abundantes referencias a la doctrina del Tribunal Constitucional sobre esta materia. No menos interesante, con un planteamiento diferente, es el trabajo de 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*, núm. 2, 2010. Muy crítico en el análisis del efecto desaliento se muestra BILBAO UBILLOS, J. M., «La excarcelación tenía un precio: el Tribunal enmienda la plana al legislador. (Comentario de la STC 136/1999, en el caso de la Mesa Nacional de HB)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 20. Núm. 58. Enero-Abril 2000, pp. 277-342.

(166) CARDENAL MONTRAVETA, S., *op. cit.*, p. 7.

(167) CARDENAL MONTRAVETA, S., *op. cit.*, p. 9.

(168) *Vid.* STEDH Mariya Alehkina, *cit.*, núm. 211.

exige el examen del efecto desaliento que pudiera tener la pena privativa de libertad sobre la libertad de expresión.

La evitación del efecto desaliento corresponde en primer lugar al legislador penal, excluyendo la tipificación de conductas que están consideradas o son próximas al ejercicio de un derecho fundamental, en este caso la libertad de expresión(169) y, en segundo lugar al juez ordinario, que deberá evitar la aplicación de la sanción penal cuando la gravedad de ésta se encuentre en franca desproporción con el daño (desaliento) que produciría sobre el ejercicio «futuro y legítimo» de la libertad de expresión. Ese desaliento «es el efecto disuasorio indirecto que sobre el ejercicio de un derecho fundamental produce la sanción penal de una conducta ilícita pero muy cercana a las que resultan amparadas por el derecho en cuestión, razón por la cual se estima que recurrir al Derecho penal para sancionar esas extralimitaciones resulta desproporcionado»(170).

No será necesaria la valoración del posible efecto desaliento cuando se ha actuado típica pero legítimamente en el ejercicio de la libertad de expresión, dado que en este caso ha quedado excluida la pena por aplicación de la eximente del artículo 20.7 del Código penal(171). Al restringir el ámbito del efecto desaliento a las conductas típicas y antijurídicas se consigue distinguir y dar autonomía a la antijuridicidad frente a la proporcionalidad, en el sentido de que ésta se valorará frente a una acción previamente declarada como antijurídica(172).

(169) Vid. STC 185/2014, de 6 de noviembre, FJ8.º En la acción del legislador se trata de evitar las consecuencias desproporcionadas de los tipos penales y aquí intervienen consideraciones como la prohibición de conductas indeterminadas (exigencia de taxatividad penal), la adecuación de la pena a la gravedad de la conducta y la perspectiva de la afectación de la sanción al contenido de otros derechos fundamentales. Como expone CUERDA ARNAU: «a la carga coactiva de la sanción también pertenece el efecto que esta provoca sobre otros derechos del condenado (p. ej. honor) o sobre los derechos de terceros, que, en lo que ahora interesa, podrían sentirse desalentados del ejercicio legítimo de sus derechos». Precisamente esta autora pone como ejemplo de falta de racionalidad de la pena el caso del delito de escarnio, en el sentido de que la escasa gravedad de las conductas tipificadas difícilmente justifica la sanción penal, si nos atenemos al principio de proporcionalidad estricta, *La doctrina del efecto desaliento...cit.* pp. 104 y 105.

(170) CUERDA ARNAU, M. L., *La doctrina del efecto desaliento...cit.* p. 92.

(171) En este sentido COLOMER BEA, D., «La doctrina del efecto desaliento como punto de conexión entre el Derecho penal y los derechos fundamentales», *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 41, 2019, p. 101.

(172) Sobre las relaciones entre antijuridicidad y proporcionalidad, vid. GARCÍA AMADO, J. A., «Sobre ponderación y penas. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo (Sala Penal) 161/2015, en el caso del asedio al Parlamento de Cataluña», *Protección jurídica del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana*, M L.

La aplicación del efecto desaliento plantea delimitar cual es esa «zona intermedia», ese exceso o ilegitimidad «moderada» de la libertad de expresión y que condiciona la sanción penal, la cual, sin embargo, debe excluirse porque su aplicación sería disuasoria para el ejercicio futuro de la libertad de expresión. En una primera aproximación podríamos concretarlo como aquel ámbito de actuación que no puede ser legitimado penalmente por la concurrencia de una causa de justificación completa y que, sin embargo, todavía está dentro del contenido material de la palabra «expresión» (173).

Esta indeterminación genera el deber de concretar en cada caso de conflicto qué se entiende por un mero «exceso» en el ejercicio de la libertad de expresión y cuándo se debe considerar que se ha desnaturalizado este derecho fundamental, alejándose de lo que es el contenido esencial del mismo. A estos efectos se ha señalado, por ejemplo, que es necesario «atender a las circunstancias de los hechos y a la intensidad del exceso, así como la vinculación o distancia de la conducta respecto al contenido y fines del derecho», dejando fuera de lo prohibido conductas de escasa lesividad(174).

Cuerda Arnau, J. A. García Amado (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 195. Este autor se muestra muy crítico en la fundamentación de esos excesos, «zonas intermedias», o «tierra de nadie», en los cuales hay antijuridicidad, pero no se ve conveniente la pena. Por ejemplo *vid.* p. 198, donde argumenta, entre otras consideraciones, que la aplicación del principio de proporcionalidad conduciría al riesgo de hacer depender la responsabilidad penal de un cúmulo de circunstancias y contextos, incluso consideraciones de oportunidad política o ideológica (en este contexto sitúa la crítica de la Sentencia de la Audiencia Nacional (sección 1.^a de la sala de lo penal), de 7 de julio de 2014).

(173) En concreto, MARTÍNEZ-PUJALTE determina que esa zona que no supera el contenido esencial de un derecho fundamental es la que todavía está comprendida dentro del ámbito material del ejercicio de ese derecho: expresar, opinar, etc. Es en este ámbito donde la aplicación de la sanción penal debe ser valorada desde la óptica del efecto desaliento, «Ámbito material de los derechos fundamentales, dimensión institucional y principio de proporcionalidad», *Persona y Derecho*, núm. 54, 2006, p. 115.

(174) Sentencia de la Audiencia Nacional (sección 1.^a de la sala de lo penal), de 7 de julio de 2014. Reproduzco aquí, por su interés, parte del razonamiento expuesto en la STC 35/2020: «El Tribunal constata que en las resoluciones impugnadas se ha hecho también una referencia al uso de las nuevas tecnologías como elemento amplificador del daño e, igualmente, que se ha dedicado especial atención al contenido de los mensajes emitidos por el recurrente y su efecto sobre la dignidad e integridad moral de las personas mencionadas en ellos. Ambos aspectos –contenido, emisión y efectos de los mensajes–, como se desprende de lo que hemos afirmado, forman parte de los criterios que hay que tomar en consideración cuando se da cumplimiento a la exigencia previa de ponderación del derecho a la libertad de expresión antes de analizar la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos del tipo aplicable a la conducta imputada al recurrente» (FJ5.º 2, c).

La aplicación de la doctrina del efecto desaliento a los conflictos entre la libertad de expresión y los sentimientos religiosos pone encima de la mesa las dudas sobre la permanencia en el Código penal de estos delitos, cuestionando desde un punto de vista político criminal su legitimidad. En efecto, si la barrera a las ofensas contra los sentimientos no está ya en la realización del tipo no justificado, sino en la ulterior ausencia del efecto desaliento, entonces para qué tipificar unas conductas cuya sanción va a quedar en letra muerta o casi muerta. La inaplicación de los tipos penales protectores de los sentimientos religiosos constituye, de esta forma, una consecuencia directa del efecto desaliento que opera en favor de la libertad de expresión. De ahí a reclamar la destipificación de estos delitos hay solo un paso.

En mi opinión, la supresión del Código penal de los delitos contra los sentimientos religiosos no es la única vía de evitar el efecto desaliento. Creo que no se han desarrollado suficientemente otros recursos para evitar dicho efecto que no impliquen la exclusión de la sanción penal y que pongan el acento más bien en la «excesiva gravedad» de la misma, permitiendo la reducción de la pena. En efecto, si el problema es la desproporción entre la gravedad de la pena y la escasa lesividad del hecho, aún cabe la posibilidad de utilizar diversas herramientas para disminuir la gravedad de la sanción, promoviendo, en concreto, la atenuación mediante la aplicación de la eximente incompleta(175) o, en su caso, de la atenuante analógica, la suspensión de la condena o la solicitud de indulto(176).

También el efecto desaliento se podrá evitar a través de la interpretación restrictiva del tipo penal que se pretende aplicar entendiendo que no se ven cumplidos en el caso particular alguno de los elementos objetivos o subjetivos del tipo. Este es el procedimiento que han seguido algunas sentencias que, en el caso de ofensas a los sentimien-

(175) Aunque se refiere al ejercicio de los derechos de reunión y manifestación, creo que es aplicable al ejercicio de la libertad de expresión la idea expuesta por PAREDES CASTAÑÓN de que se deben reconocer efectos al ejercicio de un derecho, aunque sea excesivo, y en este último caso, esos efectos se concretarán en una disminución del desvalor objetivo de una conducta típica, disminución que fundamentará la aplicación de la eximente incompleta del art.21.1 CP en relación con el artículo 20.7 CP. Vid. PAREDES CASTAÑÓN, J. M., «Caso 'atorem el Parlament': una cuestión de atipicidad, no (sólo) de ponderación», en *Protección jurídica del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana*, Cuerda Arnau, M. L; García Amado, J. A. (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 178.

(176) Vid. CUERDA ARNAU, M. L., *La doctrina del efecto desaliento...cit.*, p. 126.

tos religiosos, han excluido la aplicación de la sanción penal por no encontrar presente el elemento subjetivo del injusto exigido en el artículo 525 CP(177).

5. TOMA DE POSTURA Y PROPUESTAS

Las reflexiones efectuadas a lo largo de estas páginas conducen a exponer las siguientes consideraciones que necesariamente deberán ser desarrolladas posteriormente, dadas las posibilidades de investigación que abren las cuestiones aquí planteadas.

I. El hecho religioso y la libertad de expresión entran en conflicto con cierta frecuencia a través del llamado discurso del odio. Valoramos positivamente la inclusión en nuestro Código penal de figuras que regulan la incitación o provocación al odio religioso, en concreto, algunas de las conductas tipificadas en el artículo 510.1 y 2 CP. Aunque debemos recordar que a través de estos tipos penales no se regulan propiamente delitos contra la libertad religiosa, sino delitos de odio, punibles desde la perspectiva de la seguridad personal y colectiva y del derecho a no ser discriminados.

En nuestro trabajo hemos examinado los elementos que definen los delitos de odio y proponemos –al menos– una interpretación restrictiva de los mismos, que implica exigir que se trate de conductas que tendencialmente inciten o provoquen a la discriminación de los sujetos pasivos, o que los injurien gravemente, sujetos que pueden ser cada uno de los miembros de un grupo o el conjunto de los miembros. La interpretación restrictiva de las conductas tipificadas es compartida mayoritariamente por la doctrina en España, sobre todo por aquellos autores que encuentran en estos delitos un peligro para la seguridad existencial o la identidad de los grupos minoritarios(178). Por nuestra parte entendemos que, al menos en los casos de odio por motivos religiosos, no es necesario que el ataque se dirija

(177) Algunos autores se muestran muy críticos con esta práctica de resolución de las querellas contra los sentimientos religiosos que recurren a la no apreciación de la intención de ofender, entre otras razones, porque supone previamente llamar a declarar al querellado como investigado, lo cual se convierte en una «pena de banquillo» e implica un mensaje intimidatorio al ejercicio de la libertad de expresión; *vid. DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., ob. cit.*

(178) Como ya expusimos anteriormente (*vid. nota núm. 77*), el autor cuyas tesis nos parecen más acertadas es LANDA GOROSTIZA, en su interpretación del bien jurídico como la «seguridad existencial» de los grupos.

sólo contra las minorías religiosas, aunque sí se debe exigir la vulnerabilidad del grupo o de sus miembros.

II. La libertad religiosa tiene entidad suficiente para ser considerada merecedora de protección penal, al menos en sus manifestaciones externas, dada su naturaleza de derecho fundamental. Entendemos, por ello, que es legítimo el recurso a las sanciones penales en los supuestos más graves contra este derecho y de acuerdo con la tradición legislativa de los Estados. Esta afirmación implica aceptar la tipificación de las conductas que consisten en imponer o en impedir la práctica o las creencias o en obligar a las mismas, vulnerando la libertad de las personas (art. 522 CP). Incluyo también la aceptación del delito de interrupción de ceremonias públicas (art. 523 CP).

La negación del derecho de libertad que supone la interrupción de una ceremonia cae fuera del contenido legítimo de la libertad de expresión y, aplicando los criterios de la jurisprudencia constitucional, podrá afirmarse que estamos ante un ejercicio «aparente» de la libertad de expresión, fuera de su contenido legítimo y no ante una mera extralimitación. Por esta razón no cabe justificar la anulación «innecesaria» del otro derecho.

Como ya se ha señalado, criticamos la gravedad punitiva del artículo 523 CP. Se trata de una pena desproporcionada a la gravedad de los hechos y a los resultados producidos por estas conductas. Por ello, se propone la revisión de las penas del artículo 523 CP.

III. Un análisis particular merece la protección penal de los sentimientos religiosos, objeto de polémica en la normativa europea y entre la doctrina española, penal, canonista y constitucional.

1. La primera dificultad para justificar dicha protección radica en la discusión sobre su naturaleza y sobre su condición de bien jurídico. Aun reconociendo que los sentimientos religiosos tienen una primera significación como estados emocionales, creemos que trascienden esa dimensión psicológica y adquieren un contenido normativo, como un valor que se deriva de la dignidad de la persona y que puede ser condición del desarrollo de su personalidad. Su contenido normativo será el derecho al respeto de la elección religiosa, que se manifiesta en no sufrir interferencias por las decisiones religiosas tomadas. Estaríamos, por tanto, ante una manifestación externa del ejercicio de la libertad religiosa, no meramente interna o subjetiva.

La afectación de ese sentimiento adquiere autonomía dentro del ejercicio de la libertad religiosa por la peculiar forma de lesión del mismo, que es el insulto formal, definido como la ofensa a la persona a causa de una opción religiosa adoptada o asumida. Entendido de esta manera, el insulto es un ataque contra la persona que trasciende

hasta ella y que puede formularse como una vejación o burla del sujeto a causa de sus creencias. Al personalizar esta modalidad de insulto, nos alejamos del ámbito tradicional de la blasfemia, entendida como ofensa a las ideas o creencias en sí mismas consideradas y cuya sanción no corresponde al Derecho penal.

Incluso con ese contenido normativo, es necesario plantearse la gravedad de la ofensa o lesión del sentimiento religioso, pues no todo insulto reúne las condiciones para ser calificado como injusto penal. En concreto, la protección de los sentimientos religiosos sólo debe adquirir entidad en el ámbito penal si el insulto tiene un efecto negativo grave sobre el ejercicio de la libertad religiosa, en concreto, si retrae a quien lo sufre de algún acto de libertad o dificulta el desarrollo de sus decisiones u opciones o si le priva de una interacción social. A partir de estas premisas se puede defender la posibilidad de proteger penalmente los sentimientos religiosos, cuestión que está abierta en el derecho comparado(179).

Otro tema para desarrollar es la diferencia entre los sentimientos religiosos y otros bienes jurídicos, como puede ser el derecho al honor. Se trata de una cuestión que afecta a la necesidad de protección penal de los sentimientos, pues la proximidad entre ambos delitos –escarnio e injurias– es notoria y, por ello, podría plantearse la absorción del primero dentro del segundo como una injuria especial. No obstante, el bien jurídico protegido es diferente: el honor en un caso y la libertad religiosa en otro, y ello permite su regulación autónoma, aunque para justificar la tipificación del escarnio sea necesario que la ofensa o vejación reúna unas condiciones de gravedad que hoy día no tiene y que hemos enunciado anteriormente, en particular que dificulte o impida el desarrollo de la personalidad religiosa de los ofendidos.

El mismo planteamiento debería hacerse respecto de las relaciones entre los delitos de odio por razón de la religión y los delitos contra los sentimientos religiosos. Protegen bienes jurídicos diferentes y, por ello, cabría defender su autonomía, en un caso como delitos contra la discriminación y, en el otro, contra la libertad religiosa. No obstante, la separación entre ellos constituye una «delgada línea roja» y, por razones de política criminal, podría reconducirse el delito de escarnio

(179) En concreto, queda pendiente un estudio comparado entre las distintas concepciones del bien jurídico y su posible extensión a los sentimientos en general y a los sentimientos religiosos en particular. Sobre esta cuestión se tomarían como puntos de referencia las aportaciones de Hefendehl y Hörnle, en Alemania; y las teorías sobre el «*offence principle*» en el derecho anglosajón, con especial referencia a Feinberg, Simester y Von Hirsch. En lo que respecta a España deben estudiarse las tesis enunciadas por Miró Llinares.

a los delitos de odio, como así se demanda en algunos de los recientes documentos europeos.

3. Aunque se pueda reconocer en los sentimientos religiosos un bien jurídico con contenido propio y no un mero valor moral, ello no sería suficiente para aceptar la protección penal de los mismos, pues es necesario plantearse no sólo el merecimiento de protección sino la necesidad de protección. En concreto, la pregunta que debemos responder es la siguiente: ¿desde una perspectiva político-criminal está justificada la consideración de los sentimientos religiosos como un bien jurídico penal necesitado de protección y es conforme a los postulados de legitimidad del *ius puniendi*?

Sobre este tema hemos tomado en consideración dos perspectivas. En primer lugar, el examen de los tipos penales –fundamentalmente el escarnio(180)– a la luz de los principios limitadores del ejercicio del *ius puniendi*, en especial la proporcionalidad y subsidiariedad. La segunda perspectiva es la necesidad político criminal de valorar la incidencia de tal regulación frente al derecho a la libertad de expresión, desarrollando especialmente el posible efecto desaliento. Ambas perspectivas arrojan luz sobre la necesidad y oportunidad de la sanción penal en la protección de los sentimientos y sobre la vigencia del delito de escarnio en nuestro Código penal. El análisis realizado nos lleva a plantear dos opciones:

La primera sería la de mantener en el Código penal el delito de escarnio en el artículo 525, modificando su definición y simplificando su estructura en consonancia con la determinación que hemos propuesto de los sentimientos religiosos. Deberá explicitarse la publicidad, gratuidad y gravedad de la ofensa y se construiría el tipo subjetivo sobre la intención ofensiva del autor. La nueva redacción de este precepto podría ser la siguiente: «Incurrirán en la pena de multa de ocho a doce meses los que, para ofender los sentimientos religiosos, vejen o insulten públicamente a una o varias personas por razón de sus creencias, dificultando o impidiendo la práctica de sus convicciones religiosas».

La segunda opción consiste en proponer la destipificación de este delito, postura que mantiene un considerable número de penalistas en nuestro país y que está en sintonía con las tendencias dentro de la Unión europea, donde se considera que, dada la gravedad de la sanción penal, es preferible el recurso a las sanciones o restricciones no

(180) Como ya comentamos anteriormente, dejamos para un estudio posterior la permanencia en el Código penal del delito de profanación (art. 524 CP).

penales en la protección de los sentimientos religiosos(181), atendiendo, por una parte, a la evitación del efecto desaliento sobre la libertad de expresión(182) y, por otra, al carácter subsidiario del Derecho penal(183).

El principal argumento que, en mi opinión, puede alegarse para aceptar despenalizar el escarnio radica en el carácter de «última ratio» del Derecho penal, que requiere en nuestros días una especial consideración. Así resulta necesario corregir el impulso criminalizador que se concreta en la huida hacia el Derecho penal como tendencia de resolución de los conflictos sociales, por ejemplo, con relación al medio ambiente, al maltrato animal, a la defensa de los símbolos y sentimientos, etc. Y conflictos como los que origina el ejercicio de la libertad de expresión deben ser resueltos en la medida de lo posible fuera del ámbito penal o, al menos, excluyendo la posibilidad de aplicar una pena privativa de libertad. No obstante, la importancia de los sentimientos religiosos no debe ser minusvalorada jurídicamente. En primer lugar, frente al insulto religioso la persona debe poder recurrir a la protección civil o administrativa, sin dejar de señalar como objeción el escaso desarrollo de ambas vías como barreras preventivas y repa-

(181) El recurso a las sanciones no penales –civiles o administrativas– aparece aconsejado en la Recomendación núm. 15 de la ECRI, ya citada, en el número 19 de su memorándum explicativo, en relación a la prevención del discurso del odio: «la imposición de restricciones diferentes a las sanciones penales cuando cabe esperar razonablemente que un uso determinado del discurso de odio tenga el efecto de incitar a otros a cometer actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación contra aquellos a los que se dirige, podría, en circunstancias específicas, ser una respuesta más proporcionada a la necesidad social apremiante que crea su uso». Igualmente, STEDH *Lehideux y Isorni c. Francia*, de 23 de septiembre de 1998, apartado 57: «teniendo en cuenta la existencia de otros medios de intervención y refutación, especialmente con recursos civiles, una condena penal es desproporcionada».

(182) Sobre el denominado efecto desaliento en esta materia, véase TORRES SOSPEDRA, D., «Efecto desaliento y libertad religiosa: la crisis de un sistema», en Combalá/Diago/González Varas (edit.), *Libertad de expresión y discurso del odio por motivos religiosos*, Universidad de Zaragoza, 2019, pp. 27-41. Del mismo autor, en *Anuario de Derecho Canónico* 6, supl, febrero 2018, pp. 217-268, p. 265: «la última ratio no es la única ratio, por tanto, caben otras vías. Es interesante como vía alternativa la indemnización de daños. Y es que la reparación en vía civil tiene, entre otras bondades, la no producción del famoso ‘efecto desaliento’».

(183) Por ejemplo, desde la perspectiva del principio de subsidiariedad, me parece que el delito de escarnio no cumpliría los requisitos expuestos por PAREDES CASTAÑÓN para validar la justificación de la intervención penal en la protección de un bien jurídico, en particular que la conducta del agresor no sólo dañe las posibilidades de interacción social de la persona, sino que «provoque una verdadera desestabilización sistémica», en *La justificación de las leyes penales*, Tirant lo Blanch, 2013, p. 325.

radoras tanto del discurso del odio como de la discriminación en general(184).

En segundo lugar, debe reconocerse la posibilidad de acudir a otras figuras delictivas en el caso de ataque a los sentimientos religiosos. Se trataría no tanto de valorar esas conductas desde la perspectiva de la libertad religiosa, sino, como hemos comentado antes, desde la perspectiva del derecho al honor o al derecho a no ser discriminados, o desde la perspectiva de la libertad de obrar.

Como consecuencia de estas consideraciones entiendo que, si bien podemos reconocer la naturaleza de bien jurídico a los sentimientos religiosos, como parte del contenido de la libertad religiosa existen razones político criminales suficientes para excluir la sanción penal como vía de solución de los conflictos con la libertad de expresión.

IV. En todo caso es también deseable, fuera del ámbito jurídico, el crecimiento de una conciencia ética que promueva el ejercicio del derecho a la libertad de expresión dentro de unos límites de respeto y tolerancia hacia las creencias de los demás.

Cabe destacar dentro de esta línea la propuesta de la Asamblea del Consejo de Europa 1510 (2006), que pone de parte de los profesionales de los medios de comunicación el deber de formación ética en el respeto de los valores religiosos y de conciencia: «La Asamblea invita también a los profesionales de los medios y a sus organizaciones profesionales a plantear una ética de los medios de comunicación respecto a las creencias y sensibilidades religiosas. La Asamblea propugna la creación de instrumentos reguladores de la prensa, defensores de los medios y otros instrumentos auto reguladores, allí donde todavía no existen, los cuales pueden ofrecer posibles soluciones para las ofensas a las convicciones religiosas»(185).

(184) Sobre cuáles sean en nuestro ordenamiento los procedimientos civiles y administrativos de protección de los sentimientos religiosos, *vid.* ANDREU MARTÍNEZ, M. A., «Tutela administrativa y judicial de los sentimientos religiosos», <https://riucv.ucv.es/handle/20.500.12466/1226>. Entre estas medidas puede citarse la reciente Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación, la LO 4/2015 de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana, o la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen

(185) En este sentido, PALOMINO LOZANO, R., plantea la necesidad de una conciliación en el ejercicio de ambos derechos y, dice que «dicha conciliación proviene de un uso responsable y armónico de ambas libertades, sin confiar todo el peso de la solución a las aportaciones que, siempre sometidas a la mejora, pueda proporcionar el Derecho», «Libertad religiosa y libertad de expresión», *Ius Canonicum* XLIX, núm. 98, 2009, p. 546. Véase también la propuesta ética de CORTINA ORTS, A., *op. cit.*, especialmente, p. 87.

6. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ADNANE RKIOUA, A., «La paz social como proyección objetiva de un posible derecho constitucional al bienestar emocional en el marco español y europeo», *Estudios de Deusto*, vol. 70/1, enero-junio 2022, pp. 161-191.
- ALCÁCER GUIRAO, R., «Cocinar cristos y quemar coranes», en Miró Llinares, F., *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*, Marcial Pons, Madrid, 2017, pp. 67-85.
- «Símbolos y ofensas. Críticas a la protección penal de los sentimientos religiosos», *Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología*, REPC 21-15 (2019), pp. 1-38.
- «Opiniones constitucionales», *InDret. Revista para el análisis del derecho*, enero 2018, pp. 1-39.
- *La libertad del odio. Discurso intolerante y protección penal de minorías*, Marcial Pons, 2020.
- «Discurso de odio, derecho penal y libertad de expresión», *Cuestiones de Pluralismo*, Vol. 1, núm. 2 (segundo semestre de 2021), https://www.observatorioreligion.es/revista/articulo/discurso_de_odio__derecho_penal_y_libertad_de_expresion/index.html
- «Protección de sentimientos religiosos y discurso del odio», *Azafea*, Rev. Filos. 23, 2021, pp. 107-134.
- ALONSO ÁLAMO, M., «Sentimientos y Derecho Penal», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 116, 2012, pp. 35-96.
- AMELUNG, K., «El concepto “bien jurídico” en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos» (trad. de Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno), en Hefendehl/Von Hirsch/Wohlers (eds.) *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, 2016, pp. 221-258.
- ANDREU MARTÍNEZ, M. A., «Tutela administrativa y judicial de los sentimientos religiosos», <https://riucv.ucv.es/handle/20.500.12466/1226>.
- BAGES SANTACANA, J., «La discutida legitimidad de la protección penal de los sentimientos religiosos. De la publicación de caricaturas de Mahoma a Willy Toledo», *La Ley Penal*, núm. 140, 2019, pp. 1-36.
- *La protección penal de los sentimientos religiosos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- BERNAL DEL CASTILLO, J., *La discriminación en el derecho penal*, Ed. Comares, Granada, 1998.
- BETRIÁN CERDÁ, P., *El principio de igualdad y no discriminación por razón de religión. Perspectiva global de su regulación jurídica*, Cuadernos Democracia y Derechos humanos, Universidad de Alcalá, 2017.
- BILBAO UBILLOS, J. M., «La excarcelación tenía un precio: el Tribunal enmienda la plana al legislador. (Comentario de la STC 136/1999, en el caso de la Mesa Nacional de HB)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 20. Núm. 58. Enero-abril 2000, pp. 277-342.

- CABELLOS ESPIERREZ M. A., «Libertades de expresión y libertad religiosa: situaciones de conflicto y criterios para su tratamiento», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXXIII (2017), pp. 257-297.
- CÁMARA ARROYO, S., «Consideraciones críticas sobre la tutela penal de la libertad religiosa y la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LXIX, 2016, pp. 123-210.
- «El concepto de delitos de odio y su comisión a través del discurso. Especial referencia al conflicto con la libertad de expresión», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LXX, 2017, pp. 139-225.
- «Delitos de odio: concepto y crítica: ¿límite legítimo a la libertad de expresión?», *La Ley penal*, núm. 130, 2018, pp. 1-37.
- CARAZO LIÉBANA, M. J., «El derecho a la libertad religiosa como derecho fundamental», *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, núm. 14, julio 2011, pp. 43-74.
- CARDENAL MONTRAVETA, S., «Expresiones, prohibiciones y penas», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (REDPC)* 24-13, 2022.
- CARRILLO DONAIRE, J. A., «Libertad de expresión y ‘discurso del odio’ religioso: la construcción de la tolerancia en la era postsecular», *Revista de Fomento Social* (70), 2015, pp. 205-243.
- CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, C. M., «Los principios constitucionales de igualdad de trato y de prohibición de la discriminación: un intento de delimitación», *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 50/51, 2005, pp. 193-218.
- CLIMENT GALLART, J. A., «Opinión pública y libertad de expresión», *Iuris Tantum. Revista Boliviana de Derecho*, núm. 23, 2017, pp. 240-261.
- COLOMER BEA, D., «La doctrina del efecto desaliento como punto de conexión entre el Derecho penal y los derechos fundamentales», *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 41, 2019, pp. 97-116.
- COMBALÍA SOLÍS, Z., «Los conflictos entre libertad de expresión y religión: Tratamiento jurídico del discurso del odio», *Anuario de derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 31, 2015, pp. 355-379.
- CORRECHER MIRA, J., «La banalización del discurso del odio: una expansión de los colectivos ¿vulnerables?», *Indret*, 2, 2021, pp. 87-149.
- CORTINA ORTS, A., «¿Cómo superar los conflictos entre el discurso del odio y la libertad de expresión en la construcción de una sociedad democrática?», *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, 2017, fascículo 1, pp. 77-92.
- CUERDA ARNAU, M. L., «La doctrina del efecto desaliento en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español. Origen, desarrollo y decadencia», *Indret*, 2.2022, pp. 88-131.
- CUEVA FERNÁNDEZ, R., «El ‘discurso del odio’ y su prohibición», *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 35 (2012), pp. 437-455.
- CUTIÑO RAYA, S., «Ofensas a la religión y sistema penal: la descripción de los conflictos en la jurisprudencia penal», en Del Carpio Delgado J./Holgado González, M. (dirs.); De Pablo Serrano, A. L. (coord.) *Entre la*

- libertad de expresión y el delito. Cuestiones de la parte especial de los delitos de opinión*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pp. 319-373.
- DAUNÍS RODRÍGUEZ, A., «La confusión de los delitos de odio», en Del Carpio Delgado/Holgado González, *Entre la libertad de expresión y el delito*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pp. 223-249.
- DE LA MATA BARRANCO, N. J., «Discurso de odio y delito de odio, no, no es lo mismo», publicado en el blog «Almacén del Derecho», 14 de noviembre de 2021, <https://almacendederecho.org/discurso-de-odio-y-delito-de-odio-no-no-es-lo-mismo>.
- DE LA ROSA CORTINA, J. M., «Delitos contra los sentimientos religiosos y libertad de expresión», *Revista del Ministerio Fiscal*, núm. 7, 2019, <https://www.fiscal.es>
- DE PABLO SERRANO, A. L., «En defensa de la tipificación penal del discurso difamatorio contra colectivos vulnerables», en Del Carpio Delgado J./Holgado González, M. *Entre la libertad de expresión y el delito*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pp. 69-73.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *El discurso del odio. Análisis del artículo 510 del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- DÁZ LÓPEZ, J. A., *Informe de delimitación conceptual en materia de delitos de odio*, https://www.inclusion.gob.es/oberaxe/ficheros/documentos/Informe_Delitos_Odio_Final_pdf, Madrid, 14 de marzo de 2018.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «El juez instructor ante querellas infundadas por actos de expresión satírica, política, artística o activista», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (REDPC), 24-10, 2022, <http://criminnet.ugr.es/recpc>.
- ELÓSEGUI ITXASO, M., «Las Recomendaciones de la ECRI sobre el discurso del odio y la adecuación del ordenamiento jurídico español a las mismas», *Revista general de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, núm. 44, 2017.
- EVANS, C., *Freedom of Religion under the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2001.
- FERNÁNDEZ BERMEJO, D., «Reflexiones acerca del tradicional delito de escarnio de los sentimientos religiosos», *Derecho y Religión*, vol XII, 2017, pp. 137-166.
- FERREIRO GALGUERA, J., «Libertad de expresión y sensibilidad religiosa: estudio legislativo y jurisprudencial», *Revista general de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, núm. 34, 2014.
- FUENTES OSORIO, J. L., «El odio como delito», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (RECPC) 19-27, 2017.
- GARCÍA AMADO, J. A., «Sobre ponderación y penas. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo (Sala Penal) 161/2015, en el caso del asedio al Parlamento de Cataluña», *Protección jurídica del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana*, M L. Cuerda Arnau, J. A. García Amado (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 183-210.

- GARCÍA GARCÍA, R., «La libertad de expresión en colisión con la libertad religiosa: propuestas de consenso», *Anuario de Derecho Canónico*, 6, febrero 2018, pp. 269-295.
- GARRIGA DOMÍNGUEZ, A., «El conflicto entre la libertad de expresión y los sentimientos religiosos en las sociedades multiculturales», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXX, 2014, pp. 97-115.
- GÓMEZ MARTÍN, V., «Incitación al odio y género. Algunas reflexiones sobre el nuevo artículo 510 CP y su aplicabilidad al discurso sexista», en Miró Llinares (dir.) *Cometer el delito en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*, Marcial Pons, Madrid, 2017, pp. 177-204.
- *Delitos de discriminación y discurso de odio punible. Nuevo escenario en España tras la LO 1/2015*, Juruá Editorial, 2019.
- «Daño, ofensa y discurso del odio». *Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Protocolo I, 2021*, pp. 235-256.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, A., «La relación entre la libertad de expresión y la libertad religiosa en el Consejo de Europa», *Conpedi Law Review*, 2018, pp. 79-97.
- GONZÁLEZ URIEL, D., «La religión y su juridificación (Especial consideración de la colisión entre la libertad religiosa y la libertad de expresión)», *Boletín del Ministerio de Justicia*, año LXXII, núm. 2209, 18 de junio de 2018.
- GORDON BENITO, I., *Delitos de odio y ciberodio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- GUTIÉRREZ DEL MORAL, M. J., «El odio religioso en las recomendaciones de la Comisión Europea contra el racismo y la intolerancia (ECRI)», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 56, 2021.
- HABERMAS, J., «La idea de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos», *Un panorama de filosofía jurídica y política (50 años de Anales de la Cátedra Francisco Suárez)*, *Temas y problemas*, Vol. 44 (2010), pp. 105-121.
- HOLGADO GONZÁLEZ, M., (2022). «Libertad de expresión y discurso político intolerante». *Revista Estudios Jurídicos*. Segunda Época, 22, <https://doi.org/10.17561/rej.n22.7429>.
- HÖRNLE, T., «La protección de sentimientos en el StGB», (trad. de M. Martín Lorenzo), en Hefendehl/Von Hirsch/Wohlers (eds.) *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, 2016, pp. 383-402.
- «Libertad de expresión y Derecho penal en una sociedad pluralista», en Landa Gorostiza, J. M./Garro Carreras, E. (dir.) *La libertad de expresión en tiempos convulsos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 67-91.
- JERICÓ OJER, L., «La relevancia de los sentimientos religiosos como límite de la libertad de expresión. Especial referencia al delito de escarnio», en M. Díaz y García-Conlledo (coord.). AAVV, *Libertad de expresión y sentimientos religiosos*, Juruá, Lisboa, 2012, pp. 103-151.

- LANDA GOROSTIZA, J. M., «El discurso del odio criminalizado: propuesta de interpretación del artículo 510 CP», en Landa Gosrostiza, J. M./Garro Carrera, E. (directores) *Delitos de odio: Derecho comparado y regulación española*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 221-260.
- «El delito de incitación al odio (art. 510 cp): quo vadis», *Azafea. Revista de Filosofía*-febrero 2022, pp. 57-81.
- «Igualdad de trato, no discriminación y delitos de odio» en Shersheva, Julia (2023), *Zabaldu#1. Dimensiones desde la desigualdad*. Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, pp. 31-50, <http://www//ikuspegi.eus/documentos/zabaldu/zabaldu1cas.pdf>.
- LASCURÁIN SÁNCHEZ, J. A., «Bien jurídico y objeto protegido», *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, vol. LX, 2007, pp. 119-163.
- LAURENZO COPELLO P., «La discriminación por razón de sexo en la legislación penal», *Jueces para la democracia*, núm. 34, 1999, pp. 16-23.
- «Sentimientos religiosos y delitos de odio: un nuevo escenario para unos delitos olvidados», *VVAA Liber Amicorum. Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. Dr. H.c. Juan M.ª Terradillos Basoco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 1287-1300.
- MARTÍNEZ-PUJALTE, A. L., «Ámbito material de los derechos fundamentales, dimensión institucional y principio de proporcionalidad» *Persona y Derecho*, núm. 54, 2006, pp. 75-116.
- MARCIANI BURGOS, B., «La posición preferente del derecho a la libertad de expresión: un análisis crítico de sus fundamentos», *Pensamiento Constitucional*, vol. 11, 2005, pp. 351-378; <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional>.
- MARTÍNEZ-TORRÓN, J., «¿Libertad de expresión amenazada? Libertad de expresión y libertad de religión en la jurisprudencia de Estrasburgo», en Martínez-Torrón/Cañamares Arribas, *Tensiones entre libertad de expresión y libertad religiosa*, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 83-120.
- «La tragedia de Charlie Hebdo: algunas claves para un análisis jurídico» *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 50, febrero 2015.
- «Discurso de odio, injurias a la religión y moralidad pública», en Martínez-Torrón, J., Cañamares Arribas, S., González Sánchez, M. *Libertad de expresión y libertad religiosa: una perspectiva transatlántica*, Iustel, Madrid, 2023, pp. 21-56
- «Libertad de expresión y lenguaje ofensivo: algunos criterios prácticos de análisis jurídico», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 60, 2016.
- MELÉNDEZ-VALDÉS NAVAS, M., «Los sentimientos religiosos desde la perspectiva de los sentimientos en el derecho», *Laicidad y Libertades*, núm. 21, 2021, pp. 193-217.
- MINTEGUA ARREGUI, I., *Sentimientos religiosos, moral pública y libertad artística en la Constitución española de 1978*, Colección Conciencia y Derecho, Dykinson, Madrid, 2006.

- MIRÓ LLINARES, F., «La Criminalización de conductas “ofensivas”. A propósito del debate anglosajón sobre los “límites morales” del Derecho Penal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC)*, 17-23, 2015, disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc>.
- *Cometer el delito en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*, Marcial Pons, Madrid, 2017.
- MORILLAS CUEVA, L., *Los delitos contra la libertad religiosa (especial consideración del artículo 205 del Código Penal)*, Granada, 1977.
- *Sistema de Derecho penal*, 2.ª ed. 2016.
- 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*, núm. 2, 2010
- PALOMINO LOZANO, R., «Libertad religiosa y libertad de expresión», *Ius Canonicum*, XLIX, núm. 98, 2009, pp. 509-548.
- «Libertad de expresión y libertad religiosa: elementos para el análisis de un conflicto», en Martínez-Torrón/Cañamares Arribas *Tensiones entre libertad de expresión y libertad religiosa*, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 34-68.
- PAREDES CASTAÑÓN J. M., *La justificación de las leyes penales*, Tirant lo Blanch, 2013.
- «Caso “aturem el Parlament”: una cuestión de atipicidad, no (sólo) de ponderación», en *Protección jurídica del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana*, M. L. Cuerda Arnau, J. A. García Amado (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 171-192.
- PAREJO GUZMÁN, M. J., «Libertad religiosa y libertad de expresión: la tolerancia y el discurso religioso por razones de género», en Combalá/Diago/González-Varas (editores), *Libertad de expresión y discurso del odio por motivos religiosos*, ed. del Licregdi, Zaragoza, 2019, pp. 320-348.
- «La libertad religiosa y su protección en nuestro estado laico y democrático de derecho del siglo XXI, desde el derecho eclesiástico del Estado», en Del Carpio Delgado/Holgado González (dir.), *Entre la libertad de expresión y el delito*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pp. 255-289.
- PÉREZ DE LA FUENTE, O., «Libertad de expresión y escarnio de los sentimientos religiosos. Enfoques sobre la ponderación en algunos casos de los tribunales españoles», *Revista telemática de Filosofía del Derecho* núm. 18, 2015, pp. 131-158.
- PÉREZ DOMÍNGUEZ, F., «Hecho religioso y límites a la libertad de expresión», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXXII (2016), pp. 205-261.
- PÉREZ FERER, F., «A propósito de la tutela penal de la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos en el ordenamiento español», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 129, 2019, pp. 65-107.
- PÉREZ MADRID, F., «Protección penal de la libertad religiosa y límites de la libertad de expresión», en Ruano Espina y Sánchez Girón (eds.) *A un año de la reforma del proceso matrimonial*, ed. Dykinson, Madrid, 2017, pp. 111-141.

- PORRAS RAMÍREZ, J. M., «Eficacia jurídica del principio constitucional de dignidad de la persona», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXXIV, 2018, pp. 201-223.
- PORTILLA CONTRERAS, G., «El retorno de la censura y la caza de brujas anarquistas», en Miró Llinares (dir.) *Cometer delito en 140 caracteres*, Marcial Pons, 2017, pp. 87-105.
- PRESNO LINERA, M. A., «El derecho a la libertad de expresión según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en Martín-Herrera (editor) *La libertad de expresión desde un enfoque global y transversal en la era de los objetivos de desarrollo sostenible*, Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2022, pp. 59-83.
- RAMOS VÁZQUEZ, J. A., «Muerte y resurrección del delito de escarnio en la jurisprudencia española», *Revista española de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 21-27 (2019) pp. 1-43.
- REVENGA SÁNCHEZ, M., «Los discursos del odio y la democracia adjetivada: tolerante, intransigente, ¿militante?», *Libertad de expresión y discursos del odio. Cuadernos de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos*, Madrid, 2015, pp. 15-32.
- REY MARTÍNEZ, F., «Discurso del odio y racismo líquido», en Revenga Sánchez (dir.) *Libertad de expresión y discursos del odio. Cuadernos de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos*, Madrid, 2015, pp. 51-88.
- ROCA, M. J., «Límites a la libertad de expresión de los políticos y abuso de derecho. Los casos Féret c. Bélgica y Perincek c. Suiza», UNED. *Revista de Derecho Político* núm. 109, septiembre-diciembre 2020, pp. 345-370.
- ROCA DE AGAPITO, L., «Delitos contra la libertad de conciencia y sentimientos religiosos» en J. Álvarez García (dir.) *Tratado de Derecho Penal español. Parte Especial, IV. Delitos contra la Constitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- «El delito de profanación como ejemplo de un Derecho Penal sentimental», *Derecho y religión*, vol. XII, 2017, pp. 167-192.
- «El delito de escarnio de los sentimientos religiosos», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. 33, 2017, pp. 557-597.
- RODRÍGUEZ BLANCO, M., «La prohibición de la difamación de las religiones en el derecho internacional. ¿Una noción inoperante?» *Derecho y Religión*, núm. 12, 2017, pp. 11-26.
- ROIG TORRES, M., *Delimitación entre libertad de expresión y «discurso del odio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- «El enaltecimiento de los delitos previstos en el artículo 510 del CP a la luz de la última jurisprudencia constitucional», *Estudios penales y criminológicos*, vol. 41, 2021, pp. 233-305.
- ROLLNET LIERN, G., (2019) «El discurso del odio: una lectura crítica de la regulación internacional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 115, pp. 81-109.

- ROSZKIEWICZ, J., «The right to the protection of religious feelings versus freedom of expression in the light of the Constitution of the Republic of Poland and the European Convention on Human Rights», *Kultura prawna. Godność jako źródło praw i wolności*, núm. 2 (2/2018).
- RUBIO FERNÁNDEZ, E. M., «Expresión frente a religión: un binomio necesitado de nuevas vías de entendimiento y superación de sus interferencias», *Anales de Derecho*, núm. 24, 2006, pp. 201-232.
- SALINAS MENGUAL, J., «¿Hacia dónde camina la relación entre la libertad religiosa y la libertad de expresión? Estudio de la evolución de la jurisprudencia del TEDH en relación al caso Sekmanienis c. Lituania», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 48, 2021, pp. 1-47.
- SÁNCHEZ BENÍTEZ, C., «Derecho Penal y fenómeno religioso: a propósito del artículo 525 del Código penal español y su tratamiento jurisprudencial», *Revista electrónica de estudios penales y de la seguridad*, REEPS 7 Especial, (2021), pp. 1-18.
- SANJURJO RIVO, V. A., «Discurso antirreligioso y libertad de expresión: la tutela penal de los sentimientos religiosos», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 51, 2023, pp. 385-415.
- SCOLNICOV, A., «La libertad religiosa como derecho a la libertad de expresión» *Derecom, Revista Internacional de derecho de la comunicación y de las nuevas tecnologías*, núm. 20, 2016, pp. 1-28.
- SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, I., «El delito de escarnio de creencias», *La Ley*, 1996-5, pp. 1381-1388.
- SOLOZABAL ECHAVARRÍA, J. J., «La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 11. Núm. 32, mayo-agosto, 1991, pp. 73-113.
- SOUTO GALVÁN, B., «La protección penal contra ofensas de los sentimientos religiosos: ¿discurso de odio o salvaguardia de la supremacía confesional?», *Laicidad y libertades*, núm. 17, pp. 267-294.
- SPAEMANN, R., «Sobre el concepto de dignidad humana», *Persona y Derecho*, núm. 19, 1988, pp. 13-33.
- TAMARIT SUMALLA, J. M., *La libertad ideológica en el Derecho Penal*, PPU, Barcelona, 1989.
- «Artículo 523», en G. Quintero Olivares (director)/ F. Morales Prats (coordinador) *Comentarios al Código penal*, t. II, Thomson Reuters Aranzadi, 2016, p. 1707.
- TAPIA BALLESTEROS, P., «El discurso del odio del artículo 510.1.a) del Código penal español: la ideología como un caballo de Troya entre las circunstancias sospechosas de discriminación», en Del Carpio Delgado, J./Holgado González, M. *Entre la libertad de expresión y el delito*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pp. 25-66.

- TERUEL LOZANO, G. M., «El discurso del odio como límite a la libertad de expresión en el marco del convenio europeo», REDCE, núm. 27, enero-junio de 2017.
- «Cuando las palabras generan odio: límites a la libertad de expresión en el ordenamiento constitucional español», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 114, 13-45, 2018, pp. 13-45.
- TORRES SOSPEDRA, D., «Sociedad de la información y libertad religiosa. Cuando la libertad de expresión se convierte en *hate speech*», *Anuario de Derecho Canónico*, 6 Supl. [febrero, 2018], pp. 217-268.
- VALMAÑA OCHAÍTA, S., «Los delitos contra la libertad de conciencia y los sentimientos religiosos», en VVAA: *Estudios en Homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo II, Edisofer, Madrid, 2008, pp. 2285-2310.
- WEBER, A., *Manual on hate speech*, Conseil de l'Europe, 2009. <https://book.coe.int/en/human-rights-and-democracy/4198-pdf-manual-on-hate-speech.html#>.

Grado de ejecución y penalidad de la tentativa

ANTONI GILI PASCUAL

Catedrático de Derecho Penal. Universitat de les Illes Balears

RESUMEN

Para la determinación de la pena del delito intentado este trabajo propone prescindir definitivamente del recurso a las categorías tradicionales de tentativa inacabada y acabada. Aunque es verdad que tras la aprobación del código vigente la trascendencia de tal distinción en el cometido penológico fue pronto relativizada por la doctrina y, paulatinamente, también por la jurisprudencia, la diferenciación continúa utilizándose actualmente. Ello al amparo de la referencia legal al grado de ejecución alcanzado, que constituye, en último término, reminiscencia de una concepción histórica de las formas imperfectas de ejecución de la que el legislador de 1995 no se atrevió a prescindir completamente.

Sin embargo, parece que debe irse bastante más allá de esa mera relativización de la importancia de la distinción. El análisis realizado evidencia que la caracterización previa del intento conforme a esa clasificación binaria no sólo resulta un paso innecesario en la determinación de la pena, sino a menudo inviable y muchas veces hasta contraproducente, aprovechándose frecuentemente sólo como un cómodo expediente para relajar las exigencias de motivación respecto de lo auténticamente relevante: la valoración del grado cuantitativo del peligro argumentado en el caso concreto.

Palabras clave: *tentativa, iter criminis, determinación de la pena.*

ABSTRACT

This paper advocates for the definitive abandonment of the use of traditional categories of unfinished and finished attempts in the determination of penalties for attempted crimes. Despite the doctrinal and jurisprudential downplaying of the significance

of such a distinction in penal considerations shortly after the enactment of the current legal code, the differentiation persists today. This is grounded in the legal reference to the degree of execution reached, ultimately reflecting a historical conception of imperfect forms of execution that the legislator of 1995 hesitated to entirely discard.

However, it appears necessary to move beyond mere relativization of the importance of this distinction. The analysis conducted reveals that the prior characterization of an attempt based on this binary classification not only proves an unnecessary step in penalty determination but often becomes unfeasible and, in many cases, counterproductive. It is frequently utilized merely as a convenient expedient to relax the requirements of justification concerning what is authentically relevant: the assessment of the quantitative degree of danger posed in the specific case.

Keywords: *attempt, iter criminis, penalty determination.*

SUMARIO: I. Presentación.–II. Correlaciones entre la concepción de la antijuridicidad y la penalidad de la tentativa. Especial atención a la distinción entre tentativas inacabadas y acabadas. 1. En general: penalidad de la tentativa vs. penalidad de la consumación. Breve compendio de posicionamientos tradicionales. 1.1 Concepción subjetiva del injusto. Desvalor de intención y equiparación penológica con la consumación. Atenuación facultativa. 1.2 Matizaciones desde planteamientos monistas: de la atenuación facultativa en general a la atenuación obligatoria de la tentativa inacabada (y, por motivos distintos, de la acabada). 1.3 Atención al desvalor de resultado y atenuación obligatoria (y progresiva) para tentativas inacabadas y acabadas. 2. En particular en el Derecho vigente: ampliación de los grados de injusto objetivo en atención a las formas de enjuiciamiento del peligro y su proyección en la penalidad de tentativas inacabadas y acabadas.–III. Toma de postura. Relativización de la correspondencia entre concepción del injusto, grado de ejecución y penalidad de la tentativa. Atención al grado cuantitativo del peligro.–IV. Aproximación jurisprudencial: ¿Alguna relevancia de la distinción entre tentativas inacabadas y acabadas para determinar su penalidad? 1. Pronunciamientos continuistas. 2. Criterio actual. Irrelevancia de la distinción. Preeminencia de la peligrosidad inherente al intento.–V. Consideraciones finales.–VI. Bibliografía citada.–VII. Resoluciones judiciales citadas.

I. PRESENTACIÓN*

Este trabajo se centra en revisar críticamente el peso que cabe atribuir a uno de los dos parámetros legales a los que aludió el legislador de 1995 para calibrar la pena del delito intentado(1), el del «grado de

* Esta publicación es parte del proyecto de I+D+i PID2021-123441NB-I00, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033/ y FEDER.

(1) No se trata pues, como revela su título, de un estudio integral sobre la penalidad de la tentativa, de modo que quedan al margen tanto cuestiones penológicas

ejecución alcanzado», que convencionalmente se ha identificado con la distinción entre tentativas inacabadas y acabadas (empleando en esto la terminología de influencia germana, aunque los conceptos que se cobijan bajo tal denominación no resulten allí coincidentes con el uso que se les da en nuestro entorno).

Se trata, pues, de poner de relieve la –en mi opinión muy escasa o nula– trascendencia que debe concederse actualmente a la distinción aludida en el campo penológico, abordando para ello la cuestión desde una perspectiva tanto doctrinal como jurisprudencial. En relación con esta última, se sistematiza la evolución experimentada por las decisiones de nuestros tribunales a lo largo de más de un cuarto de siglo de vigencia de la fórmula legal actual, explicando las razones de dicha evolución y poniendo de manifiesto los puntos débiles que se perciben en las posiciones actuales. En el plano doctrinal –que por razones expositivas se abordará en primer lugar– se dedica especial atención a las propuestas de aplicación del derecho español vigente que toman en consideración el carácter inacabado o acabado del intento. No obstante, no puede obviarse que, desde un punto de vista más general, la aproximación doctrinal a la penalidad ideal de la

específicas como otras generales o de orden político-criminal que pudieran resultar del máximo interés, como, entre estas últimas, la relativa a la conveniencia de la implantación de un sistema de incriminación específica. Sobre este concreto punto guardó silencio el reducido preámbulo del Código penal vigente, aunque el Proyecto de 1992, antecesor del finalmente aprobado (y aludido como referente por este último), afirmó que se había mantenido en relación con la tentativa «el sistema de fórmula general especialmente porque la experiencia ha[bía] puesto de manifiesto que esa fórmula, a diferencia de lo que suced[ía] con la imprudencia, [...] no ha[bía] suscitado problemas de especial importancia en su aplicación». Sin embargo, la afirmación parece más bien hecha con la finalidad de eludir una tarea compleja. Pues el sistema de incriminación específica parece recomendable tanto desde el punto de vista de la intervención mínima como de la seguridad jurídica (solo a título de ejemplo, véase la problemática recientemente abordada por BORJA JIMÉNEZ, E., «El castigo de la tentativa de un delito de peligro abstracto: algunas reflexiones a raíz de la STS 48/2020, de 11 de enero», en *Estudios Penales en Hje. al Prof. José Manuel Lorenzo Salgado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 227 ss.). Es más: aquella seguridad jurídica puede incluso recomendar, yendo más allá, no solo una selección de los intentos punibles sino también un ulterior esfuerzo en la precisión del inicio de ejecución respecto de algunas de las figuras delictivas seleccionadas.

La cuestión penológica tratada en este trabajo, efecto de la supresión de los grados de ejecución nominalmente distintos conocidos desde antiguo en nuestro Derecho, fue, en cambio, el motivo central de la reforma. Según el citado proyecto, en el campo de la tentativa «el único problema real venía dado por la artificiosidad de la separación legal de la tentativa y la frustración, imprecisión comprensible, pero que viene permitiendo muy graves variaciones de pena que, por lo mismo, pueden llegar a aparecer como arbitrarias. Por este motivo –continuaba– se propone dejar en manos de los Tribunales la valoración y medición del intento de consumir un delito, decisión que lógicamente habrán de fundamentar, y, en función de ello, decidir la pena imponible».

tentativa se ha acometido tradicionalmente a partir de la concepción del injusto, suponiéndola una consecuencia obligada del modelo defendido en ese campo (y propugnando así, en coherencia con aquél, bien la equiparación de la pena con la de la consumación, bien la rebaja de la misma, ya sea esto último con carácter facultativo u obligatorio(2)). Por ello, y aunque resulten conocidas, la exposición no puede sustraerse a un breve recordatorio simplificado de estas posiciones clásicas(3), aunque procurará hacerse subrayando ya el peso que en el seno de cada una de ellas se atribuye a la distinción de referencia(4), y ofreciendo también alguna otra información complementaria.

II. CORRELACIONES ENTRE LA CONCEPCIÓN DE LA ANTIJURIDICIDAD Y LA PENALIDAD DE LA TENTATIVA. ESPECIAL ATENCIÓN A LA DISTINCIÓN ENTRE TENTATIVAS INACABADAS Y ACABADAS

1. En general: penalidad de la tentativa vs. penalidad de la consumación. Breve compendio de planteamientos tradicionales

1.1 CONCEPCIÓN SUBJETIVA DEL INJUSTO. DESVALOR DE INTENCIÓN Y EQUIPARACIÓN PENOLÓGICA CON LA CONSUMACIÓN. ATENUACIÓN FACULTATIVA

La primera parada en este repaso anunciado debe hacerse en las posiciones estrictamente subjetivas. Una perspectiva que conciba el

(2) También de interés, pero igualmente ajeno a este trabajo, resultaría el enfoque histórico, que permitiría rastrear la contraposición de modelos penológicos diversos hasta épocas pretéritas, en función de otros argumentos y de corrientes de pensamiento de diverso signo. Desde la gradación de la respuesta punitiva defendida por los prácticos al son de la distinción entre un *conatus remotus* y otro *proximus*, hasta, por ejemplo, la equiparación punitiva de la tentativa y la consumación consagrada por el Código napoleónico de 1810 en su artículo 2.º (debidamente, según Jiménez de Asúa, a una interpretación errónea del Derecho Romano –JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho penal*. T. VII, *El delito y su exteriorización*. Ed. Losada, 2.ª ed., Buenos Aires, 1977, p. 597–). De esta última solución, por cierto, se distanció desde sus inicios la codificación española.

(3) Con mayor detenimiento, véase LAURENZO COPELLO, P., *El resultado en Derecho Penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, p. 35 ss., con ulteriores referencias.

(4) Pues debe tenerse presente que la aproximación en función del contenido de injusto pretende contraponer, en primer término, la pena que sería adecuada para la tentativa como bloque (incluyendo cualquier grado de ejecución) a la pena del delito consumado. Las distinciones internas en función de dicho grado se presentan, en ese contexto, como un apéndice del debate general.

injusto como expresión de la voluntad contraria a la norma encontrará, «lógicamente», serias dificultades para justificar –al menos en ese plano de la antijuridicidad– una disparidad de trato entre el intento y la consumación. Pues como resulta obvio, si en ese desvalor de acción, identificado con un mero desvalor de intención, se agota toda la antijuridicidad del hecho (a la que nada añade ya, en otras palabras, ni el peligro ni la propia verificación del resultado), entonces lo coherente habría de ser, en efecto, asimilar el tratamiento punitivo de las formas imperfectas (de todas, sean acabadas o inacabadas) con el de la modalidad consumada. En palabras Moreno-Torres, recogiendo lo expresado por Bacigalupo, «en realidad si lo injusto se agota en el desvalor de la acción y tal desvalor está dado por la infracción de la norma, un desarrollo consecuente de este punto de vista obliga a admitir que el desvalor de acción se presenta ya íntegro a partir del comienzo de la ejecución del comportamiento prohibido, pues es allí donde se pone de manifiesto toda la rebeldía del autor frente al ordenamiento jurídico: entre tentativa (acabada o inacabada) y delito consumado no debería haber diferencia alguna en la gravedad de la punibilidad; tampoco entre ambas especies de tentativa debería admitirse este tipo de diferencia: todo lo ocurrido después del comienzo de la ejecución sería ya irrelevante para aumentar el contenido de la ilicitud del hecho, pues el dolo debe estar íntegro en el momento del comienzo de ejecución y el progreso en la realización del plan del autor no debería agregar nada a su desvalor. La completa exclusión del desvalor de resultado eliminaría, en consecuencia, toda diferencia entre hechos tentados, frustrados y consumados»(5). Esta contundente afirmación, que parifica el desvalor y la penalidad de todas las formas imperfectas entre sí y a la vez de éstas con la consumación, se enfatizaba para oponerla al planteamiento de quienes, negando igualmente la relevancia del resultado para la conformación plena del ilícito, trazan en cambio una línea divisoria que separaría entre la consumación y la tentativa acabada, de un lado, y la tentativa inacabada, de otro, en opción doctrinal sobre la que habrá que volver de inmediato (*Infra*, 1.2).

Realmente, lo anteriormente señalado (equiparación punitiva) podría resultar exacto si la consecuencia jurídica hubiese de depender obligatoria y exclusivamente del contenido de injusto, y fijarse de forma directamente proporcional a él. No obstante, intervienen otros factores en la ecuación. En particular, razones basadas en la necesidad de pena, atentas a motivos preventivos, que matizan esa conclusión. De modo que, de hecho, y como es sabido, sólo marginalmente se ha sostenido

(5) MORENO-TORRES HERRERA, M. R., *Tentativa de delito y delito irreal*. TIB, Valencia, 1999, p. 168.

desde posiciones subjetivistas la conveniencia de castigar por igual el delito consumado y la tentativa, siendo lo habitual, en cambio, propugnar la atenuación facultativa de la pena. Ello casa particularmente con el mantenimiento de la teoría de la impresión como fundamentadora del castigo en el delito intentado, que parte de la voluntad contraria al ordenamiento manifestada por el agente, de su actitud hostil frente a aquél, pero admite una modulación de la respuesta punitiva en función de la conmoción social provocada por el hecho. Y puesto que esto último dependerá del caso concreto, pudiéndose encontrar intentos que causen igual conmoción que la consumación y otros en los que ello no ocurre, lo procedente habrá de ser dejar en manos del juzgador esa decisión ajustada al caso, bien para mantener la misma pena prevista para la consumación, bien para atenuarla. Esta es –como resulta también conocido– la opción seguida por la regulación alemana(6), que en esto se

(6) Cuyo Código penal establece, en el § 23, párr. 2, que «La tentativa podrá ser penada de forma más atenuada que la consumación», de acuerdo con las previsiones del §49, apartado II StGB.

En la aplicación de esta regulación se ha ido implantando la teoría (en distintas versiones) de la relevancia de las circunstancias solamente referidas a la tentativa, evitando tener en cuenta para la reducción de la pena por la ejecución imperfecta el conjunto general de circunstancias que pueden ser tenidas en cuenta para la medición de la pena. Se atenderá, así, al estadio hasta el cual se extendió la tentativa, a las razones que llevaron a la no producción del resultado, a la peligrosidad de la acción o al peligro que ocasionó el intento, pero no a otras como los antecedentes penales del autor, determinados elementos del carácter, la susceptibilidad del individuo a la pena o sus motivaciones para el hecho.

En la doctrina que acepta para esa decisión atenuatoria centrarse sólo en circunstancias propias de la tentativa (y no tomar en consideración cualesquiera otras circunstancias que puedan afectar a la determinación de la pena en general), puede distinguirse aun entre propuestas más flexibles, que evitan sentar correspondencias estrictas o cerradas entre el criterio en cuestión y la rebaja punitiva, y otras más proclives a establecer este tipo de correspondencias necesarias (véase, FRISCH, W., «La atenuación del marco penal en la tentativa», ADPCP, T. XLVII, fasc. II, 1994, p. 171 –trad. del original «Die Strafrahmenmilderung beim Versuch» publicado en *Festschrift für Günter Spindel*, Berlin, 1992, a cargo de M. Sancinetti–).

La distinción entre tentativas inacabadas y acabadas constituye precisamente uno de los criterios a los que se asocia esa correspondencia. De modo que la tentativa inacabada es comúnmente considerada un caso de atenuación obligatoria, al contrario de lo que ocurriría con las tentativas acabadas, en las que generalmente se considera lo apropiado la equiparación del marco punitivo con el del delito consumado. Ello salvo en casos excepcionales, como pueden ser la inidoneidad de la tentativa acabada, o la presencia de esfuerzos análogos a un desistimiento para evitar la producción del resultado (FRISCH, W., *op. cit.*, p. 172, n. 43, quien citaba especialmente en este último sentido la posición de TIMPE: *Strafmilderungen des Allgemeinen Teils und das Doppelverbot*, 1983, p. 142 ss.).

Es interesante observar como FRISCH, en su citada contribución a la teoría de la medición de la pena en la tentativa (publicada en el homenaje a Günter Spindel

separó en su momento(7) de la tradición histórica germana, que había abogado tradicionalmente por la atenuación obligatoria(8).

1.2 MATIZACIONES DESDE PLANTEAMIENTOS MONISTAS: DE LA ATENUACIÓN FACULTATIVA A LA ATENUACIÓN OBLIGATORIA DE LA TENTATIVA INACABADA (Y, POR MOTIVOS DISTINTOS, DE LA ACABADA)

Sostener una posición monista de lo injusto, basada solo en el desvalor de acción, no equivale necesariamente –como es de sobras conocido– a la defensa de una concepción exclusivamente subjetiva asentada

en 1992 y, también, en el ADPCP en 1994) adopta un posicionamiento aun más restrictivo, atento a la ratio de la tentativa, para conceder la atenuación del marco punitivo prevista en el §49 StGB: requiere para ello que el criterio en cuestión aparezca vinculado a un claro déficit en la base de la justificación de la pena del hecho consumado. Así, se justificará la atenuación en los casos de inidoneidad de la tentativa o de «tentativa anterior a la verdadera acción típica» (*op. cit.*, p. 184 ss.). Pero la atenuación no estará justificada en función de aspectos tales como la distinción entre tentativas acabadas o inacabadas (ni siquiera en consideración al estadio particularmente prematuro del hecho) u otros que son comúnmente utilizados, como la medida de la energía criminal o la intensidad de la voluntad delictiva, la mayor o menor casualidad que haya podido hacer que el hecho haya quedado en grado intentado, o la propia peligrosidad de la tentativa (*op. cit.*, p. 188 ss.). Ello porque la pena de la consumación no tiene como fundamento tales consideraciones (no requiere una determinada medida mínima de energía criminal, un grado concreto de casualidad o ser expresión de una determinada peligrosidad *ex ante*), de modo que, faltando tales factores, no se verifica tampoco el déficit de fundamentación de la pena de la consumación.

(7) Aunque el fundamento de la atenuación facultativa en la legislación alemana se atribuye al reconocimiento de la teoría subjetiva de la tentativa (FARRÉ TREPAT, E., *La tentativa de delito. Doctrina y Jurisprudencia*. 2.ª ed. Edisofer/BdF, 2011, p. 576), es interesante apuntar que su origen reciente (dejando de lado precedentes muy remotos, como la *Constitutio Criminalis Carolina*) se encuentra en el periodo nacionalsocialista. Inicialmente, se previó para crímenes violentos en un decreto de 5 de diciembre de 1935, haciéndose después extensiva a todos los delitos la posibilidad de castigar la tentativa como el hecho consumado mediante Ordenanza de 29 de mayo de 1943 (cfr., JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *op. cit.*, p. 600 s.). No está tampoco de más recordar, con JIMÉNEZ DE ASÚA, que el nacionalsocialismo pretendió no solo igualar tentativa y consumación en cuanto a la pena, sino, como se establecía en el Proyecto de 1935, considerar el *empendimiento* como tipo fundamental y la consumación como agravante.

(8) La solución favorable a la atenuación facultativa no fue la mayoritaria en los Códigos penales de los Estados alemanes, que se inclinaron en cambio por la atenuación obligatoria, diferenciándose incluso entre una pena mayor para la tentativa acabada, e inferior para la tentativa inacabada. Así, el CP de Hessen (art. 68); el CP de Baden de 1845 (§ 112); el CP de Hannover de 1840 (arts. 36 y 37) y el CP de Württemberg de 1839 (art. 62), según apunta FARRÉ (*op. cit.*, p. 575, n. 85), recogiendo la información ofrecida por FRANK. De hecho, el Código penal de 1871 también continuó con la tradición propia del derecho germánico, imponiendo la atenuación obligatoria de la pena en la tentativa (§ 44.1) en consonancia, según la justificación de su Exposición de Motivos, con la conciencia jurídica alemana (FARRÉ TREPAT, E., *op. cit.*, p. 575).

sobre el desvalor de intención. Junto a él puede tener perfecta cabida un desvalor objetivo de acción, que atienda a la peligrosidad *ex ante* para el bien jurídico protegido. Es asentándose en estos postulados como Farré, por ejemplo, recalca ya en los años ochenta el menor contenido de injusto que debía entenderse concurrente en las tentativas (inacabadas), por contraposición a la –por entonces– frustración, lo que justificaría ya en el plano de la antijuridicidad (sin acudir, por tanto, a razones político-criminales o de punibilidad) la rebaja obligatoria de pena en las primeras (tentativas inacabadas). La teoría subjetiva –subrayaba la citada autora– «no se conforma, para la medición de la pena de la tentativa, con la concurrencia de una voluntad delictiva manifestada»; «si así fuera –continuaba– no habría ciertamente motivo para la atenuación de la pena del delito intentado, puesto que la voluntad de infringir la norma se manifiesta por igual en éste y en el delito consumado. Se tiene en cuenta no solo la voluntad antinormativa, sino también su intensidad y grado de realización de la misma. De esta forma, es posible y consecuente la defensa de la atenuación obligatoria de la pena de la tentativa (léase, hoy, inacabada) ya que la misma se caracteriza por la realización solo parcial de la voluntad delictiva»(9).

Razonamientos de esta naturaleza, que defienden la atenuación obligatoria de la pena en la tentativa inacabada sobre la base de su menor desvalor de acción, pueden verse en contribuciones diversas, tanto anteriores –como, señaladamente, la de Kaufmann (que recogía ya la propia autora citada(10))– como posteriores. Entre estas últimas, y volviendo a las monografías sobre el delito intentado publicadas en nuestro país, es el caso, por ejemplo, de la posición asumida por Moreno-Torres. «Mientras que en la tentativa acabada –señala esta última autora– el desvalor de acción y, por ello, desde nuestra perspectiva, el ilícito jurídico-penal, ya está completo, en la tentativa inacabada no ocurre lo mismo, y en ella, a pesar de concurrir íntegro el desvalor de la intención, el desvalor de acción no llega a completarse, al ser la peligrosidad de la acción un elemento necesariamente vinculado a la progresiva realización de ésta»(11). Por ello –concluirá– «a pesar de ser partidarios de la identidad del elemento subjetivo en la tentativa acabada y la tentativa inacabada, consideramos que cabe aún defender la graduabilidad del ilícito contenido en un determinado tipo penal a partir de la completa o incompleta realización de

(9) FARRÉ TREPAT, E., *op. cit.*, p. 596.

(10) KAUFMANN, A., «Zum Stand der Lehre vom personales Unrecht», en *Welzel-Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag*. Walter de Gruyter. Berlin, New York, 1974, en posición comentada por FARRÉ, *op. cit.*, p. 581 s.

(11) MORENO-TORRES HERRERA, M. R., *op. cit.*, p. 170.

los actos ejecutivos correspondientes, que conlleva la total o parcial manifestación de la peligrosidad inherente a la acción»(12).

En el caso de la tentativa acabada, como se ve, este tipo de posicionamientos mantendrán, en cambio, el mismo tratamiento que las teorías subjetivas antes expuestas. Por razón del nivel de injusto del que son portadoras las tentativas acabadas, equiparable según la posición matriz –como se dijo– al de la consumación(13), podría acudirse para ellas al mismo marco de pena que el previsto para el delito consumado. Sin embargo, otro tipo de consideraciones, preventivas y de orden político-criminal, aconsejarán dotar de consecuencias penológicas distintas a la ausencia de resultado al entender que tal situación expresa una menor necesidad de pena, por lo que tales tesis desembocarán en la asignación a estos supuestos de una rebaja facultativa. En palabras de Farré: «Al medir la punibilidad global del hecho no es posible sustraerse a ciertas consideraciones de política criminal, en las que se pone de relieve la importancia del resultado.» «En este sentido [...] la acción delictiva que a pesar de haberse realizado por completo no consigue llegar a producir la lesión del bien jurídico, no causa en la sociedad tanta conmoción como aquella que ha producido el resultado». De modo que, «aun pudiendo ser estas acciones igualmente peligrosas, lo cierto es que la producción del resultado creará normalmente en la comunidad mayor inseguridad, y aumentará la sensación de que el Derecho debe intervenir, que en aquellos casos en los que no ha pasado nada». Y aunque ello no afecte al injusto, si éste se concibe como prohibición, sí afecta a la punibilidad, por lo que «en los casos en los que no se ha producido la lesión del bien jurídico será conveniente ofrecer al juez la posibilidad de atenuar la pena siempre que la aplicación de la pena del delito consumado pueda estimarse innecesaria»(14).

(12) MORENO-TORRES HERRERA, M. R., *op. cit.*, p. 171.

(13) Razón por la cual, de hecho, estas tesis vienen a identificar la tentativa acabada como prototipo de ilícito. Por ej., MORENO-TORRES HERRERA, M. R., *op. cit.*, p. 167 ss.; 391.

(14) FARRÉ TREPAT, E., *op. cit.*, p. 598.

De todos modos, la autora concede también un posible argumento para sostener la rebaja punitiva de la frustración ya en sede de injusto (sin ir a consideraciones de punibilidad) en los casos de intervención de terceros, para quienes mantengan un concepto subjetivo de frustración (*op. cit.*, p. 597). Se refiere aquí a la distinción entre un concepto personal –o subjetivo– de tentativa acabada y otro objetivo –o extensivo–, en función de que, en particular en los casos de autoría mediata, se entienda que la tentativa «acaba» con la realización de lo que corresponde al propio autor mediato efectuar (concepto subjetivo) o se incluyan también los actos que debería realizar el tercero. En estos casos de «acabamiento» en sentido solo subjetivo, Farré viene a apreciar una similitud con las tentativas inacabadas al no haber alcanzado la peligrosidad de la acción todavía su grado máximo, lo que la lleva a plantearse la posibilidad

No se hace, desde luego, necesario abundar ahora en el debate, antiguo y sobradamente conocido, sobre el contenido de injusto. Aquí se ha traído a colación, como se dijo, sólo en la medida en que implica en primer plano a las categorías que sí son objeto de este estudio, por cuanto a través de él se les asigna un determinado tratamiento penológico como el idealmente correcto, por apriorismos dogmáticos(15). Pero sí merece la pena apuntar (pues ayudará después a relativizar la relevancia en esta materia de este proceder), que la propia atenuación facultativa que se propone desde esta concreta postura como la teóricamente correcta por razones asentadas en la punibilidad, no quiere decir que se estime después la aconsejable en atención a otro tipo de consideraciones. En este sentido, Farré mostraba su preocupación por la inseguridad jurídica que la atenuación facultativa podía comportar, dadas las posibles disparidades en su aplicación, puesto que permitiría que el intento que un juez considerara merecedor de la pena del delito consumado fuese valorado por otro como acreedor de una pena rebajada(16). Ante esta tesitura, la autora ponderaba, todavía, la posibilidad de combatir ese riesgo de disparidad aplicativa intentando «eliminar este factor de inseguridad realizando un estudio amplio de las acciones merecedoras de la equiparación, pudiendo los jueces, de esta forma, a través de una simple comparación, determinar si la acción juzgada se encuentra o no entre ellas»(17). Sin embargo, las evidentes dificultades de un procedimiento casuístico como el indicado (incapaz de agotar el número de supuestos posibles para cada delito) y la imposibilidad de garantizar con él, en consecuencia, una aplicación equitativa(18), la animaron a considerar preferible optar

de que quienes sigan dicho concepto de frustración puedan argumentar también la disminución de pena sobre la base de una disminución del injusto. Tal reflexión puede compararse con ALCÁZER GUIRAO (*La tentativa inidónea. Fundamento de punición y configuración del injusto*. Comares, Granada, 2000), quien propone también (*op. cit.*, p. 505) una atenuación mayor de la tentativa acabada en estos casos (mitad inferior de la pena reducida en un grado).

(15) Véase *Infra*, III.

(16) Tal vez por esta razón –conjeturaba–, en la práctica alemana se estaría atenuando habitualmente la pena.

(17) Por ejemplo, señalaba, «si consideramos que la acción de disparar tres tiros a un metro de distancia a partes vitales del cuerpo humano constituye una acción que no merece la atenuación de la pena, ni tampoco clavar siete veces un puñal de aproximadamente 20 cm. de largo, podrá afirmarse que tampoco son merecedoras de atenuación aquellas acciones que se asemejan a éstas en cuanto a su gravedad. Por ejemplo, que los disparos se realizaron a dos metros de distancia, o que el puñal tenga 19 cm. de hoja, o que el número de puñaladas sea seis u ocho» (*op. cit.*, p. 600)

(18) La postura no deja de llamar en este punto la atención por la desconfianza que denota en el estamento judicial, que podría llevar a censurar otros muchos casos de arbitrio.

directamente por la atenuación obligatoria también en la frustración (como disponía ya entonces el derecho positivo: artículo 51 ACP)(19).

1.3 ATENCIÓN AL DESVALOR DE RESULTADO Y ATENUACIÓN OBLIGATORIA (Y PROGRESIVA) PARA TENTATIVAS INACABADAS Y ACABADAS

En este repaso por las concepciones clásicas esenciales, resta por último aludir a los planteamientos objetivos, que, como resultará fácil advertir, encontrarán menores dificultades para justificar la rebaja de pena en el delito intentado. En efecto, la inclusión del desvalor de resultado en la fundamentación de la antijuridicidad conlleva, coherentemente, la apreciación de un injusto necesariamente menor en las formas imperfectas de ejecución, que no podrán contar nunca con un desvalor completo de esa naturaleza(20). De modo que para una comprensión netamente objetiva o bien dualista, que combine la exigencia de un desvalor (subjetivo y objetivo) de acción con un desvalor de resultado cifrado en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, resultará obvio que la no consecución de la lesión (en forma de resultado material en los delitos del mismo nombre) adolecerá de un grado menor de antijuridicidad, que consecuentemente debería traducirse en una atenuación obligatoria de la pena.

Lo anterior es válido para explicar, en primer término, el salto entre la pena de la consumación y la que deben tener asignada las ejecuciones imperfectas, en general. Pero, en un segundo nivel, la misma línea de argumentación permitiría en principio justificar un trato distinto de esas ejecuciones imperfectas entre sí, en función del grado de ejecución que hayan alcanzado, por la mayor o menor proximidad del riesgo respecto de la producción de la consumación(21). Por ello,

(19) En contra de la solución de la atenuación facultativa, afirmarí, «puede alegarse una cuestión que, a mi entender, subyace en el fondo de la discusión, aunque pocas veces se haya tenido en cuenta abiertamente. Me refiero al *peligro que existe de que, al admitirse la atenuación facultativa de la pena, acciones de características similares se juzguen de forma distinta al ser examinadas por personas distintas*. En mi opinión, este factor constituye en sí mismo motivo suficiente para mantener la *atenuación obligatoria de la pena de la frustración*, puesto que la seguridad jurídica sobrepasa la importancia de la dogmática, que está a su servicio» (*op. cit.*, p. 612; *cursivas en el original).

(20) Aunque sí, lógicamente, con un desvalor primario o secundario de resultado si la tentativa es idónea (es decir, con la apreciación *ex post*, y no sólo *ex ante*, del carácter peligroso de la acción, ya sea a su inicio –desvalor primario– o al término de la misma –desvalor secundario–).

(21) En realidad, esta percepción es válida solo respecto de tentativas idóneas y en relación con el mismo intento en concreto –no como afirmación en abstracto, para sostener que cualquier tentativa acabada es más peligrosa que una tentativa inaca-

desde estos planteamientos objetivos también se postula la necesidad de una rebaja mayor en las tentativas inacabadas que en las acabadas.

Durante la vigencia del código anterior, precisamente la posibilidad de explicar pacíficamente esta diferencia de trato entre la pena de la consumación, la de la frustración y la de la tentativa (pasando de puntillas –debe señalarse– sobre el hecho de que la diferencia de punición de esta última con respecto a la frustración fuese solo facultativa(22)), se percibió como una de las ventajas esenciales de este planteamiento objetivo de la antijuridicidad –al punto de juzgarse incluso inviable, en algún caso, alcanzar esa explicación de forma coherente desde otros planteamientos(23)–. Como indicaran, por ejemplo, Octavio de Toledo y Huerta, una concepción netamente objetiva de la antijuridicidad, con sus inconvenientes en diferentes ámbitos (como la ampliación excesiva del espacio pre-ejecutivo impune), «permite, en cambio, comprender por qué la tentativa se castiga siempre con menor pena que la consumación y facultativamente(24) que la frustración, en tanto que el riesgo de afección del bien jurídico es menor que la afección del mismo exigida para la consumación y menos inminente que el generado por la frustración»(25).

La idea que subyace en esta gradación de lo injusto es pues, como se ve, la de la progresión del riesgo, que se presume siempre «más elevado

bada– en la medida en que en éstas (acabadas idóneas) podrá comprobarse un peligro *ex post* al término de la acción, mientras que en las inacabadas idóneas dicho peligro *ex post* (además del evidente peligro *ex ante*) solo podrá verse afirmado al inicio de la acción o, en todo caso, en un momento previo a su conclusión.

(22) Como se recordará, la regulación del ACP permitía para la tentativa una rebaja igual (un grado) o superior (dos grados) a la del delito frustrado, «según arbitrio del Tribunal» (art. 52 ACP). El hecho de que la rebaja no tuviese que ser necesariamente menor en fases de ejecución menos avanzadas apuntaría a la existencia de factores distintos a la mera presunción de un peligro menor en las tentativas inacabadas. E. Octavio de Toledo y S. Huerta, por ejemplo, lo atribuyeron a dificultades prácticas (el «difícil deslinde» entre tentativa y frustración y la «no menos complicada gradación del peligro»), secundando el criterio del legislador: OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, E./HUERTA TOCILDO, S., *Derecho Penal. Parte General. Teoría Jurídica del Delito (II)*. Ed. Rafael Castellanos. Madrid, 1986, p. 186.

(23) Indicaba RODRÍGUEZ MOURULLO, G., en CÓRDOBA/R. MOURULLO/DEL TORO/CASABÓ, *Comentarios al Código Penal*, Tomo II. Ariel, Barcelona, II, p. 215 s., que: «[...] la diferencia obligatoria de penalidad entre tentativa y frustración, por una parte, y consumación, por otra, no puede explicarse desde la perspectiva del desvalor de acción, sino desde el punto de vista del desvalor de resultado. A la vez, la distinción entre tentativa y frustración, con posible trascendencia en la penalidad (la tentativa puede ser castigada con la pena inferior en dos grados a la señalada para el delito consumado), sólo se explica mediante una referencia al desvalor de resultado».

(24) Aunque este extremo no resulta en realidad explicado apelando solo al grado de peligro objetivo.

(25) OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, E./HUERTA TOCILDO, S., *op. cit.*, p. 181.

sin duda cuando se han llevado a cabo todos los actos de ejecución que cuando sólo se han practicado algunos»(26). No obstante, aquí debe dejarse ya al menos apuntado, aunque me referiré a ello más adelante(27), que tal impresión (la de la necesaria progresión del riesgo) es, en realidad, inexacta, pues el grado cuantitativo del peligro depende de la idoneidad de la acción, y no de lo avanzado de su ejecución(28).

Sí puede interesar dejar ahora apuntado, aunque más como información complementaria y hasta anecdótica que como parte necesaria para la explicación de los planteamientos objetivos, que la percepción intuitiva de la menor importancia del hecho cuando «no ha pasado nada», es decir, cuando no se ha alcanzado el resultado (que es la que canalizan estos planteamientos objetivos), permite encontrar también la defensa de la minoración de la pena en planteamientos pretéritos, bien que lógicamente alejados de la terminología y método de la dogmática reciente. Esta apuesta por la atenuación obligatoria de la pena se encuentra así en precedentes remotos no solo en relación con el delito intentado, sino también en relación con el «frustrado»(29), lo que puede percibirse prácticamente desde la acuñación de esta última categoría(30). Por su parte, como es sabido, el derecho codificado

(26) OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, E./HUERTA TOCILDO, S., *op. cit.*, p. 186.

(27) *Infra*, III.

(28) Resultando por ejemplo también posibles (aunque a veces se haya negado) las tentativas acabadas inidóneas, en las que el balance neto del peligro podrá ser menor que el de algunas tentativas inacabadas. La afirmación en términos absolutos de que las tentativas acabadas ostentan siempre y por naturaleza un mayor desvalor de resultado parece pues inadecuada. Pero también podrá serlo ciñéndonos al mismo proceso ejecutivo, pues no puede considerarse que una tentativa inacabada inidónea ostente un menor desvalor de resultado que su propia prosecución como tentativa acabada fracasada.

(29) Concepto en realidad no exactamente coincidente con el de tentativa acabada, pese a su uso habitual en tal sentido.

(30) Comúnmente se atribuye a Giandomenico Romagnosi la acuñación del término *frustración* para aludir a un concepto separado del de tentativa. No en vano «*Del delitto frustrato*» fue precisamente la rúbrica con la que el autor tituló el Capítulo IV del Libro I de la Parte Cuarta de su obra *Genesis del Diritto Penale*, aparecida en Pavía en 1791, separando el mencionado Capítulo (§§ 679 a 694) del dedicado a la tentativa (Capo III: *Dei giusti confini dell' attentato. Sua definizione*). Debe señalarse, en cualquier caso, que el jurista parmesano se cuidó de advertir expresamente que con tal concepto (*delitto frustrato*) no entraba en la cuestión de la pena que le hubiese de corresponder. Con todo, en mi opinión en su obra se percibe la sensación del autor de que tal pena podría tener que acabar siendo también distinta a la del delito consumado (con lo que su reserva en cuanto a la consecuencia jurídica se hacía especialmente necesaria, puesto que en su propuesta asimilaba conceptualmente esa forma imperfecta más a la consumación –aunque *caduta a vuoto*– que a la tentativa). Se lee en el §681: «*Si noti bene: ora io non affermo che si possa punire come l'atto che ebbe il suo effetto; ora non contemplo i di lui rapporti alla pena; ma dico solamente, che*

español acogió tempranamente ambos conceptos, prácticamente desde el inicio(31), previendo siempre [con la sola salvedad del Código penal de 1928(32)] la rebaja obligatoria de la pena(33), que establecería de forma constante en una medida mayor en la tentativa (dos grados) que en la frustración (un solo grado)(34). Esto último hasta la llegada del Código de 1932, que por primera vez implantaría la posibilidad de rebajarla para los autores de tentativa indistintamente «en uno o dos grados, según arbitrio del Tribunal», manteniendo para la frustración la inferior en uno; exactamente igual que haría, después, el Código de 1944 (arts. 51 y 52).

Con la promulgación del código vigente, como resulta conocido, la atenuación obligatoria de la pena de la tentativa (inacabada o acabada) se ha seguido considerando expresiva de la orientación del ordenamiento hacia esa concepción eminentemente objetiva del injusto, concepción que refuerzan tanto las expresiones contenidas en la propia definición legal de la tentativa (que alude expresamente a actos que objetivamente deberían producir el resultado), como en las expresiones que integran su regla penológica específica, que alude al peligro inherente al intento. Esta conexión en orden a la concepción del

questo atto si deve pareggiare ad una compita esecuzione del delitto, riguardandolo nelle leggi e nelle cagioni che producono tutti gli atti umani» (p. 260 en la 4.ª ed., Tipografía di R. Manzi, Napoli, 1825).

Sí se ve tempranamente la defensa decidida de una pena inferior en autores italianos como Carrara, quien consideró autoevidente la necesidad de aminoración puesto que –afirmaría– la fracción de delito –la frustración o *delitto mancato*– no puede equivaler al todo.

(31) Aunque la presencia de la frustración todavía no es perceptible en el Código de 1822, cuyo artículo 5.º definió solo la tentativa (mezclándola con la preparación delictiva) como «*la manifestación del designio de delinquir; hecha por medio de algun acto exterior que dé principio á la ejecucion del delito ó la prepare*». Su artículo 7.º, cuando disponía el castigo de estos casos de tentativa (con rebaja obligatoria), excluía de este tratamiento los supuestos en los que la ejecución hubiese dejado de tener efecto por alguna casualidad, lo que daría a entender que la frustración no tendría consecuencia penológica específica distinta de la consumación.

(32) Que estableció, durante un breve paréntesis, una rebaja facultativa. Disponía su artículo 138: «A los autores de un delito frustrado o de una tentativa de delito, se les impondrá la pena señalada al consumado u otra inferior, al prudente arbitrio del Tribunal, teniendo en cuenta, en cada caso, el desarrollo dado a su intención por el culpable, su mayor o menor perversidad, su condición moral, el peligro social que representa, las circunstancias objetivas del hecho perseguido, y, en especial, las determinantes de que el propósito del delincuente no se haya llegado a realizar».

(33) Incluido, en esto sí, el Código penal de 1822, que establecía una rebaja de un cuarto a la mitad de la pena del delito que se intentó cometer (art. 7.º).

(34) Códigos penales de 1848 (arts. 61 y 62), de 1850 (arts. 61 y 62) y de 1870 (arts. 67 y 68).

injusto(35) fue tempranamente asumida, en general, por la doctrina (con independencia del criterio que personalmente considerasen en abstracto correcto los distintos autores)(36), al igual que resulta en general asumida por la Jurisprudencia(37).

2. En particular en el Derecho vigente: ampliación de los grados de injusto objetivo en atención a las formas de enjuiciamiento del peligro y su proyección en la penalidad de tentativas inacabadas y acabadas

1. No abundan en la doctrina española los estudios que hayan profundizado en esa correspondencia entre el injusto de la tentativa, sus formas inacabada y acabada y la penalidad correspondiente a cada una. Una notable excepción es la representada por Alcácer, autor que parte también, ajustándose a la redacción dada por el Código vigente,

(35) A la que no aludía la EdM –ni era su función hacerlo–. La conexión entre atenuación obligatoria y desvalor de resultado sí aparece en otro tipo de textos. Fue puesta expresamente de manifiesto, por ejemplo, por la justificación al §25.2 del Proyecto Alternativo alemán, que optó por la atenuación obligatoria (en contra del proyecto oficial, que dio carta de naturaleza a la atenuación facultativa de la pena instaurada por el nacionalsocialismo, con el argumento de ser la consecuencia lógica de la concepción subjetiva en la fundamentación de la tentativa): «[...] *Selbst wer den Handlungsunwert besonders betont, wird anerkennen, daß auch der Erfolgswert das Unrecht der Tat mitbegründet, sein Ausbleiben daher dieses Unrecht mindert. Eine an den Rahmen der Tatschuld gebundene Strafe muß deshalb milder sein, als sie es bei Vollendung desselben Deliktes wäre*». *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. Allgemeiner Teil*. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). Tübingen, 1966, p. 61.

(36) Puede verse, por ejemplo, CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español. Parte General*, III. *Teoría jurídica del delito*/2. Tecnos, Madrid, 2001, p. 201 s.

(37) Indicativo, por ejemplo, el siguiente pasaje del Voto Particular formulado en su condición de magistrado por E. Bacigalupo frente a la STS 522/2007, de 2 de noviembre (Pte: Varela Castro), RJ 2008/543: «En efecto: nuestro sistema, se comparta o no el criterio del legislador, adoptó el punto de vista que determina que el grado de realización del tipo objetivo condiciona la gravedad de la pena aplicable de manera obligatoria (como es también el caso del CP italiano, artículo 56), no meramente facultativa (como entiende la doctrina dominante establece el § 23.2 del Código Penal alemán, que además no menciona el grado de ejecución entre los factores determinantes de la punibilidad de la tentativa). Según el derecho vigente, comenzada la ejecución por el autor, la ausencia no sólo del resultado, sino también de cualquier elemento del tipo objetivo, impedirá la consumación y determinará necesariamente la atenuación de la pena, dependiendo del desarrollo de la acción típica. Por lo tanto, afirmar –como lo hace la mayoría [ref. a la mayoría de la Sala]– que la tentativa acabada constituye una realización de lo injusto “como en el [delito] consumado” comporta un grado de subjetivización extrema de la noción de ilícito o injusto que no parece compatible con la Ley vigente, dado que ésta diferencia la consecuencia jurídica según el punto alcanzado por la ejecución.»

de la configuración esencialmente objetiva del injusto penal que se deriva de ella, entendiendo que la regulación actual de la tentativa permite solo la punición de las conductas peligrosas desde una perspectiva objetiva (media: las que consideraría tales cualquier ciudadano medio) *ex ante*. Sólo cuando se haya constatado esa peligrosidad objetiva *ex ante* empezará a interesar al Derecho el sentido subjetivo que el autor le dé a su comportamiento, que es lo mismo que afirmar que, *lege lata*, las tesis subjetivas no resultan actualmente defendibles conforme a nuestro ordenamiento(38).

El hecho de que la acción entrañe un peligro objetivo *ex ante* debe considerarse, pues, una condición *sine qua non*, un requisito previo, para poder hablar de una tentativa típica en nuestro derecho(39). Pero, una vez cumplida dicha exigencia, cabe perfectamente entender que la gravedad de las acciones que mantengan esa peligrosidad hasta el término de su ejecución será mayor que las que no consigan realizar todo lo que correspondía al autor (o a un tercero, en su caso) para optar a la consumación(40). De modo que cabe considerar, siguiendo esta exposición, que resulta posible establecer una gradación ya en el seno del propio injusto objetivo tomando en cuenta el grado de ejecución alcanzado (A), gradación de la que se podrán extraer, después, algunas correspondencias generales en el campo de la penalidad, adaptadas a las previsiones del derecho positivo (B). Es de estas últimas correspondencias de las que nos interesa dar cuenta en este trabajo, dedicado a la punición del intento. Pero su exposición requiere aludir también, al menos en extracto, al paso previo, esto es, a aquella gradación de los contenidos de injusto de los que se nutren después tales correspondencias. A ello me referiré en primer lugar.

A) La propuesta de Alcácer en este punto, el de la graduación de los diferentes niveles de injusto posibles desde un punto de vista objetivo, es todo menos una reflexión de trazo grueso. Bien al contrario, viene precedida por un notable esfuerzo de clarificación de los criterios de enjuiciamiento del peligro, única forma de intentar disolver desde su raíz las confusiones terminológicas y conceptuales que lastran habitualmente el tratamiento satisfactorio de la cuestión de la inidoneidad de la tentativa.

Para ello habrá que notar, en primer lugar, que no deben confundirse –como a menudo sucede– la perspectiva o punto de vista del

(38) ALCÁCER GUIRAO, R., *op. cit.*, p. 473 s.

(39) Los casos con solo desvalor de acción se situarían en el umbral mínimo de punición, que se estaría así adelantando basándose en necesidades preventivas.

(40) ALCÁCER GUIRAO, R., *op. cit.*, p. 485.

juicio con el momento en el que dicho juicio se proyecta. No es lo mismo, por ejemplo, la «posición *ex ante*» entendida como perspectiva de enjuiciamiento que el «momento *ex ante*» identificado como comienzo de la acción, aunque a veces se usen sin la precisión necesaria, intercambiándolos como sinónimos y aumentando así la confusión. Se trata, como puede verse, de variables o criterios distintos, que por lo tanto pueden operar de forma combinada –y no excluyente– a la hora de enjuiciar el peligro. De modo que una valoración *ex ante* no solo es posible al inicio de la acción, como el enjuiciamiento *ex post* no solo cabe en un momento posterior al resultado. Cabe, por ejemplo, realizar un juicio *ex ante* en un momento posterior a ese del inicio de la acción, como puede ser el de la finalización de ésta: el observador situado en el lugar del autor en ese momento, con el nivel de conocimientos que se determine –esta es otra variable superpuesta a considerar– decidiría entonces sobre la probabilidad del resultado (por ejemplo, una vez disparada el arma y herida la víctima). Como cabría, igualmente, contemplar el momento inicial de la acción también desde una perspectiva *ex post* (y determinar, por ejemplo, que se disparó con un arma que sólo más tarde se comprobó que estaba descargada)(41).

Es útil, por tanto, manejar no solo la perspectiva con la que se afronta el enjuiciamiento de la acción (*ex ante* o *ex post*), sino también atender, combinadamente, al momento del hecho en el que se aplica esa perspectiva de enjuiciamiento(42).

(41) Abundando en este tipo de consideraciones: como es sabido, desde una perspectiva *ex post* la valoración se viene a efectuar en el momento real del juicio, cuando el hecho ya ha tenido lugar. Mientras que la perspectiva *ex ante* implica una ficción (pues, en efecto, el hecho ha tenido lugar) consistente en enjuiciar o valorar lo acontecido desde un punto de vista equivalente al lugar del autor (no se entra ahora en el grado de conocimientos del observador). Pero la perspectiva o punto de vista del enjuiciamiento, *ex ante* o *ex post*, puede practicarse respecto de momentos distintos del hecho. Así, en el momento inicial de la acción típica o en el momento final de la parte llevada a cabo por el autor (lo que a veces se denomina tentativa acabada personal, por contraposición a un concepto objetivo o extensivo –término este último que me parece preferible–, que incluiría lo realizado por terceras personas –vg., el instrumento–; por ejemplo, en el momento en el que el autor mediato deja preparada la bebida envenenada que servirá otra persona). O también en otros momentos posteriores a los indicados: en un momento posterior pero anterior a la producción del resultado (en el ejemplo de autoría mediata acabado de citar, cuando se ha servido ya la bebida); o bien en un momento posterior a la producción de dicho resultado.

(42) Y aun cabría introducir otras variables, como la del grado de conocimiento que debe poseer el observador, mencionada en el texto. Por ejemplo, si debe disponer de los conocimientos propios del autor, de los del «hombre medio», o de los de un especialista.

En relación con el delito consumado, puede entenderse que el manejo de un enjuiciamiento de la peligrosidad *ex ante* de la conducta y la constatación *ex post* de lo concretamente acaecido como concreción de aquélla resultará (junto a otra clase de criterios) suficiente para conformar su injusto e imputar, en su caso, el resultado. Pero en el caso de la tentativa, en el que el resultado no se produce (o no es imputable a la acción), puede resultar de utilidad una disección más precisa de los grados de injusto objetivo identificables mediante el uso combinado de aquellas variables (forma de enjuiciamiento del peligro y momento del hecho), lo que ampliará su número y mejorará las posibilidades de valoración adecuada del peligro.

En concreto, y recorriendo la totalidad del *iter criminis*, Alcácer recoge las siguientes configuraciones posibles(43):

- a) desvalor primario de acción (peligrosidad *ex ante* al comienzo de la acción),
- b) desvalor completo de acción (peligrosidad *ex ante* al término de la acción),
- c) desvalor primario de resultado (peligro *ex post* al comienzo de la acción),
- d) desvalor secundario de resultado (peligro *ex post* al término de la acción: consumación de los delitos de actividad),
- e) desvalor terciario de resultado (peligro *ex post* al término de la acción o en un momento posterior –consumación de los delitos de peligro concreto–) y
- f) desvalor completo de resultado (lesión del bien jurídico –consumación en los delitos de resultado lesivo–).

B) Pues bien: trasladando estas concreciones al ámbito de la tentativa, si se tomase en cuenta solo el criterio del «peligro inherente al intento» se podrían obtener de partida las siguientes cuatro categorías básicas, ordenadas en orden descendente en función del grado cualitativo de peligro que representan:

- a) Tentativas acabadas idóneas, en las que resultaría apreciable un desvalor completo de acción así como un desvalor secundario de resultado,

(43) En estructuración semejante a la desarrollada por WOLTER, J., (en *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*. Strafrechtliche Abhandlungen, Neue Folge, Bd. 40. Duncker & Humblot, Berlin, 1981, p. 68 ss.). Cfr. ALCÁCER GUIRAO, R., *op. cit.*, p. 449 y n. 237, con aclaraciones sobre los rasgos diferenciales respecto de la estructura y terminología planteada por el autor alemán citado.

- b) Tentativas inacabadas idóneas, que contendrían un desvalor solo primario de acción y un desvalor también primario de resultado,
- c) Tentativas acabadas inidóneas, portadoras de un desvalor completo de acción, y
- d) Tentativas inacabadas inidóneas, portadoras solo de un desvalor primario de acción.

La combinación del criterio del «peligro inherente al intento» con el del «grado de ejecución alcanzado» permitiría, sin embargo, tomar en consideración un número mayor de supuestos posibles que podrían estimarse valorativamente distintos, y para los que, en consecuencia, se recomendará desde la postura aquí comentada un tratamiento penológico diferente. Tal postura alude en este punto al menos a nueve categorías en función de su gravedad, asignando a las cinco primeras la rebaja de la pena en un grado prevista por la ley, y la rebaja en dos a las cuatro restantes. Ordenadas también en forma descendente, de mayor a menor gravedad, serían los siguientes casos(44):

- a) Tentativas acabadas idóneas «no frustradas»(45), en las que concurriría un peligro *ex ante* y *ex post* al término de la acción (desvalor completo de acción y desvalor secundario –o terciario– de resultado).
- b) Tentativas acabadas idóneas «frustradas»(46).
- c) Tentativas de autoría mediata en las que sólo concurre tentativa acabada idónea personal (es decir, supuestos en los que falta la actuación del instrumento)(47).
- d) Tentativas acabadas idóneas «fracasadas», supuesto singular y poco frecuente en el que concurriría peligro *ex ante* al comienzo y al término de la acción, y peligro *ex post* sólo en el comienzo de ejecución (desvalor completo de acción y desvalor primario de resultado) .

(44) ALCÁCER GUIRAO, R., *op. cit.*, p. 504 s.

(45) Sobre el sentido aquí de la «frustración»: dentro de las tentativas acabadas idóneas, en las que se aprecia la concurrencia de un peligro *ex post* al término de la ejecución, el autor distingue entre aquéllas en las que no se sabe si el intento se acabará frustrando definitivamente (de modo que cabe prolongar el juicio de peligro a momentos posteriores al término de la ejecución) de aquellos en los que ese peligro se frustra definitivamente. No sería de la misma gravedad el disparo homicida que hiere a una víctima que salva la vida días después (tentativa idónea acabada no frustrada) que aquel en el que la bala roza solo a la víctima y se aloja en la pared (tentativa idónea acabada frustrada), que quedaría en un escalón inferior (Cfr. *op. cit.*, p. 503).

(46) Igual que la nota anterior.

(47) Por ejemplo: el autor deja servido el café envenenado que se tomará la víctima cuando entre en la cocina (*op. cit.*, p. 503).

e) Tentativas inacabadas idóneas: peligrosas *ex ante* y *ex post* al comienzo de ejecución (desvalor primario de acción y desvalor primario de resultado)(48).

f) Tentativas acabadas inidóneas: peligrosas *ex ante* al término de la acción (desvalor completo de acción).

g) Tentativas inidóneas en autoría mediata en las que solo concurre tentativa acabada idónea personal.

h) Tentativas inacabadas inidóneas: peligrosas *ex ante* en el comienzo de ejecución (desvalor primario de acción).

i) Tentativas acabadas inidóneas «fracasadas», en las que, como en el supuesto anterior, concurriría el peligro *ex ante* al comienzo de la ejecución, pero no al término de la misma (solo desvalor primario de acción)(49).

Como puede observarse, el elenco de supuestos se amplía notablemente (y podrían contemplarse aun más) al considerar ambos parámetros legales (peligrosidad inherente al intento y grado de ejecución alcanzado). Con ello, el número de variantes que pueden considerarse valorativamente distintas en función de su grado de injusto cualitativo se sitúa muy por encima de las opciones legales de rebaja en grado, lo que anima a esta propuesta a extender sus recomendaciones penológicas haciendo uso del interior de la extensión de la pena rebajada en cada caso, es decir, recurriendo a sus mitades superior e inferior. De este modo, a los supuestos *a*) y *b*), (tentativas idóneas acabadas), se les asignará la pena reducida en un grado en su mitad superior. Si, para visualizar mejor las diferencias a las que a continuación se irá aludiendo, se quisiera tomar por ejemplo como referencia la pena del tipo básico de homicidio (de 10 a 15 años de prisión), a los supuestos indicados les correspondería una horquilla entre 7 años y medio y 10 años. A los supuestos *c*) y *d*), tentativas acabadas idóneas pero o bien solo personales (no incluyendo la parte que correspondería al instrumento realizar) o bien fracasadas, se les asociaría la mitad inferior de la pena reducida en un grado (tomando la misma referencia anterior, entre 5 y 7 años y medio), al igual que a las tentativas inacabadas idóneas –supuesto *e*)–. Por otra parte, a las tentativas acabadas pero ini-

(48) El autor aporta como ejemplo, partiendo de un supuesto clásico, aquél en el que el agente se propone matar a la víctima administrándole sucesivas dosis de veneno para alcanzar el resultado. Sin embargo, la víctima, que sospecha a partir de un determinado momento cuál es la situación, empieza a tomar un antídoto a mitad del proceso de envenenamiento (*op. cit.*, p. 495). Tal acción, si bien no dejaría de ser peligrosa *ex ante* al término de la ejecución, comportaría un menor grado cualitativo de injusto en relación con la situación en la que no se hubiese ingerido el antídoto.

(49) Esta última recogida en la p. 451 del citado trabajo.

dóneas, supuestos *f*) y *g*), les correspondería la pena rebajada en dos grados en su mitad superior (de 3 años y 9 meses a 5 años, siguiendo el mismo patrón), mientras que a la tentativa inacabada inidónea, supuesto *h*), habría de corresponderle la mitad inferior de dicha pena (esto es, la de dos años y medio a tres años y nueve meses) al igual que –así hay que entenderlo por concurrir también sólo desvalor primario de acción– al supuesto *i*), de tentativa acabada inidónea fracasada.

Pese a la aparente complejidad resultante, producto del esfuerzo de clasificación que se ha intentado exponer y de su traducción penológica, con facilidad puede observarse que la línea divisoria fundamental de esta propuesta se sitúa entre los intentos idóneos, que conllevarían siempre la reducción en un grado, y los inidóneos, que implicarían la reducción en dos. Su propio proponente reconocía que existen otros criterios de graduación de la penalidad que podrían entrar en juego y acabar alterando las reglas antedichas(50). Y, de hecho, venía a apuntar a una única pauta verdaderamente infranqueable con el derecho vigente: la necesidad de que la pena de las tentativas inidóneas se viese siempre reducida en dos grados, fuesen cuales fuesen los demás criterios a considerar (mientras que sí podría flexibilizarse, en cambio, la regla según la cual las tentativas idóneas merecerían siempre la reducción solo en un grado).

2. También otro de los autores que, de forma prácticamente coetánea, se ocupó *in extenso* de la penalidad del intento, A. Doval, consideró igualmente recomendable el establecimiento de ciertas correspondencias generales entre el grado de idoneidad, el grado de ejecución y la rebaja punitiva en uno o dos grados prevista por la ley (prescindiendo de correlaciones más detalladas en el interior de la extensión correspondiente, que en todo caso la regulación legal no contempla expresamente). En este caso, el autor asoció el descenso de la pena en un solo grado únicamente a las tentativas idóneas acabadas, dejando para las demás, es decir, para las acabadas inidóneas y para las inacabadas tanto idóneas como inidóneas, la rebaja en dos(51).

Como se aprecia, la diferencia más destacable con la postura anterior (dejando al margen otros aspectos), reside en la denegación *a priori* de la rebaja en un solo grado a cualquier tentativa inacabada, con independencia de su idoneidad. Precisamente en este punto, Doval critica expresamente que la postura antes expuesta pueda llegar a una conclusión diversa, y considerar recomendable la rebaja en un solo

(50) ALCÁCER GUIRAO, R., *op. cit.*, p. 500.

(51) DOVAL PAIS, A., *La penalidad de las tentativas de delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 128 s.

grado para las tentativas inacabadas idóneas cuando, afirma, «las tentativas inacabadas muestran comportar un menor grado de proximidad a la ocasión para consumir el delito». En efecto –continúa– «si [...] la tentativa inacabada se caracteriza por acoger una serie de actos ejecutivos que son, como máximo, necesarios en un contexto suficiente, pero no suficientes por sí para desencadenar el resultado consumativo, entonces, la tentativa inacabada, aun siendo idónea no puede representar un nivel de riesgo para la consumación equiparable al de las tentativas acabadas» (52).

Como explico más adelante (53), deben ser relativizados los intentos de dirimir la cuestión penológica a partir de clasificaciones apriorísticas de la tentativa en función de sus cualidades en abstracto (idóneas, inidóneas, con ejecución completa o incompleta). Más relevante que una catalogación en la escala cualitativa me parecen los rasgos que expresen el grado cuantitativo del peligro en el caso concreto, siendo en ello en lo que realmente debería incidirse a la hora de motivar la decisión penológica. Intentar matar con una sustancia altamente letal, por ejemplo, aunque el autor sea detenido instantes antes de culminar la ejecución, puede requerir mayor pena (rebaja solo en un grado) que el intento completado con una sustancia en principio capaz de producir la muerte, pero en todo caso menos efectiva (y, por supuesto, que el intento completado con una sustancia del todo inadecuada, aunque *ex ante* se antojase peligrosa). Pero aunque entiendo, como decía, que la clave para abordar el problema debe buscarse en otro lado, lo cierto es que si nosuviésemos que atener únicamente a tales clasificaciones apriorísticas del grado cualitativo de injusto en abstracto parece compartible la idea de que es mayor el injusto de la actuación idónea, aunque sea inacabada, que el de cualquier tentativa acabada inidónea, por existir en las primeras un cierto grado de desvalor de resultado (desvalor primario de resultado, si se sigue la terminología antes expuesta). En este sentido, resultaría menos adecuado asimilar penológicamente todas las tentativas inidóneas (inacabadas y acabadas) con las inacabadas idóneas. La afirmación de que una tentativa inacabada no puede representar nunca un desvalor equiparable al de las tentativas acabadas resultaría más exacta si se tomaran en consideración entre estas últimas sólo las idóneas, pero hay que recordar que la regulación actual no respalda la identificación (sin embargo arraigada) de las ejecuciones completas con ejecuciones necesariamente idóneas, sino que cabe sin impedimento hablar de tentativas acabadas inidóneas. Puede entrañar un nivel de injusto mayor, por

(52) DOVAL PAIS, A., *op. cit.*, p. 128.

(53) *Infra*, III.

tanto, el mero inicio de ejecución que *ex post* siguió juzgándose apto, que aquel que llegó al final de su ejecución pero se reveló inadecuado, en un juicio *ex post*, desde el principio. En el primero concurre un cierto desvalor de resultado, del que el segundo carece.

III. TOMA DE POSTURA. RELATIVIZACIÓN DE LA CORRESPONDENCIA ENTRE CONCEPCIÓN DEL INJUSTO, GRADO DE EJECUCIÓN Y PENALIDAD DE LA TENTATIVA. ATENCIÓN AL GRADO CUANTITATIVO DEL PELIGRO

En los epígrafes anteriores se han recogido las principales correspondencias sostenidas doctrinalmente entre la concepción del injusto y el modelo que conforme a ellas debería regir idealmente la punición de la tentativa en general en el derecho positivo (prestando ya especial atención a la importancia que confieren cada una de aquellas concepciones al carácter inacabado o acabado del intento). Con el mismo tipo de razonamiento se recorre también, a menudo, el camino en sentido inverso, deduciendo entonces del tratamiento penológico que recibe la tentativa en un ordenamiento concreto cuál es la orientación de todo él en relación con la concepción del injusto. Pero este tipo de argumentario de doble dirección, aunque puede resultar atractivo, no deja de ser capcioso y debe manejarse con cuidado. Con él solo puede constatar, en realidad, que determinadas decisiones penológicas son, en abstracto, en mayor o menor medida compatibles con una determinada concepción de la antijuridicidad. En sentido negativo, podrá a lo sumo vetarse alguna correspondencia (ciertamente, la equiparación generalizada de la pena de la tentativa con la de la consumación resultaría difícilmente explicable desde planteamientos objetivistas), pero con dificultad podrá irse más allá y fijar positivamente otras correspondencias necesarias, desde el momento en que la cantidad de pena no tiene por qué depender exclusivamente de su merecimiento en términos proporcionales al injusto, sino que intervienen otros factores en la ecuación. Así, como se ha visto, los planteamientos subjetivos acaban comulgando con la rebaja facultativa y hasta obligatoria de la pena, por diferentes motivos, al igual que pueden hacerlo los objetivos.

En el ordenamiento español vigente, considerado, con razón, de corte objetivista (tanto por las previsiones del artículo 62 como, sobre todo, por la definición de la tentativa contenida en el artículo 16 CP), convive, de hecho, la previsión general de rebaja obligatoria del artículo 62 CP con la facultativa prevista en algún

supuesto –caso del artículo 485.3 CP(54), entre los delitos contra la Corona–, e incluso con la parificación de la pena en determinadas figuras, cuyas descripciones típicas asimilan conductas materialmente constitutivas de tentativa a las propiamente consumadas. Esto último ocurre en el delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales, que asimila la conducta de quienes «corrompieren» a la de los que «intentaren corromper» (art. 286ter CP); en el delito de reuniones o manifestaciones ilegales, que equipara penológicamente la conducta de quienes «celebraren o intentaren celebrar» la manifestación o reunión –amén de asimilar también algún acto preparatorio, como la convocatoria– (art. 514.5 CP); o en el delito recogido en el artículo 595 CP, que parifica la pena para quienes «pasaren o intentaren pasar a un país enemigo» cuando lo hubiera prohibido el Gobierno. El propio artículo 64 CP –como ya hacía el antiguo artículo 55 ACP– anuncia abiertamente esta posibilidad de castigar prescindiendo de la regla penológica específica del artículo 62 en los casos de tentativa «que se hallen especialmente penados por la ley», lo que deja abierta la puerta tanto a nuevos supuestos como los indicados como a nuevas reglas o modalidades de punición. En definitiva, yendo a lo que aquí más interesa destacar, casos como los señalados no encuentran la explicación de la pena que prevén en su contenido de injusto objetivo (el desvalor de resultado no es el mismo en las conductas de matar al Rey, de corromper, de celebrar manifestaciones ilegales o de pasar a un país enemigo que en las de solo intentarlo), sino que dicha explicación deberá buscarse en la importancia del bien jurídico tutelado(55) y en razones preventivas o político criminales diversas (arts. 485, 514.5 o 595), cuando no directamente en motivaciones de corte pragmático, como la voluntad del legislador de sortear dificultades probatorias (caso de la corrupción del artículo 286ter CP).

(54) Desde la redacción dada por la L.O. 1/2015, que sustituyó la rebaja hasta entonces obligatoria, aunque prevista en un solo grado (y no en uno o en dos, como establece con carácter general la regla del artículo 62). Precisamente, la evolución reciente de la penalidad de esta conducta es buena muestra de la relatividad de las correspondencias teóricas que quieran verse en la fase de determinación legal de la sanción. Téngase en cuenta que el código penal anterior equiparaba en esta figura la pena de la tentativa y la de la frustración a la del delito consumado (art. 142 CP), solución que, *de facto*, vuelve a ser posible con la rebaja facultativa actual.

(55) Pese a que debe notarse que la obligación (o, en su caso, la facultad) de imponer una pena mayor a la tentativa, igualándola a la del delito consumado, no implica necesariamente una mejor protección del bien jurídico (como puede conjeturarse que, en cambio, se pretende con esa decisión legislativa). Véase la nota siguiente.

Existen, en definitiva, razones diversas (no solo la menor entidad del injusto) por las que se puede llegar a una determinada opción a nivel de la determinación legal de la pena⁽⁵⁶⁾, lo que debe llevar a relativizar la contemplación de las consecuencias penológicas concretamente establecidas como derivados necesarios de la carga de antijuridicidad de la tentativa. No obstante, no es a esa clase de relativización a la que quiero referirme prioritariamente en este epígrafe. Sobre esa cuestión, como se ha dicho, se comparte que, en efecto, el ordenamiento español responde a una fundamentación objetiva de la tentativa (vista su definición legal) y que, por otra parte –aunque no como consecuencia ineludible de lo anterior–, su regla penológica principal resulta particularmente compatible con la atención al desvalor de resultado que incorpore el intento (aunque tal afinidad no la compartan, en cambio, algunas de las reglas específicas previstas por el mismo ordenamiento).

Lo que sí quiere relativizarse especialmente (hasta, en realidad, descartarlo) en relación ya con nuestro derecho positivo, es el establecimiento por vía interpretativa de reglas penológicas prefijadas en función del carácter inacabado o acabado del intento. Como explica

(56) La rebaja obligatoria de la pena, frente a la meramente facultativa (o, más aun, a la equiparación con la pena de la consumación), puede encontrar también argumentos sencillos de corte pragmático, como el de evitar un potencial efecto criminógeno. Ello en la medida en que, si la pena ha de resultar –o puede facultativamente resultar– a fin de cuentas, la misma, se podría estar incentivando la consumación (y es que, en definitiva, el mensaje normativo estará diciendo que, en efecto, desvalora por igual el intento que la culminación). Evidentemente, ello no será predicable de los casos que puedan ampararse en el desistimiento, pues respecto de ellos concurre el incentivo de la impunidad para no continuar la ejecución hasta la consumación o para impedir el resultado. Pero el argumento sí puede tener sentido en los casos en los que el desistimiento no pueda operar, pese a que el resultado no tenga por qué producirse. Por ejemplo, en tentativas terminadas (inesistibles), en las que quepa aún la repetición de actos: si la pena por la continuación (y consumación) ha de ser a la postre la misma (o potencialmente la misma), decaerían los estímulos de contención frente a la opción de seguir intentándolo. Alternativamente, para evitar ese efecto, se forzaría al aplicador del Derecho a adoptar una versión de la teoría de la consideración global que abarcase –a mi modo de ver equivocadamente– las repeticiones posteriores a la terminación de la tentativa en un único suceso, para poder convertirlo así en desistible. Pero esta solución, amén de incentivar la repetición en los intentos frustrados, no viene avalada por razones de justicia material, que apuntan hacia el empleo de la teoría del acto individual. (A mi juicio, una bienentendida consideración global puede agrupar en un mismo hecho sólo comportamientos anteriores a la *terminación* de la tentativa, situación que la hace irreversible).

A título anecdótico: la esencia de este argumento pragmático puede verse ya usada por los defensores clásicos de la penalidad atenuada de la tentativa, como Crivellari, que se refirió a él como razón política a favor de la atenuación (cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *op. cit.*, p. 600 ss., 604).

Alcácer, en un Derecho penal protector de bienes jurídicos, de rai-gambre liberal, lo relevante para el injusto es el peligro de lesión del bien jurídico. En consecuencia, la conducta más grave será aquella que presente un desvalor completo de resultado (lesión), que vendrá así a constituir el prototipo de injusto (papel que no corresponderá ya a la tentativa, como propugnarían en cambio las tesis subjetivas). A partir de ahí, la gravedad irá disminuyendo a medida que se debilite aquel desvalor (tentativa idónea: desvalor secundario) hasta quedar las conductas que carecen de él (tentativa inidónea: solo desvalor primario de acción –peligrosidad *ex ante* al inicio de la acción–), que se situarían, adelantando la barrera punitiva, en el umbral mínimo posible de punición, castigándose solo como excepción que vendría justificada por razones preventivas(57). Conforme a lo anterior, el grado de idoneidad o de aptitud para producir la lesión, al que se refiere el artículo 62 al aludir al «peligro inherente al intento», se erige, pues, como pauta determinante con la que se completa el cupo de lo que debe ser tenido en cuenta para valorar la entidad del injusto de la tentativa. Ello significa que queda vacía de contenido a esos efectos la referencia al «grado de ejecución alcanzado»(58), que no puede aportar nada distinto o complementario, sino solo ser tenida en cuenta en la medida en que refleje el peligro inherente al concreto intento. La idoneidad, en otras palabras, implica que el hecho sea más grave con independencia de que no se haya «acabado» la ejecución, lo que supone que aquel parámetro relativo a la ejecución carezca de trascendencia independiente, pudiendo valorarse su presencia, solo, como una expresión retórica, reminiscencia de regulaciones pasadas, pero no como una auténtica pauta distinta del peligro y situada en pie de igualdad con él(59). Por lo tanto, no se trata solo de reconocer en abstracto (con independencia del caso) un papel preeminente al parámetro relativo al peligro (idoneidad) y de atribuir acaso un papel secundario (pero un rol propio, al fin y al cabo) al grado de ejecución. Sino que esto último solo puede tener relevancia en la medida en que sea expresión de lo primero, lo que únicamente podrá valorarse en el

(57) ALCÁCER GUIRAO, R., *op. cit.*, p. 497 s.

(58) Podría especularse aún con la posibilidad de que con ese parámetro se quisiera atender a otros factores ajenos al injusto, como la mayor «conmoción social» que provocaría la tentativa ejecutada en mayor medida, o la mayor «temibilidad» de su autor. Pero tal hipótesis parece fácilmente rechazable, pues, además de ser factores que podrían fomentar el decisionismo judicial, no se aprecian correspondencias necesarias: la conmoción social que entraña una tentativa acabada inidónea no tiene por qué ser mayor que la de una tentativa inacabada, como no tiene por qué ser menos temible quien ha sido interrumpido antes de culminar el proceso de ejecución.

(59) *Infra*, V.

caso concreto (como parte de la evaluación *ex post* del riesgo proyectado sobre el bien jurídico en el momento de la interrupción de lo actuado) y no *a priori*.

En relación con la pre-asignación en abstracto de efectos penológicos prefijados en función de una catalogación previa de los intentos, y muy en particular en relación con la que los divide en inacabados y acabados, me parecen relevantes aún las dos consideraciones siguientes:

a) En primer lugar, que este tipo de catalogaciones apriorísticas pasan por alto el grado cuantitativo del peligro en el caso concreto, cuando, en cambio, es precisamente la atención a este parámetro lo que, en mi opinión, debe constituir el criterio determinante. Tal aproximación, puesto que sitúa ya en abstracto la «idoneidad» por encima del «grado de ejecución», resulta suficiente para explicar, correctamente, que una tentativa idónea, aunque se encuentre inacabada, puede resultar más grave que una tentativa acabada inidónea. Pero nada dice (no puede decirlo un pronunciamiento general) sobre el concreto grado de idoneidad del caso, es decir, sobre la intensidad o relevancia del peligro, ya que se atribuye la misma consideración, en bloque, a cualquier intento que pertenezca al mismo grupo por razón de su idoneidad o inidoneidad (al igual que se parifican cualesquiera de las múltiples situaciones que en función de la figura delictiva de que se trate podrían responder al calificativo de tentativas inacabadas).

De este modo, una vez afirmada la idoneidad se atribuirá, por ejemplo, una pena necesariamente mayor a la tentativa que se califique como acabada (pena inferior en un grado en su mitad superior) que a la que se considere inacabada (pena inferior en un grado pero en su mitad inferior)(60); o se tratarán con el mismo marco punitivo dos tentativas de distinta peligrosidad por pertenecer al mismo grupo general (por ejemplo, ser tentativas acabadas idóneas). Sin embargo, la casuística presenta multitud de matices e intensidades de peligro que no pueden quedar reflejadas adecuadamente en una clasificación binaria. Ejemplificando con tentativas acabadas: el disparo efectuado a distancia por un francotirador experto con su propia arma no es equivalente al efectuado por un aficionado con un arma que jamás ha empuñado. Aunque ninguno dé en el blanco y ambos intentos presenten un nivel de peligrosidad suficiente para entrar en el ámbito de la relevancia penal, no tienen por qué merecer la misma valoración ni recibir por tanto la misma pauta de respuesta. Expresado en términos preventivos: si de lo que se trata es de proteger la vida, el ordenamiento debe tener mayor interés –y emplearse más a fondo– en que

(60) *Supra*, II.2.

no dispares francotiradores expertos. La misma idea puede ilustrarse recurriendo a tentativas pertenecientes a distintos grupos en función del grado de ejecución: una tentativa inacabada puede requerir mayor respuesta que otra acabada, aun siendo ambas idóneas (posibilidad que ya no alcanzaría a explicar una catalogación apriorística). Contraponamos, por ejemplo, el disparo del aficionado (tentativa acabada) a la detención del francotirador en el instante de apretar el gatillo (tentativa inacabada, pero altamente más peligrosa *ex ante*, a pesar de que no pueda sumársele un desvalor de resultado al término de la ejecución). O tomemos como ejemplo los hechos que motivaron la sentencia de Audiencia Provincial de Baleares (Secc. 1.^a) de 15 de septiembre de 2015, en los que el acusado vertió en un barreño lejía y sulfumán para que sus hijos murieran por la inhalación del gas mientras dormían. Aun tratándose de una tentativa acabada e idónea (la mezcla libera un gas tóxico –gas cloro– capaz de producir la muerte con una exposición severa y prolongada), su peligrosidad puede ser menor a la que cabría apreciar en otro caso en el que el autor fuese interrumpido en el momento de colocar una mascarilla provista con un gas inmediatamente letal sobre su víctima. En el primer supuesto el resultado sería menos probable (en el caso real mencionado las víctimas se despertaron, esquivando el fatal desenlace) que en la segunda hipótesis.

Así pues, la percepción sobre la progresión del riesgo a medida que la ejecución avanza, que es la que, en definitiva, ha sostenido históricamente el patrocinio de respuestas punitivas distintas para intentos inacabados y acabados, resulta más bien intuitiva, y puede tener acaso algún sentido respecto de determinados delitos [no en todos(61)], siempre en el interior del mismo suceso concreto (en un intento acabado hay un peligro *ex post* al término de la ejecución que no puede valorarse en el inacabado). Pero no sirve para parificar en abstracto el tratamiento de unas tentativas con otras simplemente declarándolas pertenecientes al mismo grupo. No es cierto, ni siquiera, que en todo caso en una tentativa acabada falte menos para la consumación [en el caso de la asfixia con mascarilla, inacabada, faltarían solo instantes para que se verificase un resultado prácticamente seguro, mientras que, amén de resultar más incierto el resultado, se requerirían tal vez horas para la asfixia por gas cloro –acabada–(62)]. En el fondo, en la valoración de lo inacabado como menos peligroso

(61) *Infra*, b), en este mismo epígrafe.

(62) Los ejemplos pueden multiplicarse. Piénsese, sin ir más lejos, en las constelaciones de supuestos de tentativa acabada en los que falta la intervención del tercero (p. e., autorías mediatas) o, sencillamente, falta el transcurso de un lapso más o

en términos absolutos (con independencia del caso concreto) parece que siguen latiendo las sensaciones que expresaban ya los antiguos comentaristas para justificar la menor penalidad de la tentativa frente a la frustración (p.e., Groizard), y que aludían bien a la posibilidad de que el autor todavía retrocediese (lo que encierra una confusión con el ámbito del desistimiento, cuando aquí el autor no se detiene, sino que es interrumpido), bien a su menor perversidad, circunstancia esta última que sigue asomando en la jurisprudencia actual, que alude en ocasiones a la menor «temibilidad» del sujeto cuando no ha podido comprobarse si hubiese continuado hasta el final.

Por todo ello, en suma, convendrá prescindir de reglas y afirmaciones generales obligatorias en función de clasificaciones apriorísticas(63), que no deben sustituir la argumentación en función del grado «cuantitativo» del peligro en el caso concreto.

b) En segundo lugar, un criterio penológico que parte de la catalogación previa de los intentos en inacabados y acabados pasa por alto la propia realidad de la Parte Especial, operando como si la estructura de los tipos clásicos de resultado se repitiese invariablemente en todas las figuras del Libro Segundo susceptibles de quedar en grado intentado, cuando ello no es así. La distinción entre tentativas inacabadas y acabadas, en efecto, está especialmente recortada a la medida de determinados tipos, pero se adapta mal, o resulta directamente inviable, respecto de otros, como ya pudo experimentar con el código anterior la jurisprudencia encargada de aplicar penas distintas a la tentativa y a la frustración (en lo que fue, como ya se dijo, la causa real de la desaparición legal de la distinción). Pero es que, aunque pudiese fijarse convencionalmente cuándo es inacabado o acabado el intento de todo delito –si ello resultase a algún efecto necesario–, lo importante es que en relación con muchos de ellos (especialmente en figuras resultantes de la progresiva expansión del derecho punitivo) la distinción no resultaría expresiva de un desvalor diferenciado(64).

menos prolongado de tiempo para que sobrevenga un resultado para cuya producción el autor ha dejado ya dispuesto todo lo necesario.

(63) Sin perjuicio de que su solución fuese materialmente la correcta en ese caso, la STS 191/2016, de 8 de marzo, Pte: A. Jorge Barreiro (ECLI: ES: TS:2016:903) –que analizó en casación el caso del gas-cloro mencionado en el texto–, manifiesta tajantemente que «cuando se trata de supuestos en que concurre una tentativa idónea y además la tentativa se muestra acabada [...] lo correcto [...] con arreglo al precepto legal es reducir la pena en un grado y no en dos».

(64) Téngase en cuenta que las propias características de los bienes jurídicos a menudo dificultan incluso la identificación de un resultado, precipitando su caracteri-

Esta realidad ha sido puesta de manifiesto por diversos autores, con finalidades también diversas, en relación con la línea difusa que separa la tentativa de la consumación en muchos delitos, lo que con mayor razón resulta predicable del salto valorativo pretendidamente existente entre tentativas inacabadas y acabadas. Con la finalidad de concretar con criterios sólidos y predecibles la rebaja facultativa de la pena prevista en el §49 del código alemán, por ejemplo, observaba Frisch en su aportación a la teoría de la determinación de la pena de la tentativa antes citada(65) que solo en determinadas constelaciones de delitos sus tentativas revelan un auténtico déficit en comparación con el hecho consumado (de otro modo –indicaba– la atenuación tendría que ser obligatoria). Su trabajo distingue, así, entre (a) delitos en los que la consumación representa «la existencia de un desvalor adicional significativo para la justificación de la pena»(66), a los que se refiere como «verdaderos delitos de resultado» o «delitos de resultado en sentido estricto»(67), y otros (b) en los que «con la producción de la consumación no se traspasa a la vez un umbral de disvalor adicional»(68). En los primeros (p.e., homicidio, lesiones) la consumación estaría vinculada a la existencia de un resultado desvalorado autónomo, separado de la acción típica, por lo que –habría que concluir– su ausencia justificaría por sí sola la aplicación del marco penal atenuado del §49 párr. 1.º StGB. Pero no ocurriría lo mismo en los delitos pertenecientes al segundo grupo (entre los que el autor sitúa como ejemplos característicos los delitos de peligro abstracto o los de resultado cortado, pues en ellos la consumación viene determinada de manera más o menos técnica(69), pero no fenomenológica. De modo que la descripción legal se limita, en realidad, a ofrecer la orientación de la peligrosidad específica y la dimensión del peligro de la acción, formulando, sustancialmente, casos especiales de tentativas acabadas en los que se fija el punto hasta donde debe haber llegado la conducta, pero sin que se produzca un auténtico salto valorativo (por lo que la ausencia del resultado –a los efectos que interesaban al análisis del citado autor– no implicaría la aplicación del marco de pena atenuado)(70).

zación como delitos de mera actividad. Sobre ello, LAURENZO COPELLO, P., *op. cit.*, p. 172 ss.

(65) FRISCH, W., *op. cit.*, p. 173 ss.

(66) FRISCH, W., *op. cit.*, p. 176.

(67) FRISCH, W., *op. cit.*, p. 179.

(68) FRISCH, W., *op. cit.*, p. 177.

(69) FRISCH, W., *op. cit.*, p. 176.

(70) En estos delitos, entre los que cita los de incendio o de ofrecimiento de sustancias tóxicas para la salud, los verdaderos desvalores de resultado estarían en

En la misma línea anterior, y queriendo en este caso subrayar que el descenso de pena del delito intentado frente al consumado no se explica siempre sobre la base de un injusto menor, Doval destacaba también lo tenue de la línea que a veces los separa, haciéndose difícil encontrar una diferencia material en cuanto a la ofensividad (en particular en delitos de nuevo cuño(71)), en reflexión que hacía extensiva a la separación entre tentativas inacabadas y acabadas: «En mi opinión –indicaba–, el que éstas (las tentativas) merezcan conforme al Código una pena menor que los correspondientes delitos consumados no permite seguir afirmando, sin embargo, que el descenso de la penalidad se halla siempre justificado en correspondencia con el injusto respectivo de cada una de estas formas de ejecución. Aunque a menudo se afirma que es razonable que la lesión del bien jurídico que caracteriza a los delitos consumados se castigue con la penalidad más grave en correspondencia con su injusto, que es de la mayor gravedad, esta diferencia material en cuanto a la ofensividad no se encuentra en todos los delitos. Incluso, desde el Código penal de 1995, yo diría que se encuentra cada vez menos, como consecuencia de la decidida apertura de la Ley penal a ámbitos de actividad en los que la regulación jurídico-penal solo es posible renunciando a los parámetros nítidos de la lesión o el daño al bien jurídico, conocidos en otras figuras delictivas más clásicas. Así, pues, caracterizándose el momento de la consumación de no pocas figuras delictivas por un impreciso resultado en el que no se sabe muy bien qué afección ha experimentado el bien jurídico protegido (por ejemplo, en los delitos sobre la ordenación del territorio, el patrimonio histórico, los recursos naturales y el medio ambiente, o los relativos a la flora y fauna, etc.) a menudo, allí donde se acepta (cosa que ya es cuestión polémica), faltan razones para fundamentar materialmente la diferencia de penalidad entre el delito consumado y la tentativa de delito (y, en consecuencia, con más razón, desde luego, entre la tentativa acabada y la inacabada)»(72).

Concluyendo pues: aun en los casos en los que la catalogación del intento como inacabado o acabado resulte viable –que no siempre lo es–, tal caracterización no aporta una información de la que se deri-

realidad fuera de la realización del propio tipo, por lo que la consumación no representaría algo sustancialmente distinto del intento (FRISCH, W., *op. cit.*, p. 177).

(71) Sirva como ejemplo la SAP Madrid (Secc. 7.^a), núm. 629/2009, de 27 de julio, Pte: A. A. Acevedo Frías (ECLI: ES: APM:2009:9171), que revoca la condena por tentativa (rebaja en un grado) en un delito urbanístico, considerándolo consumado (el autor continuó ilegalmente, sin llegar a terminarla, una edificación existente, aumentando su volumen y superficie).

(72) DOVAL PAIS, A., *op. cit.*, p. 54 s.

ven consecuencias necesarias sobre el nivel de peligrosidad o el desvalor de lo sucedido, por lo que debe sencillamente prescindirse de cualquier catálogo de reglas que le atribuyan efectos penológicos predeterminados a dichas categorías en abstracto(73). Tal opción, que resta importancia a lo avanzado de la ejecución, resulta, por lo demás, coherente desde el punto de vista sistemático en un ordenamiento que prevé habitualmente la misma rebaja genérica (uno o dos grados) respecto de los actos preparatorios, previos al inicio de la ejecución.

A cambio, en la motivación de la pena por delito intentado debe exigirse a jueces y tribunales una valoración del «grado cuantitativo del peligro» argumentado en el caso concreto. Para ello, deberá procederse en primer lugar a una valoración *ex ante* de la entidad del peligro al inicio de la acción (valorando aspectos como los medios empleados y las demás circunstancias concretas del caso), teniendo en cuenta que solo la puntuación en este apartado nos situará en el umbral mínimo de la relevancia penal (tentativa inidónea punible). A continuación, habrá que confirmar, en su caso, dicha peligrosidad valorándola *ex post* también al inicio de la acción (tentativa idónea). Si, por otra parte, el *iter comisivo* se ha desarrollado más allá del inicio de ejecución [refiriéndonos a figuras que permitan apreciar esa progresión(74)], podrá reiterarse entonces el proceso y valorar el grado de peligro (que podrá haberse mantenido o haber cambiado, a mayor o a menor) al término de la ejecución, es decir, en el momento en el que ésta cesa, pero con total independencia de que ello coincida con la categoría de la tentativa acabada o con una de las múltiples fases o situaciones que quedan actualmente abarcadas bajo la genérica denominación de tentativa inacabada(75).

(73) Pese a su prolija catalogación, estableciendo correspondencias penológicas concretas, ALCÁCER viene a reconocer que existen solo dos reglas que pueden considerarse generalmente válidas, que son las que corresponderían a los extremos inferior y superior de su escala. Por un lado, la que propugnaría que la tentativa inacabada inidónea (desvalor primario de acción) habría de conllevar una reducción de la pena en dos grados; por otro, que la tentativa acabada idónea (desvalor completo de acción y desvalor secundario de resultado) habría de conllevar la reducción de la pena en un grado. Pero, más allá de estas «recomendaciones», el autor admite que las cosas no están tan claras (Cfr., *op. cit.*, p. 495) y permiten su modulación.

(74) Por ejemplo, por contener su descripción típica diversos actos ejecutivos (vg., fuerza en las cosas y apoderamiento).

(75) *Ex ante* podrá valorarse, así, si el hecho continuaba siendo igualmente peligroso cuando, por ejemplo, en medio de la ejecución se produjo la detención del autor, o si, por el contrario, había disminuido dicha peligrosidad, (por ejemplo, por haberse provisto la víctima de medios defensivos, o haber empeorado la calidad de los comisivos –por ejemplo: en una tentativa de asesinato, el reventón de un neumático

IV. APROXIMACIÓN JURISPRUDENCIAL: ¿ALGUNA RELAVANCIA DE LA DISTINCIÓN ENTRE TENTATIVAS INACABADAS Y ACABADAS PARA DETERMINAR SU PENALIDAD?

1. Pronunciamientos continuistas

No puede decirse que la promulgación del código vigente supusiera un cambio inmediato en el modo de abordar la cuestión de la determinación de la pena en las formas imperfectas de ejecución. La inercia acumulada con el manejo de las categorías clásicas de tentativa y frustración, con penas necesariamente distintas entre sí (en realidad desde 1848) o potencialmente distintas entre sí (desde 1932), se haría notar durante bastante tiempo.

En relación con los primeros años de vigencia del nuevo código, y tras el análisis de un amplio repertorio de resoluciones, Doval apreciaba, en su estudio de 2001, que la novedad parecía haberse identificado solo en la referencia al «peligro inherente al intento», y no en la que aludía al grado de ejecución. «Cuando se aborda el examen de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el nuevo Código vertida hasta la fecha –afirmaba–, se observa que [...] con respecto al segundo parámetro, prácticamente da por reproducida la doctrina elaborada en materia de tentativa y frustración bajo la vigencia del Código penal precedente» (76). Y puede decirse que esta situación se prolongaría a lo largo de la década siguiente, si bien conviviendo ya con otros planteamientos. La STS 409/2004, por ejemplo, confirmando el criterio aplicado por la Audiencia Provincial de Teruel, señalaba como pauta general que «es doctrina de esta Sala que caso de encontrarse interrumpidos los actos de ejecución se está en un supuesto de tentativa que integra los dos estadios existentes en el anterior Código Penal de tentativa y frustración, debiéndose rebajar la pena en un grado en caso de tentativa acabada –equivalente a la antigua frustración– que supone la realización de todos los actos ejecutivos, y dos grados en caso de tentativa estricto sensu, inicio de los actos de ejecución» (77). En igual sentido generalizante, la STS 798/2006 destacaba que «en general,

del vehículo con el que el autor pretendía el atropello de la víctima, por haber chocado contra el bordillo durante su persecución–). *Ex post*, podrá tenerse en cuenta la lesividad desplegada (p. e., práctica inmediatez del resultado; o, siguiendo con la tentativa de asesinato, causación de lesiones de mayor o menor entidad).

(76) DOVAL PAIS, A., *op. cit.*, p. 18.

(77) STS 409/2004, de 24 de marzo, Pte: J. Giménez García (RJ 2004/2812); tentativa acabada: pena inferior en grado.

esta Sala se ha hecho eco de la distinción doctrinal entre tentativa acabada y tentativa inacabada. La primera equivaldría a la antigua frustración en la que los actos de ejecución están completados, y la inacabada, aquella en la que no ha existido una ejecución completa. Por ello, la tentativa acabada, exponente de una mayor temibilidad en el sujeto, supondría la imposición de la pena inferior en un solo grado, y la incompleta en dos grados»(78). Las dos sentencias mencionadas contienen una nutrida cita de resoluciones previas(79).

Este patrón de correspondencia prácticamente automática al que me refiero (rebaja en un grado en tentativas acabadas, y en dos en las inacabadas –aunque, nótese, no era esta última la solución literal del anterior artículo 52(80)–), perduró con claridad, pues, en la doctrina del Tribunal Supremo una vez aprobado el nuevo Código, extendiéndose también, como no podía ser de otro modo, a las decisiones de la Jurisprudencia menor(81), en las que la regla mencionada adoptó a veces un tono incluso categórico.

Como matiz digno de mención, pero siempre dentro de este patrón que puede llamarse continuista (que se caracterizaría por operar con correspondencias cuasi-automáticas en función de una catalogación previa del intento), puede aludirse a la introducción por la jurisprudencia de otros factores adicionales –en realidad presentes en el acervo argumental histórico del TS, pero no expresamente mencionados en el artículo 62 CP– a los que se asociaría también una rebaja predeterminada. Distintas sentencias del Alto Tribunal señalan, así, que la rebaja en un grado debería practicarse en los supuestos de tentativa acabada y también en aquellos «de gran desarrollo de ejecución». Mientras que se rebajaría en dos en los casos de «tentativa inacabada o inidónea», así como en aquellos en los que la actividad

(78) STS 798/2006, de 14 de julio, Pte: J. Giménez García (RJ 2006/6053), recogida en este aspecto por otras más recientes, como la STS 1188/2010, de 30 de diciembre, Pte: J. R. Berdugo, (ECLI: ES: TS:2010:7587; RJ 2011/416).

(79) ATS 1574/2000, SSTS 1437/2000, 558/2002, 1296/2002, 1437/2000 o 1326/2003, entre otras.

(80) Que para la tentativa dejaba al arbitrio del Tribunal la imposición de la pena inferior en uno o en dos grados. Lo recuerda, por ejemplo la STS 1188/2010, de 30 de diciembre, Pte: J. R. Berdugo y Gómez de la Torre (ECLI: ES: TS:2010:7587; RJ 2011/416), citando en este mismo sentido otras resoluciones anteriores.

(81) La SAP Tarragona 239/2009, de 4 de junio, Pte: S. Romero Adán (ECLI: ES: APT:2009:401), por ejemplo, se refiere a la rebaja en un grado en tentativas acabadas como «práctica habitual en juzgados y tribunales y doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, entre otras, STS 357/2008, de 12 de junio», a la vez que caracteriza la rebaja en dos grados en tentativas inacabadas como «opción», que vincula al peligro inherente al intento.

desplegada por el delincuente «no revel[ase] gran energía criminal»(82).

Esta última referencia a la «menor energía criminal», predicada de forma intencionadamente ambigua a veces del hecho, a veces de su autor, constituye, por cierto, un recurso frecuente en la argumentación clásica de nuestros tribunales, entroncando con una línea antigua de motivación. El Auto del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2001(83), por ejemplo, indicaba que «la atenuación en dos grados de la pena de la tentativa inacabada deb[ía] quedar reservada para supuestos en los que se compr[obase] una baja energía criminal de los autores (STS de 17 de octubre de 1998)». Tal concepto suele verse vinculado a la causa por la que se interrumpió el hecho o no se alcanzó la consumación(84), de modo que no denotarían esa «baja energía criminal» los casos en los que es la acción de un tercero u otra circunstancia ajena al autor la que detiene la progresión del intento(85) (por ejemplo, el descubrimiento de la ejecución, obligando al autor a interrumpir su comisión)(86). «En esa perspectiva –continuaba el citado ATS

(82) Entre otras muchas, la STS 79/2009, de 10 de febrero, Pte: J. R. Berdugo (RJ 2009/1541) o la núm. 292/2012, de 11 de abril, Pte: J. Sánchez Melgar (ECLI: ES: TS:2012:3998). Esta última recuerda lo expresado, entre otras, por la de 12 de julio de 2002: «El criterio de esta Sala, manifestado en las SSTs de 17-10-1998, 14-7-1999, 1760/1999, de 15-12, 622/2000, de 18-3, 379/2000, de 13-3, 755/2000, de 4-5, 939/2000, de 1-6, 1284/2000, de 12-7, 1574/2000, de 9-6, 1437/2000, de 25-9, y 16-7-2001, es que debe bajarse en un solo grado la pena en caso de tentativa acabada, frustración en la redacción del CP/1973 o de gran desarrollo en la ejecución, y en dos en los supuestos de tentativa inacabada o inidónea, y cuando la actividad desplegada por el delincuente no revele gran energía criminal».

(83) ATS de inadmisión núm. 359/1999, de 4 de abril de 2001, Pte: L. R. Puerta Luis (RJ 2001/8988). Lo recuerda, por ejemplo, la SAP Sevilla (Secc. 3.ª) núm. 401/2013, de 27 de junio (ECLI: ES: APSE:2013:2112).

(84) Aunque pueden encontrarse otras referencias que apelan de forma difusa a la energía criminal. La SAP Burgos (Secc. 1.ª), núm. 4/2007, Pte: J. L. Díaz Roldán (JUR 2007/94097), por ejemplo, la usó para confirmar la rebaja en un solo grado practicada en un delito de robo por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Burgos (St. de 23 de mayo de 2006) aduciendo dicho Juzgado como motivos la «peor visibilidad que supone la noche» y el «número de acusados». Aunque tales criterios no encuentran directo apoyo legal, la Audiencia hizo suya la decisión de instancia reconduciendo la argumentación al hecho de que lo ocurrido denotaba una energía criminal suficiente.

(85) Lo que en ciertos casos pone de manifiesto una cierta confusión de la atenuación de la pena por tentativa con la fundamentación de su exclusión por desistimiento. Cfr. STS 809/2011, de 18 de julio, Pte: L. Varela Castro (ECLI: ES: TS:2011:5111).

(86) La razón por la que se interrumpió la ejecución ha sido utilizada, también, como criterio para valorar la peligrosidad del intento. Vg.: SAP Madrid (Secc. 2.ª) núm. 629/2015, de 7 de julio. Pte: E. de Urbano Castrillo (ECLI: ES: APM:2015:9823), considerando el hecho de que fue un vecino el que alertó del robo al oír el ruido de

de 2001—, ha de considerarse, de acuerdo con lo que ya ha señalado esta Sala, que la atenuación de la pena en un grado es correcta cuando la interrupción del hecho no ha sido consecuencia de alguna circunstancia demostrativa de la menor energía criminal del autor, sino de la acción de un tercero que descubrió el comienzo de la ejecución del delito»(87).

Debe tenerse en cuenta, por último, que las apreciaciones anteriores pretenden recoger de forma muy sintética una línea jurisprudencial que cubre un periodo extenso en el que han convivido pronunciamientos no homogéneos, sin que pueda hablarse, por lo tanto, de una cronología estricta en los planteamientos del TS. Lo expuesto no significa, por ello, que insertas en este periodo no puedan encontrarse también resoluciones en las que se entrase a valorar, siquiera fuese tímidamente, las diferencias reales que podía implicar el nuevo tenor literal del artículo 62 CP(88). Sobre todo, se diría, cuando la consecuencia que había de resultar de la aplicación de aquella correspondencia penológica automática se consideraba materialmente menos adecuada a juicio del Tribunal, y no se optaba —como, de hecho, se observa en muchos casos como vía alternativa para mantener la pena deseada— por «forzar» el sentido de las categorías preestablecidas de tentativa inacabada y acabada(89).

una piedra fracturando el cristal, frustrando la rápida intervención de la Guardia Civil un intento idóneo (rebaja en un grado).

(87) En este caso —indicaba— «el acusado tuvo que desistir de la acción porque un vecino se apercibió de ello y llamó a la policía y, por tanto, la imposición de la pena rebajando únicamente un grado no resulta incorrecta».

(88) Sirva como ejemplo la STS núm. 366/1999, de 9 marzo, Pte: L. R. Puerta Luis (RJ 1999\2941), que analiza un supuesto de tentativa de robo en el que el autor atracó con violencia a la usuaria de un cajero automático, empujándola hacia el interior y tratando de quitarle el monedero y la cadena que portaba, huyendo sin conseguirlo al ver que llegaban otras personas. En este caso, enfrentado el Alto Tribunal a la consabida dificultad para caracterizar lo ocurrido como un intento acabado, y ante la solicitud de una rebaja en dos grados, desestimó el motivo afirmando que, ante todo (FJ 3.º), «ha de ponerse de relieve que la determinación de la pena legalmente prevista en los supuestos de tentativa no se corresponde, de una manera automática, con la distinción antes mencionada entre la tentativa acabada y la inacabada, en el sentido de que, en el primer caso, se rebajará la pena en un grado y, en el segundo, en dos; pues el texto legal se remite expresamente a dos parámetros diferentes para la concreta determinación de aquella: a) al peligro inherente al intento, y b) al grado de ejecución alcanzado. Y en el presente caso, como ha puesto de relieve el Ministerio Fiscal al evacuar el trámite de instrucción, tanto por razón del peligro —que no puede calificarse de leve— como por el grado de ejecución de la acción delictiva —suficiente para haber conseguido el objetivo perseguido— debe estimarse ajustada a Derecho la pena impuesta al recurrente por la Sala de instancia».

(89) Cfr., por ej., los casos comentados en las notas 93 y 94 (SSTS 772/1996, de 18 de octubre —RJ1996/7816— y 600/2005, de 10 de mayo —RJ 2005/7674—, en los

En cualquier caso, también debe apuntarse que el TS se mostró abierto a la modificación de la regla de correspondencia penológica estricta indicada, aunque en supuestos debidamente motivados en función del segundo de los parámetros (el peligro inherente al intento). La STS 625/2004 de 14 de mayo, después de reconocer la doctrina general de disminución en un grado en caso de tentativa acabada, y en dos grados en caso de tentativa inacabada, añade: «... tan sólo en circunstancias excepcionales, caracterizadas por el “peligro inherente al intento”, a que también se refiere el artículo 62 del Código Penal, dicho criterio general podría verse alterado pero, obviamente, mediando la adecuada justificación expresa en la resolución que impone la pena concreta de que se trate»(90).

2. Criterio actual: irrelevancia de la distinción. Preeminencia de la peligrosidad inherente al intento

Tras el arranque continuista explicado, la andadura de las reglas del artículo 62 por la jurisprudencia del Tribunal Supremo irá virando paulatinamente hacia una desvinculación de los dictados impuestos por la distinción tradicional entre tentativas inacabadas y acabadas. En buena medida, motor de este cambio de dirección seguiría siendo la propia dificultad experimentada para clasificar nítidamente los supuestos en una de las dos categorías, lo que en realidad se venía apreciando desde antiguo y, como se ha repetido, fue en el fondo la razón de su definitiva fusión legal en un concepto único de tentativa, tras un proceso de maduración que ya empezaron a exteriorizar a nivel pre-legislativo el Proyecto de 1980 (art. 25) y la Propuesta de Anteproyecto de 1983 (art. 21).

Tales dificultades clasificatorias, como ya se expuso, obedecen en un buen número de casos a la propia estructura de las conductas tipificadas en la Parte Especial(91); aunque, en otros, solo podían atribuirse

que se utilizan distintas vías para mantener la calificación como tentativa inacabada.

(90) STS 625/2004, de 14 de mayo, Pte: M. Maza Martín (RJ 2004/3775). Debe indicarse, en cualquier caso, que la resolución citada (que rectificaba la rebaja en un grado aplicada en la instancia en un delito de robo para ampliarla a dos peldaños) basaba su decisión en la consideración de los hechos como constitutivos de una tentativa inacabada, por lo que no alteraba la regla general. Cita esta resolución, p. e., la STS 817/2007, de 15 de octubre, Pte: J. Sánchez Melgar (RJ 2007/6965).

Con posterioridad sí se apreciarán múltiples resoluciones en las que se aplica la rebaja en dos grados en tentativas acabadas o, a la inversa, en un grado en inacabadas (*vid. infra*, IV.2.).

(91) Véase, *supra*, III. Ello no hace sino evidenciar la falta de necesidad de pasar por esa clasificación previa para determinar la pena.

a la propia falta de claridad de conceptos manejada por el órgano decisor, en ocasiones apoyado simplemente en interpretaciones adanistas sobre lo que debía considerarse acabado o inacabado respecto de una comisión determinada. En cualquier caso (fuese producto de una dificultad inevitable o evitable), la incomodidad con el corsé que imponía una bipartición previa entre intentos acabados e inacabados motivaría su progresivo abandono(92).

La Jurisprudencia habría ido pasando así, simplemente, a reconocer y a utilizar la herramienta que se había puesto a su disposición para sortear obstáculos del pasado, permitiéndole prescindir de equilibrios a veces imposibles para poder mantener la rebaja que se consideraba materialmente más justa y respetar a la vez la calificación de lo ocurrido conforme a las categorías de constante referencia(93).

La dificultad para encajar determinadas estructuras en esa clasificación dual impulsó también otra interpretación de la referencia legal al «grado de ejecución», no limitada a esa bipartición. Ilustrativas al respecto resultan las reflexiones contenidas en la STS 817/2007, de 15 de octubre, Pte: J. Sánchez Melgar (RJ 2007/6965), en un supuesto de agresión sexual (el acusado había despojado de sus pantalones a la víctima, separándole las piernas, momento en el que aquélla logró huir: pena inferior en un grado). Afirma la resolución indicada que en la medida en que el artículo 62 CP «no exige la ejecución de la totalidad de los actos de ejecución, la “conjunctum membrorum” de la jurisprudencia clásica, sino que alude al “grado de ejecución alcanzado”, ello supone una modulación [...] que puede flexibilizar la división entre tentativa acabada/inacabada».

(92) Tras recoger una muestra de varios pronunciamientos dispares de la propia Sala Penal del Tribunal Supremo, la STS de 2 de noviembre de 2007 se refería así a la inadecuación de la dualidad tradicional: «Esta muestra deja en evidencia la ausencia de un criterio que, cual regla de las ciencias matemáticas, permita dilucidar con alcance general inequívoco cuando se está ante una tentativa acabada o ante una inacabada. Aún más, esta exposición de nuestras decisiones deja en evidencia también que la discriminación, a efectos de medida de la pena, ni siquiera pasa solamente por esa elemental dicotomía. Las situaciones posibles presentan matices que reclaman respuestas más plurales que las reportadas por esa alternativa entre tales exclusivas hipótesis».

(93) Entre las últimas resoluciones recaídas con el ACP, puede ilustrar la situación expresada en el texto, por ejemplo, la STS 722/1996, de 18 de octubre (Pte: C. Conde-Pumpido Tourón; RJ 1996/7816), que consideró, respecto de un delito de robo con homicidio (art. 501.1.º ACP, castigado con pena de reclusión mayor), que «[...] en el plano objetivo no todos los actos de ejecución “que debieran producir como resultado el delito” se ha[bía]n realizado» en el caso analizado, pues faltaba «como elemento esencial que alguno de los disparos dirigidos a evitar el acercamiento de los perseguidores hubiese alcanzado efectivamente a persona alguna. Sólo dicho alcance –afirma– “debe producir como resultado el delito”, por lo que si no lo produce nos encontraríamos en el campo de aplicación del delito frustrado (hoy tentativa acabada); ahora bien, sin alcance, la acción objetivamente considerada no sólo no debe sino que no puede producir el resultado típico, por lo que el criterio del Tribunal sentenciador al calificarla de tentativa (inacabada) –concluía– debe ser confirmado». Se

Por ello, empezaron a aflorar, en particular entrada la primera década del presente siglo (y conviviendo, por tanto, con resoluciones continuistas) decisiones que relativizaban con rotundidad la trascendencia que en el seno del artículo 62 CP debía concederse a las categorías herederas de la tentativa y la frustración, rebajándolas a lo sumo al papel de meros criterios orientativos de una motivación que debía hacerse descansar, en todo caso, en los nuevos parámetros que aportaba el precepto. Advertía, por ejemplo, la STS de 10 de mayo de 2005 que «[...] el mayor o menor grado de ejecución del delito no consumado tiene en la Ley sólo una traducción legal en punto a la determinación de la pena, y además relativa. Esto es, desaparecida la anterior distinción entre tentativa y frustración, sólo existe ahora una categoría dogmática, la tentativa, y dentro de ella la posibilidad de bajar la pena en uno o dos grados, atendiendo al grado de desarrollo de la ejecución, sin que en el mismo quepa establecer dos fases o categorías diferentes como antaño ocurría con la tentativa y la frustración, aunque tales conceptos puedan servir como criterios orientativos»(94).

desestimaba, en definitiva, el recurso del Fiscal –que había solicitado la apreciación de un delito frustrado– por la vía de defender a ultranza lo indefendible*, el carácter inacabado del intento, para poder mantener la rebaja en dos grados aplicada (pena de prisión mayor, en lugar de la de reclusión menor que hubiese correspondido a la rebaja sólo en uno). Seguramente, la pena por la que venía condenado el acusado, ya considerablemente elevada –diez años y un día de prisión mayor solo por este delito–, influyó decisivamente en la desestimación del motivo del recurso, aunque se insistió en dirimir la cuestión en un terreno que con el nuevo código penal resulta innecesario: el de la catalogación previa del intento como acabado o inacabado.

*En realidad, desde el punto de vista conceptual con el primer disparo se está ante una tentativa acabada; para más señas, ante una tentativa, además, terminada o indesistible (irreversible), si bien la repetición de actos no da lugar a apreciar nuevos episodios delictivos independientes, sino que, conforme a una bien entendida *teoría de la consideración global*, estas repeticiones se integran en el mismo hecho, pudiendo, eso sí y a los efectos penológicos que ahora interesan, valorarse para ponderar el grado cuantitativo de peligro del conjunto de lo ocurrido. Resulta en todo caso innecesario, con el vigente código penal, pasar por una catalogación previa del intento.

(94) STS 600/2005, de 10 de mayo, Pte: J. R. Soriano Soriano (RJ 7674). Debe señalarse que, pese a esa relativización de las correspondencias penológicas, la resolución citada continúa anclada en la discusión de los viejos patrones. Combate así, al igual que, p. e., la STS 722/1996, de 18 de octubre criticada en la nota anterior, que los hechos puedan ser constitutivos de una tentativa acabada (como solicitaba la Acusación particular recurrente), aferrándose en este caso al *plan del autor* (cuando el concepto de tentativa acabada seguido habitualmente es el de carácter objetivo –mal llamado mixto–) y a una valoración *ex post* del peligro ocasionado. Se sostiene, por esas vías, que se está ante una tentativa inacabada: por un lado, puesto que «el plan concebido por el autor de dar muerte a la joven sólo inició su ejecución, pues le lanzó sin éxito una cuchillada en el abdomen, siendo repelidas las posteriores con las manos por parte de la víctima»; por otro, porque «a las claras puede percibirse que las lesio-

En la misma línea, sentencias anteriores como las de 28 de febrero de 2003(95) o de 28 de febrero de 2005(96) ya incidían en que en el artículo 62 no se distinguía entre tentativas acabadas e inacabadas, obligando en cambio el precepto a tener en cuenta los dos criterios mencionados en él «y a razonar sobre su aplicación en el capítulo de la sentencia correspondiente a un aspecto de su motivación (art. 120.3 CE), el relativo a la individualización de la pena». Ambas resoluciones bajan la pena en un grado, considerando inacabada la tentativa la primera, y acabada la segunda(97).

Con el tiempo, se irá asentando en nuestra jurisprudencia, pues, la convicción de que se habría venido operando en demasiadas ocasiones con «excesivo arrastre del concepto de tentativa y frustración del Código penal anterior»(98), cuando «lo determinante no es reproducir a través de los nuevos conceptos de la tentativa acabada o inacabada los viejos parámetros de la frustración y la tentativa, sino atender al criterio relevante y determinante del peligro para el bien jurídico que

nes ocasionadas a la víctima eran inhábiles para producir la muerte». * De nuevo: si la acción de lanzar una cuchillada a una zona vital se valorase *ex ante* y al inicio de su ejecución adecuada para producir la muerte, su consideración correcta debería ser la de una tentativa objetivamente acabada. Sin embargo, no es esa catalogación lo relevante, sino la motivación acerca del grado de peligro cuantitativo que entrañó el intento (menor en este caso que con otro procedimiento homicida), pudiendo haberse mantenido sin dificultad argumentativa la rebaja en dos grados en atención a él.

(95) STS 280/2003, de 28 de febrero, Pte: J. Delgado García (RJ 2003/2258).

(96) STS 261/2005, de 28 de febrero (Pte: J. R. Berdugo y Gómez de la Torre)

(97) Aunque, en puridad, los hechos tratados en ambas resoluciones son constitutivos de sendas tentativas acabadas.

En la primera, el autor golpeó la cabeza de la víctima con una piedra, golpe al que siguieron otros cuatro más en la misma zona, hasta que el agresor fue sujetado para que no continuara. Aunque el TS da la razón al recurrente cuando entiende que nos encontramos ante una tentativa inacabada, manteniendo que «en este punto hay un error en la sentencia recurrida», en realidad se está, de nuevo, ante un supuesto de repetición de actos: hay tentativa acabada desde el primer golpe, aunque los sucesivos no pasen a constituir intentos separados. El siguiente pasaje pone en evidencia la confusión conceptual entre tentativa acabada y consumación: «Tal y como se desarrollaron estos hechos, entendemos que, de haber continuado la agresión con más golpes en la cabeza con la piedra, el término de la ejecución (tentativa acabada), habría coincidido con la consumación o con el delito putativo. Es decir, habría continuado la agresión hasta que el agresor hubiera matado al agredido o así lo hubiera creído».

En la segunda sentencia se califica como acabado, correctamente, el intento respecto de los siguientes hechos: el autor colocó un sujetador enrollado sobre la boca y nariz de la víctima mientras dormía, presionando fuertemente e impidiéndole respirar, hasta que fue auxiliada.

(98) STS 292/2012, de 11 de abril, Pte: J. Sánchez Melgar (ECLI: ES:TS:2012:3998).

conlleva el intento»(99). Sobre este segundo parámetro, el relativo al peligro inherente al intento, se lee incluso en alguna ocasión, en la misma línea de lo apuntado, que constituye una «novedad cuya trascendencia en numerosas ocasiones no se ha percibido, limitándose a hacer referencia tan sólo a las categorías de “tentativa acabada” e “inacabada”, como trasuntos de las antiguas formas de frustración y tentativa»(100).

Esta progresiva apertura a los contenidos de la nueva redacción se traducirá en la concesión de «una mayor flexibilidad a la decisión de los jueces»(101), que no tendrán que atenerse a correspondencias obligatorias en función del grado de ejecución alcanzado. Es verdad que en este punto la jurisprudencia ha tendido a mantener que lo «razonable», «proporcionado» o «coherente» sería pensar en el mantenimiento de una pena mayor en los casos de ejecución acabada (al igual que en los casos de idoneidad, frente a los de tentativa inidónea), pero ello asumiendo que el criterio de la peligrosidad, que considera el prevalente, podría determinar lo contrario(102). La STS 693/2015, al igual que recogen otras muchas, señala en este sentido que «atendiendo pues al factor clave del peligro engendrado por la acción perpetrada, que es el que despunta como esencial en el Código Penal, parece que lo razonable es que la tentativa inacabada conlleve una menor pena que la acabada, y también que la tentativa idónea (peligro concreto para el bien jurídico) determine una mayor pena que la tentativa inidónea (peligro abstracto para el bien jurídico que tutela la norma penal). Por lo tanto, de acuerdo con lo anterior lo coherente será que la pena se reduzca en un grado en caso de tratarse de una tentativa acabada y en dos grados en los supuestos en que nos hallemos ante una tentativa inacabada. Y también que en los supuestos de tentativa idónea se tienda a reducir la pena en un solo grado, mientras que en los casos de la tentativa inidónea se aminore en dos. Sin embargo, debe quedar claro que como el criterio prevalente y determinante, según el texto legal, es el del peligro para el bien jurídico que lleva inherente el intento, no siempre que la tentativa sea inacabada se

(99) STS núm. 112/2015, de 10 febrero, Pte: A. del Moral García, RJ 2015\674 (ECLI: ECLI: ES: TS:2015:834).

(100) STS núm. 998/2013, de 19 de diciembre, Pte: J. M. Maza Martín, (ECLI: ES: TS:2013:6357).

(101) STS 29/2012, de 18 de enero, Pte: A. Jorge Barreiro (ECLI: ES: TS:2012:397); STS de 16 de febrero de 2012 (ECLI: ES: TS:2012:1388).

(102) STS 1188/2010, de 30 de dic., Pte: J. R. Berdugo (ECLI: ES: TS:2010:7587); STS de 16 de febrero de 2012 (ECLI: ES: TS:2012:1388); STS 985/2016, de 11 de enero. Pte: J. Saavedra Ruiz; STS 191/2016, de 8 de marzo, Pte: A. Jorge Barreiro (ECLI: ES: TS:2016:903).

impondrá la pena inferior en dos grados, pues puede perfectamente suceder que la tentativa sea inacabada a tenor del plan proyectado por el autor ponderado por un espectador objetivo, pero que su grado de ejecución sea muy avanzado y que concurra el peligro concreto de la tentativa idónea (se hayan ya realizado varios actos que auspician la proximidad de la consumación), en cuyo caso lo razonable será reducir la pena sólo en un grado a tenor del peligro que se muestra en el intento todavía no acabado (SSTS 1180/2010, de 22-12; 301/2011, de 31-3; 411/2011, de 10-5; y 796/2011, de 13 de julio)». A tenor de lo dicho, resultan comunes en las resoluciones de nuestros tribunales tanto los casos de tentativa inacabada en los que se aplica la rebaja en un solo grado(103) como, a la inversa, los de tentativa acabada en los que se rebajan dos(104).

En definitiva, se ha acabado imponiendo, de forma en mi opinión correcta, la línea de interpretación que, en sintonía con lo sostenido también a nivel doctrinal, considera que el factor determinante es el del «peligro inherente al intento», que debe prevalecer sobre el del grado de ejecución(105). A aquel peligro se refiere, por ejemplo, la STS 292/2012, de 11 de abril, como un «nuevo elemento que configura la cuantía del merecimiento de pena, que no requiere de fijación de módulos objetivos de progresión de la acción, sino de la intensidad de ésta, de modo que el peligro actúa corrigiendo lo más o menos avanzado del intento, y cuando concurre, determina una mayor proporción en la penalidad aplicable»(106). El grado de ejecución queda, así, «embebido» –en expresión también usual de nuestras sentencias(107)– en el criterio del peligro, al que en realidad se subor-

(103) Vg., STS 177/2018, de 12 de abril, Pte: Colmenero Menéndez de Luarca (ECLI: ES: TS:2018:1328).

(104) Vg., STS 29/2012, de 18 de enero, Pte: A. Jorge Barreiro (ECLI: ES: TS:2012:397); STS núm. 998/2013, de 19 de diciembre, Pte: J. M. Maza Martín (ECLI: ECLI: ES: TS:2013:6357).

(105) Cfr. STS 1180/2010, de 22 de dic., Pte: A. Jorge Barreiro (ECLI: ES: TS:2010:7333); STS núm. 998/2013, de 19 de diciembre, Pte: J. M. Maza Martín (ECLI: ECLI: ES: TS:2013:6357); STS 191/2016, de 8 de marzo, Pte: A. Jorge Barreiro (ECLI: ES: TS:2016:903); La SAP Sevilla, 256/2018, Pte: R. Díaz Aroca (ECLI: ES: APSE:2018:1131), cita también en este sentido las SSTS 998/2013, de 19 de diciembre; 332/2014, de 24 de abril; 454/2015, de 19 de julio; o 101/2018, de 28 de febrero.

(106) En igual sentido, la STS de 1 de febrero de 2012 (ECLI: ES: TS:2012:1388).

(107) Vg., STS 830/2015, de 22 de diciembre, Pte: J. Sánchez Melgar (ECLI: ES: TS:2015:5617); STS 985/2016, de 11 de enero (Pte: J. Saavedra Ruiz); STS 191/2016, de 8 de marzo, Pte: A. Jorge Barreiro (ECLI: ES: TS:2016:903).

dina(108), valorándose, en su caso, como un indicio de aquél. «Lo que resulta menos relevante –indicaba ya la STS 1188/2010(109)– es el número de actos que integran el comportamiento del autor, porque lo esencial es la potencialidad objetiva en relación con el resultado al que el autor ordenaba su comportamiento. Este puede constituirse por un solo acto y, sin embargo, constituir la modalidad merecedora de más grave pena (rebaja en un solo grado)».

De este modo, actualmente puede decirse que queda hasta cierto punto orillada la cuestión del grado de ejecución que, en todo caso, «no puede ser interpretada en el sentido de que la tentativa inacabada merezca siempre la doble degradación punitiva y la acabada solo uno»(110). En buena medida, esta clasificación previa del intento en una de las dos categorías clásicas ha devenido así, como señala la reciente STS de 11 de julio de 2022, «una discusión más especulativa que práctica»(111).

Ahora bien, lo anterior no significa ni que exista plena nitidez en la forma de interpretar después el peligro –que es, se insiste, el parámetro esencial–, ni que, por otra parte, se haya terminado tampoco definitiva-

(108) La potenciación de la atención al grado de peligro es tal que en ocasiones puede considerarse incluso que se han forzado las costuras de la propia categoría de la tentativa, haciéndola abarcar situaciones en realidad constitutivas de actos preparatorios previos al inicio de ejecución. Me parece ejemplo de ello la STS 177/2018, de 12 de abril, Pte: M. Colmenero Menéndez de Luarca (ECLI: ES: TS:2018:1328), que hubo de asumir como tentativa de robo (calificación por la que venían condenados los recurrentes), con rebaja en un solo grado de la pena, basada en el elevado riesgo para los bienes jurídicos en juego, un supuesto en el que los acusados se dirigían en un vehículo a atracar una sucursal bancaria, inspeccionando aún los alrededores, aunque provistos de las herramientas necesarias y armas cortas de fuego cargadas con munición y en condiciones de uso inmediato. «Aunque el grado de ejecución no haya sido máximo –indica la sentencia–, ya que no llegaron a apearse del vehículo ni a entrar en la sucursal bancaria, ya habían llegado al lugar preparados para el atraco, con las armas listas para su uso inmediato y solo estaban esperando el momento oportuno para iniciar la fase final de su plan». En realidad, faltando la realización de actos propiamente típicos, falta el inicio de ejecución y resulta inadecuada su calificación como tentativa (aunque, a efectos prácticos, el artículo 269 ampare con igual pena los actos preparatorios respecto de los delitos de robo).

(109) STS 1188/2010, de 30 de dic. Pte: J. R. Berdugo y Gómez de la Torre (ECLI: ES: TS:2010:7587). Vale la pena indicar, en cualquier caso, que el supuesto enjuiciado (apuñalamiento con navaja de 12 cm. en el abdomen, evitando la víctima ulteriores navajazos con el brazo) era constitutivo, en propiedad, de una tentativa acabada.

(110) STS 704/2022, de 11 de julio Pte: A. Del Moral García (ECLI: ECLI: ES: TS:2022:2832).

(111) La sentencia confirmó en este caso la rebaja en un grado aplicada a un delito intentado de robo en establecimiento abierto al público en el que el autor fue sorprendido por la Guardia Urbana, sin pasar por la calificación previa del intento (supuestamente inacabado).

mente de operar con un cierto grado de automatismo (en detrimento de una valoración individualizada del peligro). Para concluir me parece, por ello, procedente incidir en estas dos observaciones.

Efectivamente debe destacarse, por un lado, que aunque el debate actual pueda entenderse centrado en la peligrosidad del intento, existen después disparidades –si no confusiones– en el modo de valorarla, sin que las distintas resoluciones obedezcan siempre a una adecuada ponderación del grado cuantitativo del peligro. En algunos casos, como en el de la STS 693/2015 antes citada, se aprecia la tenacidad con la que perviven las viejas ideas, al identificar el mayor peligro de la tentativa inacabada en el hecho de que «su grado de ejecución sea muy avanzado». En otras –y aunque habitualmente se considera trascendental realizar una valoración *ex ante* del peligro (SSTS 985/2016, de 11 de enero; 1188/2010, de 30 dic.; 1060/2003, de 21 jul.) – no queda claro el peso que debe atribuirse a la valoración *ex post* sobre la importancia de lo efectivamente ocurrido. La STS 998/2013(112), por ejemplo, atiende –para confirmar la rebaja en dos grados en una tentativa acabada– al hecho de que «no se llegó a producir una situación de verdadero peligro para la vida» gracias a las acciones defensivas de la víctima (que evitó ulteriores cuchilladas poniendo el brazo y sujetando con su propia mano la hoja del cuchillo, con las consiguientes lesiones)(113).

Por otra parte, es destacable el hecho de que, aunque los antiguos automatismos (pena inferior en grado en tentativas acabadas e inferior en dos en inacabadas) hayan sido desplazados, se sigue apreciando en su lugar cierta tendencia a la formulación de otros. Ello ocurre en particular en la que se supone la parte alta de la gravedad potencial del intento. De modo que se afirma, no sin cierto dogmatismo, que la pena en una tentativa acabada y a la vez idónea sólo puede ser rebajada en

(112) STS núm. 998/2013, de 19 de diciembre, Pte: J. M. Maza Martín (ECLI: ES: TS:2013:6357).

(113) En realidad, debió valorarse el grado de peligrosidad *ex ante* del ataque (en función, entre otras, del arma empleada). El enfoque es más acertado, en este punto, en la STS 716/2008, de 5 de noviembre, Pte: L. R. Puerta Luis (RJ 2008/6960): descenso en un grado en atención a la gravedad de lo programado (dar dos individuos una paliza a la víctima, disponiendo de guantes, navajas y pasamontañas proporcionados por el inductor, sin conseguir culminar la ejecución al solicitar auxilio la víctima cuando era introducida a golpes en un vehículo). Aunque las lesiones realmente padecidas por el sujeto no precisaron después para su curación ni tratamiento médico ni quirúrgico, siendo constitutivas solo de falta, la peligrosidad *ex ante* inherente a la acción justifica la mayor respuesta punitiva.

un grado(114). La STS 191/2016(115), por ejemplo, indica categóricamente (FJ 4.º) que «Cuando se trata de supuestos en que concurre una tentativa idónea y además la tentativa se muestra acabada, es claro que con arreglo a los dos criterios legales que marca el artículo 62 del C. Penal (peligro inherente al intento y grado de ejecución alcanzado), lo correcto y proporcionado con arreglo al precepto legal es reducir la pena en un solo grado y no en dos». Respecto de este proceder, de nuevo debe indicarse que, aunque tal regla podrá ser seguramente confirmada en la mayoría de casos, no tiene por qué ocurrir siempre así, pues el supuesto podrá también implicar un peligro escaso en términos absolutos. Por ello, no debería servir para dispensar de lo que debe considerarse determinante: la motivación individualizada sobre el grado cuantitativo de peligro en cada caso concreto, huyendo de cualquier apriorismo.

V. CONSIDERACIONES FINALES

Las páginas anteriores ponen de manifiesto, en lo que se refiere al derecho positivo vigente(116), que existe actualmente una razonable convergencia doctrinal y jurisprudencial en cuanto al valor (reducido) que merece el parámetro legal de ponderación de la pena por el que se ha preguntado este trabajo: el relativo al grado de ejecución alcanzado. En efecto, revisando tanto la jurisprudencia reciente (una vez superado el continuismo que caracterizó el periodo inicial en la aplicación de la regulación actual) como las aportaciones doctrinales (que en esta materia penológica se concentraron principalmente en el momento del cambio legislativo, secándose después), puede decirse que quedan claros, al menos, dos rasgos fundamentales: la falta de una correspondencia necesaria entre el carácter acabado o inacabado de la tentativa y la rebaja en uno o dos grados de la pena, por un lado, y la preeminencia del criterio relativo a la peligrosidad inherente al intento frente al referido al grado de ejecución, por otro.

(114) Por ejemplo, STS 597/2017, de 24 de julio, Pte: A. Jorge Barreiro (ECLI: ES: TS:2017:3190): Agresión con arma blanca en el abdomen, con afeción del intestino, que hubiese producido la muerte.

(115) STS 191/2016, de 8 de marzo, Pte: A. Jorge Barreiro (ECLI: ES: TS:2016:903).

(116) Más allá, pues, de las reflexiones que a nivel general puedan efectuarse sobre el modelo de punición que en abstracto quepa considerar el adecuado desde la concepción del injusto o desde otros parámetros generales (como los preventivos).

Sin embargo, debe irse bastante más allá. En la aplicación judicial del artículo 62 CP se ha avanzado, sólo, en considerar que llegado el caso podrá desoírse la correspondencia tradicional. Pero con ello no se abandona el razonamiento vinculado a la caracterización previa de los intentos en inacabados y acabados, sino todo lo contrario: la argumentación actual en buena medida la presupone, cuando en realidad se trata de un paso que no sólo resulta innecesario, sino a menudo inviable y muchas veces contraproducente. Esto último porque en ocasiones la presunción de que tal clasificación dual es posible respecto de todo delito (cuando en realidad no resulta viable respecto de todas las figuras de la Parte Especial(117)) lleva a la caracterización del hecho en la modalidad más avanzada –pasando por alto que puede no existir la forma inacabada respecto de la figura de que se trate– lo que lleva a imponer la pena más grave sin una auténtica reflexión sobre el grado de peligro inherente al intento; en otras, se fuerzan las costuras de las categorías de referencia (por parte de justiciables, recurrentes o juzgadores) para poder sostener la rebaja deseada(118); en la mayoría de casos, en fin, la calificación previa del intento como acabado o inacabado se aprovecha solo como un cómodo expediente para relajar las exigencias de motivación, si la correspondencia tradicional secundaria ya la percepción personal del juzgador sobre la entidad materialmente más adecuada de la pena(119). Tal modo de proceder, en definitiva, desvía la obligación de motivar (art. 120.3 CE) de lo auténticamente relevante, que es la correcta baremación del peligro inherente al intento teniendo en cuenta su aptitud relativa para la consecución del resultado en comparación con otros posibles intentos susceptibles de calificarse conforme al mismo título de imputación, así como la materialización de la lesividad que se haya podido producir. En todo ello, el estadio alcanzado por la tentativa ostenta un papel no determinante, pues el grado cuantitativo del peligro depende esencialmente del nivel de idoneidad de la acción que se emprende, y no de lo avanzado de su ejecución.

Por ello, convendrá eliminar definitivamente el paradigma de argumentación basado en la proyección de la distinción previa entre intentos inacabados y acabados, supresión que podría hacerse exten-

(117) *Supra*, III.

(118) Advirtiéndose, además, no pocas confusiones en el propio manejo de las categorías invocadas; singularmente, en los supuestos de repetición de actos por sí solos idóneos para producir el resultado.

(119) Mientras que, en caso contrario, dicha caracterización previa del intento se deja a un lado alegando su peso relativo y vinculando entonces la decisión a otros criterios más o menos volátiles (como la mayor o menor energía criminal) o a nuevos automatismos que escapan a un control más fundamentado.

siva también –aunque esto no ha sido el objeto de este trabajo y resulta ahora secundario– a la propia redacción legal, que no necesita aludir (art. 62 CP) a un parámetro que constituye, a lo sumo y solo en tentativas idóneas(120), un mero indicador del peligro inherente al intento, y que, sin embargo, el legislador de 1995 situó en aparente pie de igualdad con el criterio al que se encuentra subordinado. La misma suerte que esta referencia al «grado de ejecución alcanzado» contenida en el artículo 62 CP, por lo demás, podría correr la alusión a la realización de «todos o parte» de los actos contenida en la definición legal de la tentativa (art. 16 CP) que, al igual que la referencia anterior, no es sino una reminiscencia de un pasado del que el legislador se resistió a prescindir(121), temeroso en su momento de los potenciales efectos del cambio de modelo penológico que implantaba.

A cambio, resulta necesario profundizar en la elaboración de criterios y procedimientos claros con los que valorar el peligro, cuya aplicación actual, aunque se reconoce el parámetro fundamental y decisivo, dista hasta la fecha de ser homogénea. Sin duda, una herramienta útil para ello será la exigencia de una valoración individualizada de la potencialidad lesiva tanto *ex ante* como *ex post*, y ello, a su vez, tanto al comienzo de la ejecución como a la finalización de lo ejecutado(122), con independencia de que este último momento coincida o no con lo convencionalmente considerado «tentativa acabada»(123). Pero existen otros aspectos a integrar en ese bagaje teórico de apoyo para la motivación judicial, algunos directamente vinculados a la interpretación de los tipos de la Parte Especial(124).

VI. BIBLIOGRAFÍA CITADA

(120) Resultan también posibles, aunque en ocasiones se negase, las tentativas acabadas inidóneas, en las que el balance neto del peligro podrá ser menor que el de algunas tentativas inacabadas.

(121) Al igual que le ocurriría a la primera jurisprudencia encargada de su aplicación.

(122) Sobre el procedimiento de valoración propuesto, *Supra*, III.

(123) Existen en función del grado de ejecución y del tipo penal de que se trate, como se ha venido argumentando, otros estadios distintos del acabamiento de la tentativa que una clasificación binaria obliga a agrupar como inacabados, pese a que pueden no merecer una valoración unitaria.

(124) Así, la necesaria evitación en ese cometido de una doble valoración del peligro, si el factor en cuestión ya ha sido considerado para la subsunción en la tipicidad de la que se trate (p. e., por uso de medios alevosos), en cuyo caso tal circunstancia no debería volver a usarse para evaluar lo peligroso del intento.

- ALCÁCER GUIRAO, R., *La tentativa inidónea. Fundamento de punición y configuración del injusto*. Comares, Granada, 2000.
- *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. Allgemeiner Teil*. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). Tübingen, 1966.
- BORJA JIMÉNEZ, E., «El castigo de la tentativa de un delito de peligro abstracto: algunas reflexiones a raíz de la STS 48/2020, de 11 de enero», en *Estudios Penales en Hje. al Prof. José Manuel Lorenzo Salgado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español. Parte General, III. Teoría jurídica del delito/2*. Tecnos, Madrid, 2001
- DOVAL PAIS, A., *La penalidad de las tentativas de delito*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- FARRÉ TREPAT, E., *La tentativa de delito*. Doctrina y Jurisprudencia (2.ª ed). Edisofer/BdF, Madrid/Buenos Aires. 2011. (1.ª ed.: Ed. Bosch, Barcelona, 1986).
- FRISCH, W., «La atenuación del marco penal en la tentativa», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. XLVII, fasc. II, 1994
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho penal*. T. VII, *El delito y su exteriorización*. Ed. Losada, 2.ª ed., Buenos Aires, 1977.
- KAUFMANN, A., «Zum Stand der Lehre vom personales Unrecht», en *Welzel-Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag*. Walter de Gruyter. Berlin, New York, 1974.
- LAURENZO COPELLO, P., *El resultado en Derecho Penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.
- MORENO-TORRES HERRERA, M. R., *Tentativa de delito y delito irreal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, E./HUERTA TOCILDO, S., *Derecho Penal. Parte General. Teoría Jurídica del Delito (II)*. Ed. Rafael Castellanos. Madrid, 1986.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G., en CÓRDOBA/R. MOURULLO/DEL TORO/CASABÓ, *Comentarios al Código Penal*, Tomo II. Ariel, Barcelona, 1972.
- ROMAGNOSI, G. D., *Genesi del Diritto Penale*. 4.ª ed., Tipografia di R. Manzi, Napoli, 1825.
- WOLTER, J., *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Strafiatsystem*. Strafrechtliche Abhandlungen, Neue Folge, Bd. 40. Duncker & Humblot, Berlin, 1981.

VII. RESOLUCIONES JUDICIALES CITADAS

STS 704/2022, de 11 de julio Pte: A. Del Moral García (ECLI: ECLI: ES: TS:2022:2832).

STS 177/2018, de 12 de abril, Pte: Colmenero Menéndez de Luarca (ECLI: ES: TS:2018:1328).

SAP Sevilla, 256/2018, Pte: R. Díaz Aroca (ECLI: ES: APSE:2018:1131).

- STS 597/2017, de 24 de julio, Pte: A. Jorge Barreiro (ECLI: ES: TS:2017:3190).
- STS 191/2016, de 8 de marzo, Pte: A. Jorge Barreiro (ECLI: ES: TS:2016:903).
- STS 985/2016, de 11 de enero, Pte: J. Saavedra Ruiz.
- STS 830/2015, de 22 de diciembre, Pte: J. Sánchez Melgar (ECLI: ES: TS:2015:5617).
- SAP Madrid (Secc. 2.ª) 629/2015, de 7 de julio. Pte: E. de Urbano Castrillo (ECLI: ES: APM:2015:9823).
- STS 112/2015, de 10 febrero, Pte: A. del Moral García (ECLI: ECLI: ES: TS:2015:834).
- STS 998/2013, de 19 de diciembre, Pte: J. M. Maza Martín (ECLI: ES: TS:2013:6357).
- SAP Sevilla (Secc. 3.ª) 401/2013, de 27 de junio (ECLI: ES: APSE:2013:2112).
- STS 292/2012, de 11 de abril, Pte: J. Sánchez Melgar (ECLI: ES: TS:2012:3998).
- STS 29/2012, de 18 de enero, Pte: A. Jorge Barreiro (ECLI: ES: TS:2012:397).
- STS de 16 de febrero de 2012 (ECLI: ES: TS:2012:1388).
- STS 809/2011, de 18 de julio, Pte: L. Varela Castro (ECLI: ES: TS:2011:5111).
- STS 1188/2010, de 30 de diciembre, Pte: J. R. Berdugo, (ECLI: ES: TS:2010:7587).
- SAP Madrid (Secc. 7.ª) 629/2009, de 27 de julio, Pte: A. A. Acevedo Frías (ECLI: ES: APM:2009:9171).
- SAP Tarragona 239/2009, de 4 de junio, Pte: S. Romero Adán (ECLI: ES: APT:2009:401).
- STS 79/2009, de 10 de febrero, Pte: J. R. Berdugo (RJ 2009/1541).
- STS 716/2008, de 5 de noviembre, Pte: L. R. Puerta Luis (RJ 2008/6960).
- STS 817/2007, de 15 de octubre, Pte: J. Sánchez Melgar (RJ 2007/6965).
- SAP Burgos (Secc. 1.ª), núm. 4/2007, Pte: J. L. Díaz Roldán (JUR 2007/94097).
- STS 798/2006, de 14 de julio, Pte: J. Giménez García (RJ 2006/6053).
- STS 600/2005, de 10 de mayo, Pte: J. R. Soriano Soriano (RJ 7674).
- STS 261/2005, de 28 de febrero, Pte: J. R. Berdugo y Gómez de la Torre.
- STS 625/2004, de 14 de mayo, Pte: M. Maza Martín (RJ 2004/3775).
- STS 409/2004, de 24 de marzo, Pte: J. Giménez García (RJ 2004/2812).
- STS 280/2003, de 28 de febrero, Pte: J. Delgado García (RJ 2003/2258).
- STS 366/1999, de 9 marzo, Pte: L. R. Puerta Luis (RJ 1999\2941).
- ATS núm. 359/1999, de 4 de abril de 2001, Pte: L. R. Puerta Luis (RJ 2001/8988).
- STS 722/1996, de 18 de octubre, Pte: C. Conde-Pumpido Tourón (RJ 1996/7816).

Alegato contra el carácter aflictivo de las medidas de seguridad

VIVIANA CARUSO FONTÁN

Catedrática de Derecho Penal. Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla

RESUMEN

La asociación comúnmente realizada entre las medidas de seguridad y las sanciones ha traído consecuencias nefastas en el tratamiento de los sujetos inimputables que, aquejados por una alteración o trastorno mental grave, llevan a cabo hechos tipificados por la norma penal como delito. En este trabajo se recurre al concepto de norma penal para negar esta vinculación y se sugiere la conveniencia de relegar a otros ámbitos más idóneos esta clase de situaciones, de modo que a través del traspaso de competencias a las Comunidades autónomas el foco de atención de estos sujetos pueda situarse en el aspecto asistencial.

Palabras clave: *medidas de seguridad, sanciones, consecuencias jurídicas, inimputabilidad, enfermedad mental.*

ABSTRACT

The association commonly made between security measures and sanctions has brought disastrous consequences in the treatment of subjects who, suffering from a serious mental alteration or disorder, carry out acts classified by criminal law as a crime. In this work, the concept of criminal law is used to deny this connection and the convenience of relegating this type of situation to other more suitable areas is suggested, so that through the transfer of powers to the Autonomous Communities the focus of attention of these subjects could be placed in the healthcare aspect.

Keywords: *security measures, sanctions, legal consequences, non-imputability, mental illness.*

SUMARIO: I. Introducción.–II. La sanción como elemento de la norma jurídica. 1. El enfoque estructural. 2. El enfoque funcional.–III. Repercusión de las posturas analizadas en la estructura y función de la norma penal.–IV. El rechazo al carácter aflictivo de las medidas de seguridad.–V. Consideraciones finales.–VI. Bibliografía consultada

I. INTRODUCCIÓN(1)

Existen aspectos de la realidad que son demasiado duros y que el ser humano instintivamente aparta de su consciencia para hacer más llevadera su vida. El problema de la enfermedad mental es buen ejemplo de esas situaciones que pretendemos inconscientemente ignorar en nuestra búsqueda incansable de la felicidad. Las consecuencias que se derivan de esta actitud indolente son devastadoras tanto para las personas que sufren estos trastornos como para su entorno más cercano. Lo cierto es que mientras empleamos acalorados esfuerzos en luchar por causas frívolas pero populares, el colectivo de los enfermos mentales, cuya vulnerabilidad sí resulta innegable, se encuentra en situación de desamparo. En este contexto, resulta especialmente alarmante la coyuntura en la que se encuentran en España los enfermos que han llegado a cometer hechos tipificados por la ley como delito. Los informes de organismos de defensa de los Derechos Humanos ponen claramente de manifiesto que los Centros Psiquiátricos Penitenciarios de nuestro país no tienen capacidad suficiente para albergar a todos los enfermos a los que se les ha aplicado una medida de seguridad, razón por la que, buena parte de ellos, se encuentran abandonados a su suerte en las enfermerías de los Centros de Internamiento Ordinario(2). A esta situación se suma el hecho de que aquellos indi-

(1) Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación, «La condena de los excluidos, fronteras institucionales de los Derechos Humanos» PID 2021-122498 NB-I00.

(2) Se recurre a un eufemismo judicial y administrativo para equiparar a las enfermerías de los centros penitenciarios con unidades psiquiátricas, situación que ha sido denunciada en la Sentencia del Tribunal Constitucional 84/2018, de 16 de julio. Al respecto, ver, LACAL CUENCA, P. y SOLAR CALVO, P., «Enfermos Mentales y Justicia. Por un cambio de modelo», en *Diario LA LEY*, núm. 9474, de 10 de septiembre de 2019, pp. 6 ss. ARROYO COBO, J. M., «Los problemas de salud mental en las prisiones, vistos desde la atención primaria», en *Norte de Salud Mental*, vol. 6, núm. 25, 2006, p. 41. LEGANÉS GÓMEZ, S., «Enfermedad mental y delito (Perspectiva jurídica y criminológica)», en *La*

viduos que sí han conseguido una plaza en los centros especializados tampoco reciben la asistencia médica necesaria, ya que la estructura de estos hospitales otorga absoluta prioridad al aspecto «securitario» frente al «tratamental»(3).

No resulta difícil llegar a la conclusión de que la primera causa de esta situación es la falta de interés que la materia suscita desde el punto de vista electoral, lo que ha llevado a destinar escasos medios económicos para su gestión. Pero, a nuestro criterio, esta no es la única razón que ha contribuido a desembocar en la actual tesitura. A la historia del Derecho penal, en general, y a la deriva de la política criminal contemporánea, en particular, puede imputarse buena parte de la estigmatización que sufren a diario estas personas, a quienes atribuimos, sin mayor problema, la condición de delinquentes.

Se ha puesto de manifiesto que la política criminal actual está dejando atrás el modelo del Derecho penal mínimo para acercarse a un peligroso Derecho penal de la seguridad. Así, una de las características más destacadas de este nuevo paradigma sería el incremento de la preocupación general sobre la delincuencia y el miedo a ser víctima de un delito. Se encuentra extendida entre la población la sensación de que las cosas van cada vez peor en temas de prevención de la delincuencia, sensación que se proyecta en una escasa confianza en la capacidad de los poderes públicos para afrontar el problema(4). Este

Ley Penal, núm. 76, noviembre 2010, p. 5. Existen diversos estudios sobre la situación de los enfermos mentales en prisión. Entre ellos, «Las personas con discapacidad intelectual en prisión», Separata del volumen II del Informe anual 2018 del Defensor del Pueblo. Disponible en: https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2019/09/Separata_discapacidad_en_prision.pdf (visto 20 de julio de 2023); «Situación de los enfermos mentales internados en centros penitenciarios andaluces», Informe del Defensor del Pueblo Andaluz, de 1998. Disponible en: <https://www.defensordelpuebloandaluz.es/situacion-de-los-enfermos-mentales-internados-en-centros-penitenciarios-andaluces> (Visto 20 de julio de 2023); el Informe Prevalencia de trastornos mentales en Centros Penitenciarios españoles (Estudio PRECA), del grupo de trabajo de Salud Mental en Prisiones de la Sociedad Española de Sanidad Penitenciaria y de la Asociación Española de Neuropsiquiatría, 2011. Disponible en: <https://consaludmental.org/publicaciones/EstudioPRECA.pdf> (visto 20 de julio de 2023). El Estudio sobre salud mental en el medio Penitenciario, de la Subdirección General de Sanidad Penitenciaria, diciembre 2006. Disponible en: https://www.sanidad.gob.es/eu/organizacion/sns/planCalidadSNS/boletinAgencia/boletin10/estudio_saludMental_medio_penitenciario.pdf (visto 20 de julio de 2023).

(3) BARRIOS FLORES, L. F., «El internamiento psiquiátrico penal en España, situación actual y propuestas de futuro», en *Norte de salud mental*, 2021, vol. XVII, núm. 64, pp. 25-38. Del mismo también ver, «Origen, evolución y crisis de la institución psiquiátrica penitenciaria», en *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, 2007, vol. XXVII, núm. 100, pp. 473-500.

(4) DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 06-03, 2004, p. 8.

escenario no resulta ser un ambiente propicio para la aplicación de medidas que sustituyan la «prisonización» por el aspecto asistencial, situación que concuerda, además, con el criterio restrictivo que mantienen los jueces en relación con la aplicación de eximentes y atenuantes. En este contexto no parece sorprendente que los tribunales se sientan temerosos de dictar medidas que puedan contribuir, siquiera sea de forma excepcional, a la repetición de hechos delictivos.

Otra de las consecuencias de la asunción de este nuevo modelo es la desaparición de la actitud de comprensión hacia la criminalidad tradicional. En efecto, este tipo de delincuencia solía interpretarse como una desafortunada consecuencia de las circunstancias de pobreza y marginalidad en la que se encontraban algunos sectores de la sociedad frente a la cual había que reaccionar con penas adecuadas a los fines resocializadores. En sentido opuesto, esta visión ha sido reemplazada por un absoluto protagonismo de los intereses y sentimientos de las víctimas que deben ser a toda costa retribuidas. En este contexto, cualquier ganancia por parte del delincuente, por ejemplo, en garantías procesales o en beneficios penitenciarios, supone una pérdida para las víctimas, que lo ven como un agravio o una forma de eludir las consecuencias de la condena(5). La aplicación de medidas de seguridad no resulta ser una excepción a esta norma, de forma que la absolución del acusado por la existencia de alteraciones mentales suele ser vista como un recurso para esquivar las merecidas consecuencias de la aplicación de las normas penales. En suma, la marcada tendencia social a utilizar el Derecho penal para reducir a su mínima expresión todo posible peligro, anula cualquier intento de humanizar la encarcelación de sujetos considerados como un foco de riesgo, independientemente de la causa que lo origine.

A la dogmática penal también podemos responsabilizarla, en buena parte, del imaginario colectivo que gira en torno a la enfermedad mental. En el año 1964, el jurista argentino Sebastián Soler publicaba en el *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* un trabajo titulado «Las medidas de seguridad no son sanciones»(6), en el que hacía gala de una claridad expositiva propia de los grandes penalistas de su época. En este estudio, el autor ponía de manifiesto la contribu-

(5) DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «El nuevo modelo penal...», *op. cit.*, p. 9.

(6) SOLER, S., «Las medidas de seguridad no son sanciones», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. 17, fasc/mes 2, 1964, pp. 215-228. En palabras de Soler, «Es, en efecto, casi un lugar común de apariencia inofensiva el empleo de la expresión –sanciones– para designar a penas y medidas de seguridad al mismo tiempo» [...] «Después de haberse frustrado el empeño por construir un Derecho penal basado en la sistemática de unir penas y medidas, el asunto no resulta nada trivial».

ción del positivismo a la confusión conceptual que asocia a la institución de las medidas de seguridad con las sanciones, confusión que, a pesar de ser aparentemente inofensiva, ha traído consigo nefastas consecuencias(7).

Como es sabido, las medidas de seguridad surgen como solución de compromiso para intentar solventar la llamada «lucha de escuelas» que se planteó entre dos posiciones fuertemente encontradas, la escuela clásica(8) y el positivismo italiano(9), al que siguieron posturas más moderadas, entre ellas, la escuela sociológica alemana liderada por Franz Von Liszt(10). En este contexto, la propuesta de Stoss intentaba contentar a ambas facciones, ofreciéndole a cada una de ellas una consecuencia jurídica configurada de acuerdo con sus postulados(11). Así, de acuerdo con el criterio retributivo defendido por la

(7) Incluso, la definición del término «medida de seguridad» que se encuentra en el *Diccionario Panhispánico del español jurídico*, reza de la siguiente forma: «Sanción penal que se aplica a un sujeto que es declarado criminalmente peligroso tras la comisión de un delito». Disponible en: <https://dpej.rae.es/lema/medida-de-seguridad> (Visto 19 de febrero de 2024)

(8) KANT, I., *La metafísica de las costumbres* (Traducción y notas de Adela Cortina y Jesús Canal Sancho), Madrid, 1989, p. 168. Al respecto, también ver, ANTÓN ONECA, J., *Obras*, T. I, Buenos Aires, 2000, p. 155. DURÁN MIGLIARDI, M., «Teorías absolutas de la pena, origen y fundamentos. Conceptos y críticas fundamentales a la teoría de la retribución moral de Immanuel Kant a propósito del neo-retribucionismo y del neo-proporcionalismo en el Derecho penal actual», en *Revista de Filosofía*, vol. 67, 2011, p. 123.

(9) LOMBROSO, C., «Über der Ursprung, das Wesen und die Bestrebungen der neuen antropologistisch-kriminalistischen Schule in Italien», en *ZStW*, núm. 1, 1881, p. 108. Sobre la vida y obra de Cesare Lombroso, ampliamente, KRÄPELIN, F., «Lombrosos Uomo delinquente», en *ZStW*, 1885, núm. 5, p. 669. FERRI, E., «Das Verbrechen in seiner Abhängigkeit von dem jährlichen Temperaturwechsel», en *ZStW*, 1882, núm. 2, p. 11. Del mismo, *Principios de Derecho Criminal. Delincuente y Delito en la Ciencia, en la Legislación y en la Jurisprudencia*, 1.ª edición, (Traducción de José Arturo Rodríguez Muñoz), Madrid, 1933, p. 310. También ver, PESET, J. L. y PESET, M., *Lombroso y la escuela positivista italiana*, Madrid, 1975, p. 66. JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito*, Buenos Aires, 1990, p. 56. CANO LÓPEZ, F., «La influencia del positivismo en la Criminología y penología españolas. Orígenes y primeros pasos de la prevención especial como fin de la punición», en Rivera Beiras, I. (coord.), *Mitologías y discursos sobre el castigo*, Barcelona, 2004, p. 70. URRUELA MORA, A., *Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad. Especial consideración de las consecuencias jurídico-penales aplicables a sujetos afectos de anomalía o alteración psíquica*, Granada, 2009, pp. 7 ss.

(10) VON LISZT, F., *La idea del fin en Derecho penal*, Programa de la Universidad de Marburgo de 1882, (Introducción y nota biográfica de José Miguel Zugaldía Espinar, Traducción de Carlos Pérez del Valle), Granada, 1995, p. 87. Del mismo, también ver, *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, 2007, p. 245.

(11) Sobre la concepción de este autor, ver, STOSS, C., «Strafe und sichernde Massnahme», en *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, año 8, Bern, 1905, p. 1.

Escuela clásica, la pena sería proporcional a la gravedad del delito cometido y se aplicaría a los individuos culpables, mientras que la medida de seguridad sería de duración indeterminada y estaría destinada a los sujetos considerados peligrosos(12). Como es posible observar, el objeto y conformación de estas originarias medidas de seguridad sería muy diferente a la formulación que reciben en la actualidad, ya que, por entonces, la visión positivista de la naturaleza humana lideraba un entendimiento muy particular de esta materia.

En aquellos tiempos, la confrontación terminológica no se planteaba en términos de distinción entre los sujetos imputables e inimputables, tal como sucede en la actualidad, sino en la diferenciación entre los sujetos peligrosos y aquellos que no revisten peligrosidad. Si el hombre no es libre, sino que está determinado a la comisión de hechos ilícitos, todos los sujetos que delinquen se encuentran bajo la constelación de una especie de «cuasi-inimputabilidad». En la lógica del positivismo italiano, el delincuente debía ser visto como un sujeto enfermo, de modo que el delito era interpretado como un síntoma de esa enfermedad que conducía a la peligrosidad. Así, partiendo de la base de la enfermedad del delincuente, su internamiento debía ser de carácter indefinido y debía durar el tiempo necesario para alcanzar la curación(13). Esta imposibilidad de diferenciar al delincuente imputable y potencialmente reincidente, y al enfermo inimputable, trajo nefastas consecuencias para ambos colectivos. La idea de la unidad de las sanciones que perseguía la escuela positivista pretendía quitar la razón a la existencia de penas, de modo que las medidas en este sistema eran incoloras no sólo ética sino también jurídicamente, en cuanto no tenía sentido alguno reprochar algo a un sujeto que ha obrado sin libertad(14).

En el ámbito de los delincuentes considerados como «imputables y peligrosos», la asociación planteada con la enfermedad permitió la aplicación de medidas sobrepasando el ámbito de la culpabilidad, las cuales se incorporaron a la legislación alemana con la Ley de Delincuentes Peligrosos de 1933, aprobada durante la vigencia del régimen

(12) Al respecto, BUSTOS RAMÍREZ, J., «Los mitos de la Ciencia penal del siglo XX, la culpabilidad y la peligrosidad», en Díez Ripollés y otros (ed.), *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Madrid, 2002, p. 6. FRISCH, W., «Das Marburger Programm und die Maßregeln der Besserung und Sicherung», en *ZStW*, núm. 94, 1982, p. 571. También ver, CUELLO CONTRERAS, J., *Culpabilidad e imprudencia*, Madrid, 1990, p. 48. JANSING, J. D., *Nachträgliche Sicherungsverwahrung Entwicklungslinien in der Dogmatik der Sicherungsverwahrung*, Münster, 2004, p. 18.

(13) FERRI, E., *Principios de Derecho Criminal. Delincuente y Delito en la Ciencia...*, *op. cit.*, p. 310.

(14) SOLER, S., «Las medidas de seguridad no son sanciones», *op. cit.*, p. 217.

nacionalsocialista(15). Pero estas medidas no se limitaron al país germano, sino que se extendieron a numerosos Estados, entre ellos a España a través de la conocida Ley de Vagos y Maleantes y de su sucesora la Ley de Peligrosidad Social(16). Incluso, a día de hoy, sigue vigente en Alemania la medida de seguridad de Custodia de Seguridad, la cual supone la continuación de la privación de libertad más allá de la pena de prisión(17), medida que nuestro Código penal logró esquivar sólo gracias al Informe del Consejo General del poder Judicial en relación con el Anteproyecto de Reforma del Código penal del año 2012(18). Como podemos observar, la renovada preocupación por el delincuente reincidente que se vivió a partir de los últimos años del siglo xx sirvió para desempolvar a las medidas de seguridad apli-

(15) La Ley contra los delincuentes habituales fue la plasmación en la legislación alemana de las ideas que venían abriéndose paso en el pensamiento jurídico desde varias décadas atrás. Esta norma asumió la solución de compromiso que habían aceptado como válida los representantes de la escuela clásica y de la escuela sociológica alemana. Sobre el derecho penal en este contexto, VOGEL, J., «Einflüsse des Nationalsozialismus auf das Strafrecht», en *ZStW*, 2003, núm. 115, p. 651. HOYER, A., «Ciencia del Derecho penal y nacionalsocialismo», en *Revista Penal*, núm. 23, enero 2009, p. 42. GÓMEZ MARTÍN, V., *El Derecho Penal de Autor*, Valencia, 2007, p. 143. CANO PAÑOS, M., «El marco jurídico y criminológico de la custodia de seguridad (*Sicherungsverwahrung*) en el Derecho Penal alemán», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 91, Madrid, 2007, p. 208.

(16) Al respecto, JIMÉNEZ DE ASÚA, L., «El Derecho Penal español» en *El Criminalista*, 2.ª serie, T. II, Buenos Aires, 1958, p. 41. ANTÓN ONECA, J., — «La generación española de la Política Criminal», en *Problemas Actuales de las Ciencias penales y la Filosofía del Derecho*. En Homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa, Buenos Aires, 1970, p. 347. CASTEJÓN, F., «El Proyecto Pinies de Profilaxis social (maleantes) de 1922 y la Ley relativa a Vagos y Maleantes de 4 de agosto de 1933», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, T. 163, núm. 1, julio 1933, p. 248. TERRADILLOS, J., *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, Madrid, 1981, p. 53. JORGE BARREIRO, A., *Las medidas de seguridad en el Derecho español*, Madrid, 1976, p. 69

(17) Al respecto, ver, JANSING, J. D., *Nachträgliche Sicherungsverwahrung Entwicklungslinien...*, *op. cit.*, p. 77. KINZIG, J., «Die Praxis der Sicherungsverwahrung», en *ZStW*, núm. 109, 1997, p. 127. SCHÜLER-SPRINGORUM, H., «SV ohne Hang?», en *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, año 79, p. 154. WEBER, M y REINDL, R., «Sicherungsverwahrung. Argumente zur Abschaffung eines umstrittenen Rechtsinstituts», en *Neue Kriminalpolitik*, núm. 1, 2001, p. 19.

(18) MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «Comentarios a la reforma de la parte general del Código Penal conforme al nuevo Anteproyecto de ley Orgánica (III). De las medidas de seguridad», en *Diario la Ley*, núm. 7999, 11 de enero de 2013. AAVV, «Medidas de seguridad», en Álvarez García, F. J. (dir.), *Estudio Crítico sobre el Anteproyecto de Reforma de Penal de 2012*, Valencia, 2012, p. 399. NISTAL BURÓN, J., «La nueva medida de “custodia de seguridad”. Una respuesta complementaria frente a los delincuentes más peligrosos (A propósito de la nueva medida de seguridad privativa de libertad que prevé el proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal de 1995)», en *Diario La Ley*, núm. 8035, 4 de marzo de 2013.

cables a delincuentes imputables y propició la ruptura del sistema dualista puro mediante la incorporación de la medida de libertad vigilada al Código penal español.

Esta asociación con el delincuente habitual peligroso también produjo consecuencias devastadoras a los individuos inimputables, desembocando en la creación de lo que podemos calificar como «hospitales-cárceles», donde se interna a los sujetos enfermos con el único propósito de evitar su reincidencia. En efecto, con la aprobación del Código penal de 1995, la implementación del sistema dualista supuso una nueva conformación de las medidas de seguridad según la cual éstas resultan aplicables a los sujetos inimputables y semi-imputables. De esta forma, es posible afirmar que, de acuerdo con la normativa penal, las consecuencias jurídicas del delito son tanto las penas como las medidas de seguridad. No obstante, a día de hoy y casi 60 años después de la publicación del artículo de Soler, la confusión terminológica sigue extendida y continúa asociándose a las medidas de seguridad con sanciones. Esta vinculación no sólo permite que los Centros Psiquiátricos sean gestionados por Instituciones Penitenciarias y que tengan estructura carcelaria, sino que, además, supone la existencia de una suerte de autorización para internar en una cárcel a los enfermos a los que se les ha aplicado una medida, en caso de no haber plazas disponibles en los centros especializados.

En efecto, la Ley General Penitenciaria de 1979 regula el internamiento en Centros psiquiátricos, considerándolo como una modalidad más a tener en cuenta dentro de sus competencias. Así, la LOGP dispone en su artículo séptimo que los centros penitenciarios se clasifican en establecimientos de preventivos, establecimientos de cumplimiento de penas y en establecimientos especiales, de modo que los establecimientos especiales son aquellos en los que, de acuerdo con el tenor literal de la norma, debe prevalecer el carácter asistencial y que pueden subdividirse, a su vez, en centros hospitalarios, centros psiquiátricos o de rehabilitación social (art. 11 LOGP).

Pero las medidas de seguridad no suponen ni deben suponer un castigo y para respaldar esta afirmación resulta oportuno analizar el concepto de sanción como elemento de la estructura de la norma.

II. LA SANCIÓN COMO ELEMENTO DE LA NORMA JURÍDICA

Afrontar el análisis de la naturaleza jurídica de las medidas de seguridad requiere que nos remontemos a la teoría de las normas jurídicas, la cual podrá ofrecernos respuestas que guen su aplicación

práctica por el camino más fructífero. Desde la Teoría General del Derecho se han propuesto distintos tipos de análisis que pueden efectuarse sobre la norma. En primer término, el análisis estructural permitirá entender cómo está compuesta y a quién va dirigida. A partir de esta información podremos llegar a una conclusión sobre el concepto de sanción y si la misma es un componente interno o externo a la norma, esto es, si todas las normas jurídicas deben contar con una sanción o, por el contrario, es factible que existan normas sin sanción. A su vez, la discusión sobre la estructura formal de la norma será el punto de partida teórico para fundamentar, en un segundo momento, los fines a los que está dirigida. De esta manera, el análisis realizado desde un punto de vista funcional estudiará para qué son utilizadas las normas jurídicas, y, por ende, las sanciones. Esta información será muy valiosa a la hora de tomar posición acerca del carácter valorativo o imperativo de la norma jurídica, el cual resulta trascendente para el Derecho penal.

Con el objeto de llegar a una conclusión satisfactoria sobre la posible inclusión de las medidas de seguridad en el ámbito de las sanciones, recurriremos a la visión sobre la norma jurídica que nos han ofrecido algunos de los autores más destacados de la historia, como son Jeremy Bentham, John Austin, Karl Binding, Hans Kelsen Y Norberto Bobbio(19). Estos autores han sentado las bases para el desarrollo teórico de esta materia, por lo que comprender sus posturas nos brindará los elementos necesarios para abordar las distintas problemáticas que giran en torno a la norma jurídica. Si bien todos estos autores abordan al concepto de sanción desde un análisis estructural, no todos concuerdan en la oportunidad de llevar a cabo un análisis funcional. Así, para Kelsen, aunque la cuestión de la motivación resulta ser relevante, ésta no debe ser abordada en un estudio jurídico, sino que corresponderá al ámbito de las ciencias sociológicas o psicológicas. En contra de este criterio y entendiendo que ambos enfoques son necesarios y complementarios para el Derecho, comenzaremos por abordar la perspectiva estructural de la norma jurídica.

1. El enfoque estructural

Se ha sostenido que la sanción es un elemento clave en la construcción teórica planteada por Bentham, tanto a nivel del análisis

(19) Para la elección de los autores seguimos la propuesta que presenta Lara Chagoyán en su monografía sobre el concepto de sanción, LARA CHAGOYÁN, R., *El concepto de sanción. En la teoría contemporánea del Derecho*, México DF, 2004.

estructural de la norma jurídica, como en el nivel del análisis funcional(20). En referencia al primer aspecto, el filósofo inglés fue uno de los primeros en hacer importantes esfuerzos por aportar criterios claros que permitan individualizar a la norma jurídica, recurriendo para ello, especialmente, al concepto de «sanción». Individualizar una norma jurídica consiste en determinar qué porción de materia legislativa debe ser tenida en cuenta para no contener ni menos ni más que una norma completa, tarea que resultará fundamental tanto para la interpretación como para la aplicación del Derecho. Así, de acuerdo con la tesis defendida por Bentham, una norma es una entidad ficticia que necesita ser parafraseada en una entidad real, esto es, en un enunciado o disposición(21). A su vez, será necesario tener en cuenta que existen cuatro tipos fundamentales de leyes(22),

– Mandatos y prohibiciones, que expresan un aspecto directivo, es decir, pretenden influir en la conducta de las personas a las que se dirigen. Estas son formas de Ley que originan una obligación.

– Permisos y no-mandatos, que son aquellas a las que llama «neutrales», por su falta de capacidad para influir decisivamente la conducta.

Según el planteamiento de Bentham, las disposiciones podrán estar formadas por una o varias prescripciones y dependiendo del carácter y contenido de esas prescripciones, contarán o no con una sanción. Ahora bien, no todas las disposiciones dispondrán del elemento de la sanción, pero necesariamente deberán contenerlo en caso de que se trate de una norma que incorpore deberes (de acuerdo con la clasificación planteada por Bentham, siempre que se trate de mandatos o prohibiciones) y siempre deberán contener una sanción para que pueda hablarse de normas completas. Por tanto, conforme a la tesis *benthamiana*, una disposición jurídica no necesariamente contiene una sanción, a no ser que se trate de una norma imperativa que impone deberes, de modo que la expresión de voluntad del legislador que se

(20) LARA CHAGOYÁN, R., *El concepto de sanción...*, *op. cit.*, p. 35.

(21) Jeremy Bentham inventó un método conocido como «paráfrasis», así según sus propios términos, «una palabra es definida mediante paráfrasis no sólo cuando se traduce en otras palabras sino también cuando la frase se traduce en otra frase; las palabras de la última expresan ideas más simples o son susceptibles de traducirse inmediatamente en ideas más simples que aquellas de la primera». BENTHAM, J., *Fragmento sobre el Gobierno*, traducción de Julián Larios Ramos, Madrid, 1973, pp. 126 y 127.

(22) Al respecto, CRUZ ORTIZ DE LANDÁZURI, L. M., «La Ciencia del Derecho de Jeremy Bentham», en *Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, Núm. 37, 1997, pp. 153-182.

plasma en la ley sólo equivale a la imposición de un deber si está respaldada por una sanción(23).

La tesis propuesta por Bentham sirvió de punto de partida para el trabajo desarrollado por John Austin, quien ofreció una importante contribución al positivismo jurídico inglés del siglo XIX(24), al realizar uno de los primeros intentos serios de construir una teoría analítica del Derecho(25). Sobre su obra se ha sostenido que se trata de una postura reduccionista que describe al Derecho como un conjunto de normas imperativo-coercitivas a través de la cual pretende crear una teoría general aislada de las condiciones sociales y políticas de su tiempo(26). No obstante, la trascendencia de sus estudios analíticos supone que no deba emprenderse el desarrollo del concepto de sanción sin recurrir a los trabajos de este autor(27).

Desde un enfoque estructural, Austin estudió la sanción como elemento constitutivo del mandato. En la visión de este autor y en relación con el ámbito de la norma (o ley), existen tres elementos que se encuentran inseparablemente conectados, el mandato, el deber y la sanción. Antes de comenzar su explicación sobre la interrelación estrecha que se verifica entre estos términos, Austin pone en conocimiento del lector la dificultad que existe a la hora de explicar los términos fundamentales del Derecho, para los cuales no es

(23) LARA CHAGOYÁN, R., *El concepto de sanción...*, op. cit., p. 68.

(24) A pesar del riesgo de caer en una obviedad, creemos conveniente aclarar los distintos significados que adquiere el término «positivismo» en el desarrollo de este trabajo. Así, cuando en el ámbito de la historia del Derecho penal y la Criminología se hace referencia al «positivismo criminológico» o «positivismo italiano», se está haciendo alusión a la Escuela fundada por Cesare Lombroso, cuyos planteamientos llevan a considerar al delincuente como un sujeto enfermo y determinado al delito y que, por tanto, se propone a los postulados de la Escuela Clásica. Por otro lado, y en el marco de la Filosofía del Derecho, en este trabajo también se alude al «positivismo jurídico». Esta postura filosófica se caracteriza por la distinción entre el derecho que es y el que debe ser, es decir, por la separación conceptual entre el Derecho y la moral. En consecuencia, dicha postura se enfrenta al iusnaturalismo, que entiende que existen normas propias de la naturaleza del ser humano que son anteriores al Derecho. Al respecto, RUIZ MIGUEL, A., «Bobbio, las paradojas de un pensamiento en tensión», en Llamas, A. (ed.), *La figura y el pensamiento de Norberto Bobbio*, Madrid, 1994, p. 66 ss.

(25) DE PÁRAMO ARGÜELLES, J. R., «Estudio preliminar, para Austin un jurista desolado», Introducción a la obra de Austin, *El objeto de la Jurisprudencia*, Madrid 2002, p. XXI ss.

(26) TURÉGANO MANSILLA, I., *Derecho y moral en John Austin*, Madrid, 2001, p. 503 ss.

(27) LARA CHAGOYÁN, R., *El concepto de sanción...*, op. cit., pp. 73 ss.

posible encontrar sinónimos(28). De forma consecuente, el autor desarrolla la situación en la que el concepto de mandato se manifiesta de la siguiente manera, si una persona formulara o declarara un deseo de que una tercera haga o se abstenga de hacer una conducta y si, a su vez, la persona que formula el deseo infligiera un daño a quien no cumpliera con el deseo, esa expresión o manifestación de un deseo sería un mandato. En consecuencia, en la construcción de Austin, un mandato se distingue de otras expresiones de deseo, no por la forma en la que se manifiesta el deseo, sino por la intención y el poder de quien emite el mandato de infligir un mal o daño en el caso de que el deseo no sea satisfecho(29). Así, el sujeto que no se conforme al deseo estará obligado por el mandato y se encontrará sujeto al deber de obedecer. De esta manera, mandato y deber serán dos términos correlativos, la existencia de un deber implica la expresión de un mandato(30).

En este contexto, la sanción puede ser definida como el daño que será probablemente aplicado en caso de que un mandato sea desobedecido. Por tanto, un sujeto está «obligado» en el sentido *austiniano* cuando, al no obedecer al mandato, incurre en el riesgo de ser sancionado. A su vez, del daño que puede ser consecuencia de ese incumplimiento deriva, en este esquema, la idea de compulsión. Austin utiliza este término para aclarar el alcance del concepto de sanción y plantea una clasificación, según la cual la compulsión podrá ser meramente física o, bien, tratarse de la compulsión propia de las sanciones(31). Para este autor, la diferencia que se verifica entre ambas es clara, de manera que, mientras que en la compulsión física estamos hablando de una imposibilidad material, en el ámbito jurídico al sujeto se le plantean dos opciones, o bien, cumplir con el mandato y evitar el daño, o llevar a cabo la conducta contraria y sufrirlo.

Así, en la compulsión física estamos ante un estado de coerción, donde el individuo ya no puede elegir entre cumplir o no un deber, mientras que en la segunda se trata de un estado condicional de posi-

(28) «Los elementos esenciales de una ciencia son propiamente las partes más difíciles de explicar. Los términos más generales, y por lo tanto, los más simples de un conjunto no tienen expresiones equivalentes para enunciarlos de un modo conciso. Cuando nos ponemos a traducirlos a términos que suponemos que pueden ser mejor comprendidos, nos vemos forzados a recorrer difíciles y tediosos circunloquios». AUSTIN, J., *El objeto de la Jurisprudencia*, (traducción de Juan Ramón de Páramo Argüelles), Madrid, 2002, p. 36.

(29) AUSTIN, J., *El objeto de la Jurisprudencia*, *op. cit.*, p. 36.

(30) AUSTIN, J., *El objeto de la Jurisprudencia*, *op. cit.*, p. 37.

(31) AUSTIN, J., *Lectures on Jurisprudence. The Philosophy of Positive Law*, New York, 1875, pp. 221 ss.

ble sufrimiento, que se verificaría si no cumpliera con dicho deber. Austin recurre a un ejemplo muy claro para ilustrar esta situación, si una persona se encuentra presa y sabe que hay una norma que castiga con dos años de prisión a quien escape de su encierro, está sujeto a la obligación de no fugarse y tiene la posibilidad de decidir si se escapa y se expone a la sanción; pero si se encontrara encadenado, por ejemplo, y no tuviera ninguna posibilidad de escaparse, entonces realmente no estaría sujeto a ninguna obligación(32). De ahí que las obligaciones –y por ende, las sanciones–, sólo son viables cuando hay posibilidad de elección(33). De esta distinción planteada por Austin, se deriva con claridad la necesidad de que el destinatario del mandato cuente de forma efectiva con la posibilidad de elegir, para lo cual debe tener la posibilidad de optar por el cumplimiento normativo y evitar el daño propio de la sanción.

La obra de Bentham, cuyas líneas fundamentales se han expuesto con anterioridad, resulta, también, ser un claro antecedente de los trabajos desarrollados por Karl Binding, el cual, sin duda alguna, realiza aportes determinantes a la teoría de la norma jurídica. En la visión de este autor, es posible distinguir dos partes en la norma jurídica, la llamada «norma primaria», que proviene del soberano y está dirigida al súbdito y la «norma secundaria», que describe un comportamiento de forma hipotética y le anuda una pena para el caso de que el sujeto la infrinja y realice una conducta coincidente con la descrita en la ley. Esta norma secundaria no se dirige a los súbditos sino a los poderes públicos que deben aplicarla(34). Este autor parte de la constatación de que el delincuente, en realidad, no infringe la ley, sino que, por el contrario, realiza el supuesto de hecho. Sobre esta base, tuvo el mérito de señalar la necesidad de admitir la existencia de normas no formuladas por la redacción literal de los preceptos penales. Binding se dio cuenta de que, de no admitirse tales normas, habría que aceptar la insatisfactoria consecuencia de que el delincuente no infringe norma alguna y, pese a ello, se le castiga. Ello da lugar a pensar que lo que se infringe es una norma que prescribe un determinado comportamiento (norma primaria) y que dicha norma no se formula directamente en la ley penal, que únicamente contempla un

(32) Austin aclara, además, que una compulsión propia de una sanción podrá convertirse en una compulsión física en el último momento de la cadena, en el momento en que se verifica el incumplimiento y se impone el castigo. AUSTIN, J., *Lectures on Jurisprudence...*, op. cit., p. 221 ss.

(33) LARA CHAGOYÁN, R., *El concepto de sanción*, op. cit., pp. 89 ss.

(34) BINDING, K. *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*, (reedición de la 4.^a edición publicada en Leipzig em 1922), Utrecht, 1965.

mandato dirigido a los órganos encargados de aplicarla (norma secundaria). Dicha deducción está en el origen tanto de la teoría de las normas de Binding como de la teoría de las normas de cultura de Mayer(35). Para ambas teorías ley penal no expresa un imperativo dirigido al ciudadano, sino que se dirige a los órganos encargados de aplicarla. La norma primaria, según estos autores, es previa a la ley penal, pero mientras que para Binding tiene naturaleza jurídico-pública, para Mayer posee naturaleza social(36).

La doctrina ha resaltado la importancia de la existencia de normas primarias dirigidas al ciudadano, las cuales le informan sobre la materia de prohibición, ya que ésta puede cumplir importantes funciones de prevención y de seguridad jurídica. No obstante, este autor también ha recibido críticas notables, particularmente referidas al autoritarismo de su visión del Derecho. También se ha puesto en duda cuál es el contenido del conocimiento que debe llegar a los súbditos, en la medida en que, en su visión, la descripción de la conducta no estaría integrada directamente en la norma primaria, sino en la norma secundaria que no va dirigida directamente al ciudadano. Binding salva estas objeciones a través de una ficción jurídica que aún a día de hoy encuentra aplicación en la práctica jurídica, la «valoración paralela a la esfera del profano», que es la que debería efectuar el sujeto, que no debe conocer necesariamente la ley, sino valorar conforme a la información que pueda tener un no-jurista, si la conducta que se propone realizar viola o no un imperativo legal(37).

Kelsen fue uno de los autores que dirigió importantes críticas a la postura de Binding. Como es sabido, anclado en el positivismo jurídico, Kelsen pretendió crear una estructura lógica cerrada que pudiera explicar el funcionamiento del Derecho. Tal como señala el autor, su *Teoría pura del derecho* constituye una teoría del derecho positivo en general y no una teoría sobre un orden jurídico específico. En tal sentido, la «pureza» de la doctrina responde al objetivo de obtener un conocimiento orientado, solamente, hacia el derecho, donde se excluya todo lo que no pertenece al objeto determinado como jurídico, es decir, pretende «liberar a la ciencia jurídica de todos los elementos que le son extraños»(38).

(35) MAYER, M. E., *Rechtsnormen und Kulturnormen*, Darmstadt, 1965 (reproducción de la edición de Breslau de 1903). Del mismo, también ver, *Derecho Penal. Parte General*, (traducción de Sergio Politoff Lipschitz) Buenos Aires, 2007, pp. 55 ss.

(36) Véase, a este respecto, ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *Sobre la estructura de la norma penal, la polémica entre valorativismo e imperativismo*, Valencia, 2001, pp. 31 ss..

(37) BINDING, K., *Die Normen und Ihre Ubertretung*, vol. 1, (reedición de la cuarta edición de 1922), Utrecht, 1965, pp. 36 ss.

(38) KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, México, 1998, p. 15

De acuerdo con las premisas de ese enfoque estructural, Kelsen analiza a la sanción como un elemento interno de la norma jurídica. No es posible encontrar en las obras de Kelsen una completa definición de sanción jurídica(39), pero la doctrina concuerda en que los elementos necesarios y suficientes son los siguientes(40),

- a) Es un acto coercitivo, es decir, un acto de fuerza efectiva o latente.
- b) Tiene por objeto la privación de un bien.
- c) Quien la ejerce debe estar autorizado por una vía válida
- d) Debe ser la consecuencia de una conducta de algún individuo.

Como es posible observar, en esta enumeración se señala la necesidad de que la sanción sea una reacción a la conducta de algún individuo, pero no se dice nada acerca de las condiciones psicológicas en las que deberá desarrollarse dicha conducta. Para completar la visión de Kelsen sobre este aspecto, podemos acudir a la relación entre los conceptos de sanción y de responsabilidad que el autor propone y de la cual podrá inferirse esta circunstancia. Para Kelsen, la relación entre los conceptos de sanción y responsabilidad jurídica es muy estrecha, de modo que ser responsable es sinónimo de ser sancionable(41). Así, la responsabilidad se traduce en la susceptibilidad de ser sancionado por una conducta propia o ajena. Aunque el autor plantea esta cuestión en términos generales, y en el ámbito civil puede generarse responsabilidad por actos ajenos, en el ámbito penal, esta atribución sólo puede constatarse en la medida en que se trate de actos propios y mientras concorra el requisito de la culpabilidad.

Una de las cuestiones que se repiten en la obra del autor austríaco es la distinción entre las sanciones y otros actos coactivos del Estado(42). En efecto, Kelsen llama la atención sobre el hecho de que existe el peligro de que el concepto de sanción sea utilizado de un modo amplio y pueda abarcar otras figuras afines, pero insiste en la necesidad de evitar esta confusión. Como ejemplos, destaca la privación de libertad de los individuos sospechosos de haber cometido un

(39) KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho*, México, 1998, pp. 47 ss. El autor menciona las propiedades fundamentales en su Teoría pura del Derecho, «En una regla de derecho la consecuencia imputada a la condición es un acto coactivo que consiste en la privación, forzada si es necesario, de bienes tales como la vida, la libertad, o cualquier otro valor, tenga o no contenido económico. Este acto coactivo se llama sanción. Es la reacción específica del derecho contra actos de conducta humana calificados de ilícitos o contrarios al derecho; es pues la consecuencia de tales actos».

(40) LARA CHAGOYÁN, R., *El concepto de sanción*, op. cit., pp. 139 ss.

(41) KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho*, México, 1998, pp. 133 ss.

(42) KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, México, 1998, pp. 53 ss.

delito para asegurar que se siga contra ellos un proceso judicial o la expropiación de bienes de utilidad pública(43). Incluso, Kelsen llega a plantear el ejemplo del internamiento coactivo de enfermos mentales socialmente peligrosos en hospicios y la de enfermos contagiosos en hospitales, casos en los que los órganos policiales pueden estar facultados por el orden jurídico a poner a los individuos bajo una guardia protectora y a privarlos de su libertad. Estos actos coactivos no podrían ser considerados sanciones en cuanto no tienen como condición de su imposición un acto ilícito o delito, cometido por un hombre determinado y jurídicamente comprobado(44). Señalada, por tanto, una situación sumamente cercana a la que se examina en este trabajo, como es el internamiento involuntario de enfermos mentales llevada a cabo de forma preventiva, el autor no se plantea abiertamente la situación en la que, además de basarse el internamiento en el peligro creado por la dolencia, haya efectivamente un antecedente de comisión de hechos antijurídicos por parte de ese sujeto. No obstante, del tenor literal del texto, en el que el autor se refiere a un «hecho ilícito o delito» como condición determinante de la privación de libertad, se infiere la necesidad de que en el ámbito penal se verifiquen todos los elementos que dan lugar a la existencia de un delito, mientras que el término «ilicitud» (que podría corresponderse con la antijuricidad penal) está reservado solamente para los incumplimientos del ámbito civil.

2. El enfoque funcional

En las posturas utilitaristas puede verse una férrea defensa de la motivación como función de la sanción, postura de la que son excelentes exponentes tanto Jeremy Bentham como John Austin. Como veremos posteriormente, la motivación será un componente esencial para poner tomar una postura en referencia a nuestra materia de estudio.

En esta línea, Bentham desarrolla su concepto de sanción en torno al de utilidad. En efecto, para este autor, el fin primordial de toda sociedad está constituido por el principio de utilidad, lo cual supone el objetivo de alcanzar la mayor felicidad posible para el mayor número de personas. Lograr este fin hará, a su vez, imprescindible la existencia de un orden social, el cual se consigue a través de la seguridad. Bajo esta perspectiva, será tarea del Derecho lograr la existencia de seguridad y posibilitar, en consecuencia, el orden social. Este plantea-

(43) LARA CHAGOYÁN, R., *El concepto de sanción*, op. cit., pp. 143 ss.

(44) KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, México, 1998, p. 54.

miento lleva al autor a sostener que la finalidad del Derecho no es primariamente regulativa sino constitutiva, en la medida en que permite asegurar una realidad social que hace posible el logro de la felicidad de los individuos(45).

En la obra del autor inglés se aprecia una notable preocupación por la necesidad de influir sobre la conducta individual y, en consecuencia, concibe al Derecho como una técnica social que permite el control de la conducta humana por medio de la motivación normativa. Así, al plantearse el problema de la eficacia de las normas, llega a la conclusión de que la sanción es el más fuerte de los motivos que pueden influir en los seres humanos al cumplimiento de los deberes. El concepto de «motivos» será, por tanto, central en la obra de Bentham y los definirá como cualquier cosa que pueda contribuir al nacimiento o a prevenir cualquier género de acción(46). Así, la sanción se presenta como una motivación de la conducta que se lleva a cabo mediante el anuncio de dolores y placeres. Precisamente, la eficacia del Derecho se fundamenta en el hecho de que la sanción funciona como el más fuerte de los motivos. El legislador debe inducir al ciudadano para actúe de una determinada manera y esa inducción se realiza a través de los motivos. De acuerdo con este planteamiento, los motivos podrán ser vistos como expectativas de placer, que se concretan en los llamados premios o motivos seductores o, bien, como expectativas de dolor, que son coerciones o castigos(47). De su postura utilitarista se deriva también una consecuencia necesaria en relación con el fin de las sanciones, que se concreta en la idea de la prevención general negativa, en cuanto la aplicación de castigos sólo puede estar justificada en la medida en que esa coerción pueda suponer consecuencias positivas para la comunidad.

La tesis de Bentham ha sido considerada mayoritariamente como una teoría imperativista, al entender que en su construcción la esencia

(45) Al respecto, CRUZ ORTIZ DE LANDÁZURI, L. M., «La Ciencia del Derecho de Jeremy Bentham...», *op. cit.*, pp. 176 y 177.

(46) SOLANES CORELLA, A., «El camino de la ética a la política, la sanción en Jeremy Bentham y John Stuart Mill», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 23, 2006, pp. 131-156. En la teoría planteada por Bentham, los motivos podrán ser clasificados en motivos prácticos y especulativos. Los primeros son aquellos que al influir sobre la voluntad de un ser sensible son un medio para determinarle a actuar o a dejar voluntariamente de actuar, en una ocasión concreta, mientras que los segundos, sólo ejercen influencia sobre los actos de la facultad intelectual de la mente cuando se refieren al entendimiento, sin afectar a la producción de los actos de la voluntad. En la visión de Bentham, los motivos prácticos son los que tienen incidencia en relación con el cumplimiento de las normas, ya que los primeros no tienen influencia alguna sobre los actos externos.

(47) SOLANES CORELLA, A., «El camino de la ética a la política...», pp. 131-156.

de la obligación radica en la voluntad del soberano, que se expresa en una norma de mandato, mientras que la parte sancionadora de la norma estaría reducida a ser una parte secundaria o subsidiaria, de forma que la sanción no sería aplicada arbitrariamente como consecuencia del no cumplimiento del deber, sino que sería aplicada sobre la base de otro mandato de voluntad del soberano(48).

Para Austin la sanción, como parte del Derecho, tiene la función fundamental de forzar directa o indirectamente a la obediencia. De esta forma, las sanciones son un motivo para la obediencia de los mandatos. Esta influencia se podrá verificar provocando dos tipos de efectos sobre los sujetos, uno próximo y directo, de carácter motivacional o psicológico, que se concreta en una compulsión hacia lo correcto, y un efecto remoto o indirecto, que supone inspirar un amor desinteresado a la justicia.

A su vez, para explicar el funcionamiento psicológico de la motivación, Austin plantea la diferencia entre el deseo y la voluntad(49). En este esquema, los deseos se ubican en un momento antecedente y se corresponderían con el proceso de deliberación del sujeto, mientras que la voluntad se encontraría en un segundo momento en el que se manifiesta el acto. De esta manera, la amenaza del daño que se manifiesta con la sanción no estaría dirigida hacia la voluntad, sino al momento anterior, propio de los deseos. En el ámbito de los deseos es donde se produce el proceso psicológico que se verá afectado por la amenaza de daño y que permite distinguir la compulsión jurídica de la meramente física. Así, cuando un sujeto auxilia a un accidentado, de acuerdo con el mandato establecido por la norma, en virtud del cual debe socorrer a la persona que se encuentre en un riesgo grave y manifiesto, lo hace voluntariamente, pero esta voluntad final puede no coincidir con los deseos originarios del sujeto, que podría haber preferido pasar de largo y seguir su camino, evitando la pérdida de tiempo que suponía el auxilio. De esta forma, la amenaza de la sanción establecida en la norma puede haber operado como un motivo para determinar su actuación en un sentido diferente.

A pesar de que Kelsen insiste en la necesidad de reservar a la sociología y la psicología la cuestión referida a la función de las sanciones, también se refiere de forma velada a estas cuestiones cuando plantea la clasificación de las técnicas de motivación en directas e indirectas. De acuerdo con la clasificación planteada por este autor, mientras que, en la forma directa, la conducta deseada se expresa de forma clara, «no debes matar», en la técnica de motivación indirecta

(48) LARA CHAGOYÁN, R., *El concepto de sanción*, op. cit., pp. 57 ss.

(49) AUSTIN, J., *Lectures on Jurisprudence...*, op. cit., pp. 217 ss.

no se expresa la conducta deseada, sino que se establece la consecuencia para el supuesto de que esa conducta deseada no se produzca. Esta es la técnica utilizada por las normas jurídicas, de modo que a través de la amenaza de una sanción se intenta motivar al ciudadano para que actúe de determinada manera. De este modo, el autor señala claramente que el Derecho es una técnica social mediante la cual se induce a los hombres a conducirse de una determinada manera(50).

Para estudiar el aspecto funcional de la norma también resulta de suma relevancia acudir a la visión de Norberto Bobbio sobre esta materia, quien, en su *Teoría del Derecho*, se inspira en la obra de Kelsen, para matizarla y apartarse finalmente de sus planteamientos(51),(52). Así, mientras Kelsen pretendió independizar al Derecho tanto de la moral como de otras disciplinas como la sociología, la psicología o la historia, entre otras, Bobbio incorpora algunos elementos de estas ciencias, particularmente en sus trabajos sobre filosofía política y derechos humanos(53). Bajo la concepción filosófica del autor austríaco, el Derecho es una estructura normativa que puede ser rellena con cualquier contenido, por lo que es común utilizar la expresión «formalismo kelseniano». Por tanto, el Derecho sería una especie de mundo independiente, un universo no fáctico, regido por sus propias leyes. En contra de este criterio, Bobbio destina una importante parte de su trabajo a analizar la relación existente entre el Derecho y la Política, llegando a la conclusión de que existe entre ambos una conexión muy estrecha, hasta el punto de que puede sostenerse que se trata de las dos caras de una misma moneda(54). En consecuencia, reconociendo que el Derecho es una creación de la Política, Bobbio mantiene abierta la possibili-

(50) KELSEN, H., «El derecho como técnica social específica», en *¿Qué es justicia?* (Edición española a cargo de Albert Calsamiglia), Barcelona, 1998, pp. 152 ss. También ver, COSSIO, J. R., «El Derecho como técnica social y la política jurídica», en *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 3, octubre 1995, pp. 191-203.

(51) La valoración que Bobbio realiza sobre la obra de Kelsen puede verse en, *El positivismo giuridico*, Turín, 1996, pp. 156 ss.

(52) PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., «La figura y el pensamiento de Norberto Bobbio», en Llamas, A. (ed.), *La figura y el pensamiento de Norberto Bobbio*, Madrid, 1994, pp. 29 ss.

(53) RUIZ MIGUEL, A., «Bobbio, las paradojas de un pensamiento en tensión», *op. cit.*, p. 66.

(54) Sobre la relación entre el Derecho y la política, ampliamente, PRIETO SANCHIS, L., «La sombra del poder sobre el Derecho. Algunas observaciones a propósito de la Teoría del Derecho de Norberto Bobbio», en Llamas, A. (ed.), *La figura y el pensamiento de Norberto Bobbio*, Madrid, 1994, pp. 99 ss.

dad de la desobediencia a la norma cuando la misma sea injusta(55). De acuerdo con esta concepción, el Derecho es discurso y las normas son comunicaciones lingüísticas prescriptivas, esto es, enunciados dirigidos a modificar la conducta humana. Con esta definición del Derecho, Bobbio logra conciliar dos posturas encontradas, el normativismo y el realismo, de forma que el Derecho es al mismo tiempo hecho y norma. «Hecho», porque un discurso no es más que un hecho empírico y «norma», ya que el discurso del legislador es un discurso prescriptivo, es decir, creador de normas(56).

Estas ideas se van desarrollando a lo largo de la extensa carrera del autor. Así, en su *Teoría del Derecho* de 1958, Bobbio realiza un análisis estructural del Derecho, influido no sólo por Kelsen sino también por Carnelutti. Posteriormente, a partir de los años 60 dirige su interés al estudio funcional del Derecho. En este sentido, el autor apunta que no es posible definir a la sanción utilizando una visión netamente formal, sino que resulta imprescindible entrar en otros campos de investigación(57). Consecuentemente, el autor plantea que para dar contenido al concepto de sanción resulta necesario responder a la pregunta acerca de la función de la misma. La clave de dicha función se condensaría en la idea de «conservación del sistema»; de tal manera, la sanción sería un elemento que permite el reforzamiento de la observancia de la norma a través del mecanismo de la respuesta o de la reacción que el mismo sistema normativo instituye, a favor del observante y en perjuicio del inobservante. Así definidas las sanciones son medidas a través de las cuales se trata, en un sistema normativo, de salvaguardar las leyes de la erosión de las acciones contrarias(58).

Como hemos podido comprobar, a pesar de las diferencias determinadas por los distintos enfoques de los que parten, todas estas posturas destacan con claridad la necesidad de que la sanción sirva a una

(55) RUIZ MIGUEL, A., «Bobbio, las paradojas de un pensamiento en tensión», *op. cit.*, p. 67.

(56) GUASTINI, R., «Introducción a la teoría del derecho de Norberto Bobbio», en Llamas, A. (ed.), *La figura y el pensamiento de Norberto Bobbio*, Madrid, 1994, pp. 85 ss.

(57) BOBBIO, N., *Teoría General del Derecho*, Madrid, 1991, p. 139. Al respecto, ampliamente, LARA CHAGOYÁN, R., *El concepto de sanción...*, *op. cit.*, p. 230 ss.

(58) En su visión, existen diferentes tipos de sanciones, las morales, las sociales y las jurídicas. De entre todas ellas, las sanciones jurídicas se destacan porque son externas e institucionalizadas. Así, las sanciones jurídicas se distinguirán de las morales porque al ser externas, son la respuesta de un grupo y se diferenciarán de las sociales porque, al estar institucionalizadas, están reguladas con las mismas formas y por medio de las mismas fuentes de producción de las reglas primarias. BOBBIO, N., *Teoría General del Derecho*, Madrid, 1991, p. 123.

finalidad de motivación del individuo. Como expresa Lara Chagoyán, lo que quiere el Derecho no es que los jueces se pasen todo el día castigando, sino que los ciudadanos no se porten mal y elige para esto la técnica de motivación indirecta que es llevada a cabo a través de la creación de normas jurídicas(59).

III. REPERCUSIÓN DE LAS POSTURAS ANALIZADAS EN LA ESTRUCTURA Y FUNCIÓN DE LA NORMA PENAL

En el ámbito penal, la decisión sobre la naturaleza jurídica de la norma tendrá importantes repercusiones, ya que la asunción de una u otra teoría podrá suponer diferencias sustanciales en la configuración de los elementos del delito. Se trata de una cuestión que en este estudio nos compete de forma trascendental, ya que esta influencia se extenderá también a la forma de entender las reacciones estatales frente a los sujetos inimputables que comenten hechos antijurídicos.

Como se desprende del análisis realizado hasta el momento, a la hora de fijar la naturaleza de las normas jurídicas, la distinción gravita esencialmente entre la concepción valorativa o imperativa de la norma. A día de hoy, son escasos los autores que apuestan por una concepción pura, siendo una abrumadora mayoría aquellos que apuestan por una naturaleza mixta(60). A pesar de ello, creemos que nuestro análisis debe partir de las concepciones originarias para comprender las consecuencias que se derivan de cada una de ellas y ver hasta qué punto resulta conveniente y apropiado pronunciarse a favor de una postura ecléctica.

A partir del análisis del imperativismo es posible observar que esta visión de la norma toma como presupuesto la existencia de dos voluntades que quedan entrelazadas en función de un mandato. Así, la voluntad del soberano, que pretende salvaguardar la paz, se articula a través de una norma que está dirigida al ciudadano y que supone la amenaza de sufrir una sanción en caso de que su conducta no se atenga al contenido del mandato. En esta concepción, el concepto de justicia queda relegado a un segundo plano, ya que la conducta no se exige por su valor intrínseco, sino solamente por su coincidencia con la

(59) LARA CHAGOYÁN, R., *El concepto de sanción*, op. cit., p. 149.

(60) GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A., *Derecho Penal. Introducción*, Madrid, 2000, p. 272.

voluntad del soberano, en el entendimiento de que el respeto a las normas jurídicas posibilitará el mantenimiento del orden social.

La concepción de la norma como un imperativo supone considerar a la sanción como parte de la estructura de la norma, esto es, aceptar que se trata de un elemento interno de la misma y entender que toda norma jurídica contiene una sanción. Debemos recordar que la naturaleza jurídica de la norma no es una cuestión que limite sus efectos al ámbito penal, sino que se trata de una discusión que se plantea en la Teoría General del Derecho y, por tanto, conlleva una valoración global que incluye a las disposiciones de Derecho privado. Así, aquellos autores que pretenden defender una postura imperativista pura, se ven abocados a forzar sus argumentaciones, extendiendo el concepto de sanción a institutos jurídicos tales como la nulidad de los actos jurídicos, en el entendimiento de que toda norma jurídica, incluso las que prescriben derechos, deben contener una sanción(61). Esta postura también encontrará escollos en el ámbito penal, ya que, incluso en esta materia, no es posible sostener que todas las normas jurídicas contengan una sanción, aunque en este caso, las dificultades pueden ser más fáciles de salvar recurriendo a la argumentación de la existencia de normas incompletas.

A pesar del indudable avance que supuso el trabajo de Kelsen en la Teoría General del Derecho, muchos de sus postulados han sido muy controvertidos y su concepción de la estructura de la norma ha sido uno de ellos. En sus primeros trabajos, Kelsen considera que toda norma jurídica implica una sanción, esto es, toda norma sería una prohibición respaldada por una sanción(62). Así, la norma se aplicaría lógicamente a partir de dos mandatos regidos por el principio de imputación, en primer lugar, que no se lleve a cabo la conducta prevista en la norma y, en segundo, que quien trasgreda el primer imperativo debe ser sancionado. Este planteamiento fue criticado por Hart, quien alega que la lógica prevista por Kelsen resulta ser reduccionista, ya que no da cuenta de las normas propias de

(61) En este sentido se ha señalado que la teoría de los imperativos tropieza con numerosos inconvenientes, como el de no poder explicar la naturaleza de las normas de Derecho Internacional Público, ni la costumbre, ni los principios generales del Derecho reconocidos como fuente del Ordenamiento Jurídico. Tampoco lograr explicar por qué se continúa obedeciendo a las normas luego del cambio de gobernante, ya que la supuesta explicación de la renovación tácita de los mandatos de épocas anteriores no resulta asumible. BAJO FERNÁNDEZ, M., «Algunas observaciones sobre la teoría de la motivación de la norma», en *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 1, 1976-1977, p. 16.

(62) KELSEN, H., «The Law as a Specific Social Technique», en *The University of Chicago Law Review*, 9 (1), 1941, pp. 75-97.

sistemas jurídicos basados en el principio de colaboración, que pueden tener el objetivo de recompensar, permitir o informar a los ciudadanos cómo pueden obtener un determinado resultado en el ámbito del Derecho(63). En opinión de Hart, sólo las que él mismo denomina como «reglas primarias» guardan la estructura kelseniana, que son precisamente aquellas que tienen como objetivo –directo o indirecto– regular la conducta humana a través de la imposición de obligaciones. Pero junto a estas reglas primarias, existirían otras que cumplirían objetivos completamente diferentes, se trataría de normas jurídicas con una función social, creadas para que los individuos puedan cumplir, de acuerdo a las pautas formuladas en el Derecho, con sus propios deseos. Para ejemplificar esta situación, Hart recurre a la regulación de los contratos o las disposiciones sobre la herencia. Éstas serían normas secundarias, que no encontrarían acomodo en el estricto esquema kelseniano, reducido al sistema norma-sanción. Entre esas «reglas secundarias» a las que alude Hart, se encontrarían las «normas de adjudicación», que son aquellas que «facultan a determinar en forma revestida de autoridad, si en una ocasión particular se ha trasgredido una norma primaria»(64).

Estas críticas calaron en el discurso de Kelsen, quien introduce algunas matizaciones a su teoría. Entre otras cuestiones, el autor austríaco acepta la existencia de normas sin sanciones, a las que llamará «normas incompletas», las cuales se convertirían en «normas completas» cuando puedan articularse con una sanción negativa. Se trataría de normas no independientes que van en conexión con una norma que sí estatuye un acto coactivo(65). A pesar de los esfuerzos por adaptar su teoría, estos cambios no convencieron totalmente a sus detractores que los consideraron insuficientes. En referencia a la comparación entre los trabajos de Hart y Kelsen se ha sostenido que, en buena parte, la diferente visión de ambos autores proviene de las particularidades de los sistemas jurídicos en los que se desenvuelven, en la medida en que el *Common Law*, en el que se maneja

(63) Ampliamente, sobre la diferencia de criterio entre Hart y Kelsen, ver, BOTERO BERNAL, A., «El debate Kelsen-Hart. Sobre la sanción normativa. Una mirada más allá del –Último mohicano–», en *Revista Filosofía UIS*, vol. 16, No. 2, julio-diciembre de 2017, pp. 303-324.

(64) BOTERO BERNAL, A., «El debate Kelsen-Hart. Sobre la sanción normativa...», *op. cit.*, p. 309. Sobre las críticas de Hart al imperativismo, ampliamente, BAJO FERNÁNDEZ, M., «Algunas observaciones...», *op. cit.*, pp. 18 ss.

(65) KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho*, México, 1998, pp. 67 ss.

Hart(66), es un ordenamiento jurídico promocional donde se intenta incentivar la conducta deseada, haciéndola fácil y ventajosa, y donde el derecho coercitivo es visto como la *ultima ratio*, mientras que el sistema normativo alemán responde con mayor facilidad al componente cultural imperativista de Kelsen. No obstante, a pesar de los ríos de tinta que han corrido en torno a esta cuestión y a las numerosas críticas que se han realizado al imperativismo en razón de esta materia, desde la postura imperativista pura se siguen negando estas matizaciones, alegando que resulta inaceptable que se prive a las normas jurídicas de la coacción, ya que ello llevaría a identificarlas con las reglas morales(67).

Desde la Teoría General del Derecho, Olivecrona desarrolla su teoría para contestar a las críticas dirigidas al imperativismo y propone la distinción entre lo que él llama «imperativo impersonal o independiente» y los «imperativos directrices». De esta manera, las normas ejercerían una función directiva prescindiendo de la relación personal o de transmisión de voluntades de un sujeto a otro y se caracterizarían por la falta de una relación interpersonal propia(68). Así, la norma no podría ser vista como un mandato dirigido al ciudadano, en la medida en que un mandato conlleva una relación interpersonal que no es posible encontrar en las normas(69). Además, la

(66) En la visión de Hart, reducir las normas a imperativos prohibitivos y sanciones-castigos produce una distorsión en lo que el partícipe común entiende por Derecho, distorsión que permite lograr la uniformidad de una teoría pero que la aleja de la realidad. De todas formas, la postura de Hart también puede incardinarse en el ámbito del positivismo (se lo ha clasificado como un positivismo suave), ya que reconociendo el valor del trabajo de Kelsen, lo que pretendía era su matización. P. 318. BOTERO BERNAL, A., «El debate Kelsen-Hart. Sobre la sanción normativa...», *op. cit.*, p. 318.

(67) ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *Sobre la estructura de la norma penal...*, *op. cit.*, p. 115. A partir de su argumentación contraria a la propuesta de Hart, Álvarez García concluye afirmando que «lo que es o no sanción dependerá no del presupuesto normativo sino de la idoneidad de la consecuencia jurídica para encauzar conductas, siendo la sanción la consecuencia desagradable que el legislador enlaza a la realización de un determinado comportamiento contra el cual quiere motivar a los ciudadanos».

(68) OLIVECRONA, K., *El Derecho como hecho*, Barcelona, 1980, pp. 127 ss. Sobre la concepción de la norma de este autor, ver, MONTORO BALLESTEROS, A., «Notas sobre el realismo jurídico escandinavo, derecho, efectividad e imperativismo jurídicos en Karl Olivecrona», en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 12, 1, 1972, pp. 65-106. Del mismo, «Sobre la revisión crítica del derecho subjetivo desde los supuestos del positivismo lógico (notas sobre el pensamiento jurídico de Karl Olivecrona y Alf Ross)», en *Anales de Derecho*, núm. 4, 1983, pp. 19-98.

(69) DIEZ PICAZO, M., *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Barcelona, 1973, p. 46.

concepción imperativista de Olivecrona se matizaría a través de la categoría de los «imperativos directrices», los cuales son imperativos de los que no surgen obligaciones. En opinión de este autor, existen reglas de conducta, como las normas relativas al nacimiento, extensión, transmisión y pérdida de derechos que no tienen como objetivo crear obligaciones sino, simplemente, explicar que algo va a ocurrir, como puede ser la creación o transmisión de un derecho; serían, por tanto, imperativos de un tipo peculiar, por lo que sería conveniente abandonar el término «imperativos» y recurrir al de «directrices»(70).

En referencia a las múltiples objeciones que se han formulado contra las posturas imperativistas, se ha sostenido que la «crítica preferida» coincide con la materia que es objeto de este trabajo, esto es, la respuesta al interrogante sobre los destinatarios del mandato(71). La pregunta a resolver es la siguiente, ¿si el mandato imperativo está dirigido a todos los ciudadanos, esto incluye también a los sujetos inimputables? Nuevamente podremos comprobar que la necesidad de mantener esta premisa para sostener la lógica del sistema lleva a los autores imperativistas a forzar enormemente la argumentación. En este sentido, se sostiene que todos los individuos, incluidos los inimputables, pueden ser motivados por la norma. En opinión de Álvarez García, «si lo que se persigue mediante el Derecho penal no es la aplicación de medidas represivas, sino la salvaguarda de bienes jurídicos a través de la amenaza de la pena, resulta evidente que esa función motivadora sólo puede ser realizada por medio de un mandato dirigido a los sujetos implicados», lo cual, según su criterio, incluye a los inimputables que pueden ser normativamente motivados(72). Incluso, ha llegado a extenderse el argumento indicando que hasta un animal puede ser motivado mediante la amenaza de un castigo.

No puede negarse la realidad de estas afirmaciones; a pesar de ello, creemos que este razonamiento lleva la discusión a un plano valorativo equivocado y conduce a conclusiones que no pueden ser asumidas por el Derecho. No puede negarse que, si mostramos un palo con gesto amenazante a un perro, muy probablemente el animal

(70) OLIVECRONA, K., *El Derecho como hecho*, Barcelona, 1980, p. 131.

(71) QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General del Derecho Penal*, 3.ª edición, Navarra, 2009, p. 264.

(72) ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *Sobre la estructura de la norma penal...*, *op. cit.*, p. 65. En similar sentido, MORALES PRATS, F., «Función y contenido esencial de la norma penal, bases para una teoría dualista o bidimensional», en *El nuevo Derecho Penal. Estudios Penales en Memoria del Profesor Valle Muñiz*, Navarra, 2001, pp. 541 ss.

cesará en su actitud y huirá para evitar el golpe, pero esta respuesta es un gesto instintivo de los seres vivos que, en todo caso, sentirán el impulso de actuar cuando se vean amenazados por un daño inminente. Esto no significa que los animales puedan ser vistos como seres racionales, con los cuales sea posible mantener un diálogo sobre las consecuencias de su conducta. De la misma forma, una persona aquejada de una enfermedad mental podrá reaccionar instintivamente para alejarse del castigo que se le anuncie.

Dejando de lado la inconveniencia de recurrir a argumentaciones que ponen a personas enfermas en situaciones semejantes a las de los animales, la comprobación de una reacción semejante no supone que ni el animal ni el enfermo hayan sido efectivamente motivados por la norma, ni siquiera que sean motivables por ella⁽⁷³⁾. El mandato contenido en una norma jurídica no puede ser visto como una orden infundada que deberá ser respetada más allá de las posibilidades reales, sino que debe suponer la existencia de un «diálogo» con un sujeto racional. Esta cuestión pone de manifiesto la inconveniencia de mantener un planteamiento imperativista puro. No puede entenderse que la norma jurídica exija la realización de una conducta o la abstención de un comportamiento por un capricho del soberano, sino que se solicita su acatamiento en la medida en que suponga una necesidad para el mantenimiento del orden social y porque esa conducta ha recibido una valoración negativa, independientemente de que ese estadio de valoración sea considerado intra o extra normativo. A su vez, esas razones que se fundamentan en la desvalorización de la conducta serán trasladadas al sujeto para convencerlo sobre su actuación. Como vemos, ese momento de valoración o mejor dicho de «desvalorización» de la conducta prohibida resulta preciso para dar legitimidad a la norma jurídica y para «convencer» al ciudadano de la necesidad de su acatamiento.

En un sentido similar a los ejemplos mencionados, Gimbernat ha recurrido a la figura de un niño pequeño para fundamentar la motivabilidad de los inimputables. Este autor ha desarrollado la teoría de la motivación que ha sido seguida, con matizaciones, por autores de la

(73) Octavio de Toledo y Ubieto lleva la discusión a otro nivel indicando el grado de conocimiento nada tiene que ver con el hecho de que la norma de dirija a los ciudadanos imperativamente, en cuanto el grado de conocimiento depende de la eficacia, pero no del carácter imperativo. OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, E., *Sobre el concepto del Derecho penal*, Madrid, 1981, pp. 103 ss. De acuerdo con este planteamiento, el mandato tendría como destinatarios a los inimputables, aunque la norma en estos supuestos no resultaría eficaz. Entendemos que ello es tanto como reconocer que los inimputables no pueden ser destinatarios válidos del mensaje contenido en la norma.

talla de Mir Puig(74) o Muñoz Conde(75). La teoría de la motivación supone que la norma opera para conseguir la protección de los bienes jurídicos y los efectos preventivos motivando en el individuo un determinado comportamiento mediante la amenaza de una pena, inhibiendo así las tendencias antisociales y promocionando comportamientos valiosos(76). Aunque el autor no lo dice expresamente, se ha indicado que su postura supone la asunción del modelo imperativista(77), en la medida en que parte del entendimiento de que el mandato que emana del Estado pretende convencer al individuo para que su conducta se adecúe a la norma, de modo que la función motivadora cumpliría su papel a través de un imperativo(78). Como se ha señalado anteriormente, ha sido Austin quien ha profundizado en el funcionamiento psicológico de la motivación, indicando que la amenaza del daño que se manifiesta con la sanción está dirigida al momento de los deseos, estadio que para este autor se corresponde con la compulsión jurídica. Como vemos se trata de una concepción de la norma donde el mandato sirve para conectar dos voluntades, concepción que tropieza con numerosas dificultades(79).

Para intentar solucionar la problemática en torno a la motivación de los inimputables, Gimbernat mantiene que, incluso un niño pequeño, cuando su padre le anuncia un castigo, puede ser determi-

(74) Una síntesis muy clara de la postura del autor en esta materia puede encontrarse en, «Discurso de investidura. Contestación a la *Laudatio*», en Luzón Peña, D. M. (dir.), *Derecho penal del Estado Social y Democrático de Derecho. Libro Homenaje a Santiago Mir Puig*, Madrid, 2010, pp. 49-55. Del mismo, también ver, «Norma de determinación, valoración de la norma y tipo penal», en García Valdés, C. y otros (coord.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, T. II, Madrid, 2008, pp. 1307-1328.

(75) MUÑOZ CONDE, F., «Funktion der Strafnorm und Strafrechtsreform, en *Strafrecht und Strafrechtsreform*, Colonia, 1974, pp. 209-334.

(76) Al respecto, BAJO FERNÁNDEZ, M., «Algunas observaciones...», *op. cit.*, p. 12.

(77) En este sentido, Bajo Fernández indica que ni Gimbernat ni Muñoz Conde se han pronunciado en este sentido, a diferencia de Mir Puig, quien sí ha señalado expresamente que esta teoría lleva necesariamente a mantener una postura imperativista. BAJO FERNÁNDEZ, M., «Algunas observaciones...», *op. cit.*, p. 13.

(78) En la concepción de Gimbernat, aun no siendo posible demostrar la existencia de libre albedrío el Estado procede a castigar en la necesidad de lograr que se cumplan las normas gracias a la amenaza de un castigo. Por tanto, en su opinión, en un Derecho penal así concebido la pena resulta ser razonable, es un recurso elemental al que tiene que recurrir el Estado para hacer posible la convivencia entre los hombres. GIMBERNAT ORDEIG, E., ¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?, en *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, 1990, pp. 148 ss.

(79) En este sentido, BAJO FERNÁNDEZ, M., «Algunas observaciones...», *op. cit.*, p. 14.

nado a actuar en un cierto sentido, ya que su entendimiento es suficiente como para comprender que la desobediencia le acarreará un sufrimiento. Esta argumentación lleva a Gimbernat a sostener que la pena es un mal necesario, un mal que resulta imprescindible para mantener el orden social. Incluso, el autor alaba las reflexiones del Proyecto Alternativo alemán por su reconocimiento de que la pena es «una amarga necesidad»(80). De acuerdo con lo sostenido por este autor, estas supuestas capacidades de los inimputables que, en su visión, podrían ser motivados por la norma(81), no suponen la exigencia de que el Derecho reaccione frente a ellos con la aplicación de un castigo. En su opinión, la pena no resulta necesaria en estos casos por una razón fundamental, los supuestos de inimputabilidad están adecuadamente reflejados en la Ley penal, esto es, todos los ciudadanos normales son conscientes de que se trata de situaciones diferentes en las que no se encuentran incluidos, de forma que, al delinquir, dichas exenciones no les resultarán aplicables. En consecuencia, la existencia de supuestos de inimputabilidad frente a los cuales no resultan aplicables las penas, no supone una disminución de los efectos de prevención general de dichas consecuencias jurídicas(82).

Por su parte, y aun partiendo de una teoría ecléctica de la norma, el acento imperativista que ponen en esta materia ha llevado a Jescheck y Weigend a similares conclusiones. En este sentido, sostienen los autores mencionados que «los imperativos de las normas se destinan a «todas» las personas a las que resultan aplicables por su contenido. Por este motivo, no se lleva a cabo una distinción basada en la edad, salud psíquica y extensión de conocimientos de los destinatarios de las normas. También los niños, los jóvenes y los enfermos mentales están sometidos a las normas jurídicas que respectivamente les afectan, y la experiencia demuestra que, por regla general, también se determinan materialmente por las normas jurídicas. Sólo por este motivo pueden formar parte de la vida en comunidad dentro de los

(80) GIMBERNAT ORDEIG, E., ¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?, *op. cit.*, p. 149.

(81) Aunque Gimbernat sostiene que, en el ámbito de la culpabilidad, el Derecho no puede castigar las conductas del inimputable, porque la pena es, principalmente por razones de motivabilidad, ineficaz para hacerlo, por otra parte, se refiere al «efecto inhibitor de la pena» al describir su conocido ejemplo del niño pequeño, con lo cual su argumentación parece apoyar la posibilidad de que el inimputable sea motivado por la norma. GIMBERNAT ORDEIG, E., «El estado de necesidad, un problema de antijuricidad», en *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, 1990, p. 224.

(82) GIMBERNAT ORDEIG, E., ¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?, *op. cit.*, p. 157. Del mismo, también ver, «El sistema del Derecho penal en la actualidad», en *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1990, pp. 162-181.

límites naturales marcados por su edad o situación psíquico-espiritual. Esto comporta la importante consecuencia «práctica» de que las medidas educativas y de seguridad del juez frente a enfermos mentales, jóvenes, niños, no son simples disposiciones de policía destinadas a luchar contra una perturbación del orden público que tiene su origen en una situación peligrosa, sino que son «verdaderas sanciones que se conectan a un hecho antijurídico»(83). Los autores continúan explicando que la lesión o puesta en peligro del bien jurídico únicamente interesa al Derecho penal en la medida en que sea el producto de una cierta modalidad subjetiva de comportamiento. Por consiguiente, ya en el marco mismo de la tipicidad, y no en el de la culpabilidad, habrán de tomarse en cuenta las intenciones, ya que inciden en la fundamentación positiva de la antijuridicidad.

Como vemos y, en definitiva, lo cierto es que el imperativismo supone que la norma jurídica tiene como destinatario válido al sujeto inimputable y que esta discutible afirmación ha servido para apoyar la consideración de las medidas de seguridad como verdaderas sanciones. Este argumento, que no podemos compartir, también pretende ser utilizado para responder a otra de las importantes críticas que se realizan al imperativismo y que se refiere a la enorme dificultad que supone, bajo estos planteamientos, diferenciar la antijuridicidad de la culpabilidad. Como resulta evidente, el entendimiento de la norma jurídica como un mandato que aúna dos voluntades supone como contrapartida la asunción de una visión subjetiva de la antijuridicidad, donde la misma es entendida como mera desobediencia a los designios del soberano(84).

En este sentido, sostienen Jescheck y Weigend que «la consecuencia teórica de la tesis de los imperativos es que la voluntad de la acción debe ser entendida como el núcleo principal de la antijuridicidad de un hecho, al ser la voluntad humana contraria al precepto jurídico la que infringe el mandato o prohibición impuesta por la norma(85). Se trata, por tanto, de un contenido que quedará reflejado de forma preponderante en el desvalor de acción de la conducta. Así, al interpretar la

(83) JESCHECK, H. H. y WEIGEND, T., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 5.ª edición, (traducción de Miguel Olmedo Cardenete), Granada, 2002, p. 254.

(84) En este sentido señala Bockelmann que si el autor no pudo comprender el orden jurídico por falta de capacidad o no pudo inhibirse por encontrarse en una situación excepcional no puede hablarse de desobediencia. Ahora bien, si la insubordinación constituye la esencia del desvalor, tal como sucede en el imperativismo, entonces en estos casos no sólo falta culpabilidad sino también el injusto típico. BOCKELMANN, P., *Grundrisse des Rechts*, 3.ª ed. Munich, 1979, p. 35.

(85) JESCHECK, H. H. y WEIGEND, T., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, op. cit., p. 254.

antijuricidad como un componente subjetivo, sus exigencias coincidirán plenamente con los elementos requeridos en sede de culpabilidad(86). La consecuencia evidente es una enorme dificultad para explicar por qué el comportamiento del inimputable resulta ser antijurídico, cuestión que se pretende resolver alegando que el mandato también está dirigido al inimputable y que éste puede actuar subjetivamente de forma contraria al Derecho, esto es, que un inimputable puede desobedecer la norma(87).

Como se ha señalado, tanto Bentham como Austin realizaron aportes fundamentales para el desarrollo del imperativismo(88) y, a pesar de que esta postura en su manifestación pura no puede ser asumida a día de hoy, las bondades de todo desarrollo teórico tienen que ser interpretadas en su contexto. Estos autores llevaron a cabo su trabajo en un momento de crisis del poder del monarca, en donde era necesario aportar ideas para respaldar su poder absoluto(89). En esta situación, resultaba muy oportuno un planteamiento que situara la voluntad del soberano en la cúspide del sistema, donde su validez no podía ser puesta en duda por consideraciones valorativas. Se trataba, en todo caso, de apoyar con argumentos teóricos el mantenimiento del sistema, partiendo de una concepción netamente utilitarista. Difícilmente podría haberse evitado que este entendimiento de la norma fuera criticado por servir de respaldo a posiciones autoritarias y por su propensión a la arbitrariedad, tanto por no dar ninguna justificación válida al contenido de los mandatos, como por la falta de instancias mediadoras entre el legislador y los destinatarios de las normas(90).

(86) Al respecto, QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General del Derecho Penal*, *op. cit.*, pp. 262 ss. También al respecto, BAJO FERNÁNDEZ, M., «Algunas observaciones...», *op. cit.*, p. 20.

(87) En opinión de Bajo, esta posición resulta insostenible, de modo que para ser consecuentes el imperativismo tendría que reconocer que quien es inaccesible a la incisión psicológica no puede obrar de forma contraria a la norma. BAJO FERNÁNDEZ, M., «Algunas observaciones...», *op. cit.*, p. 34.

(88) Se ha sostenido que ni siquiera en estos casos estaríamos frente a posiciones imperativistas puras; al respecto, VIVES ANTÓN, T. S., *Fundamentos del Sistema Penal*, 2.^a ed., *Acción significativa y Derechos Constitucionales*, Valencia, 2011, pp. 393 ss. De la misma manera este autor considera que tampoco la postura de Binding responde a un imperativismo puro, ya que no concibe a la norma exclusivamente como un imperativo. En opinión de este autor, el papel que juega la idea de mandato en las teorías de Bentham, Austin y Binding les obliga a extraer a la hora de la configuración del ilícito, consecuencias semejantes al imperativismo moderado.

(89) Al respecto, BAJO FERNÁNDEZ, M., «Algunas observaciones...», *op. cit.*, pp. 30 ss.

(90) ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *Sobre la estructura de la norma penal...*, p. 25. En este sentido sostiene Quintero Olivares que, si se prescinde de la concepción del delito como lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, prefiriéndose entenderlo

No obstante, tal como ha señalado con acierto la doctrina, ni una concepción imperativa ni valorativa de la norma están reñidas con la existencia de un Estado de Derecho, cuestión que sí podría verse afectada si los mecanismos de su creación no fueran los adecuados(91).

Frente al imperativismo puro se encuentra la concepción valorativa de la norma. De acuerdo con esta teoría, la esencia de la norma se sitúa en el momento del análisis de las conductas y la determinación de cuáles pueden suponer un peligro para los bienes jurídicos considerados fundamentales para la convivencia en sociedad. Según esta concepción, el ordenamiento jurídico estaría caracterizado como una suma de juicios de valor que permiten distinguir el comportamiento antijurídico de aquel que es conforme a Derecho(92), y la obligatoriedad de las normas sería aceptable por su carácter valioso y, por lo tanto, jurídicamente justo(93). En cuanto a la sanción, la misma resulta aplicable por el ataque al valor que ha supuesto la realización de la conducta y no por la mera infracción de un deber(94). La asunción de la concepción valorativa de la norma supone múltiples variaciones en cuanto a la configuración de los elementos del delito. Como es sabido, la primera y más notable consecuencia es la conformación netamente objetiva de la antijuricidad, lo cual relega al ámbito de la culpabilidad el análisis de todos los componentes subjetivos(95). De esta forma, el dolo y la culpa se deben analizar de forma íntegra en el ámbito de la culpabilidad y la antijuricidad de la conducta se restringe a la comprobación del desvalor de resultado, como mera contradicción entre la conducta y el Derecho.

Así, de la norma objetiva de valoración, que establece un deber ser ideal, deriva la norma subjetiva de determinación, que ya establece el deber de ajustar la conducta a aquél deber-ser ideal. La norma de determinación, por lo tanto, dimana de la calificación jurídica de la

como simple infracción de un deber, quedaríamos abocados a los peligros de un sistema puramente autoritario. QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General del Derecho Penal*, op. cit., p. 260.

(91) En este sentido, sostiene Álvarez García que «no resulta definitorio de ningún régimen que la estructura de la norma sea valorativa o imperativa, ya que ningún régimen político puede prescindir del Derecho para ejercer el poder. Todos necesitan revestir sus actos de un ropaje jurídico», ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *Sobre la estructura de la norma penal...*, op. cit., p. 91.

(92) GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A., *Derecho Penal. Introducción*, op. cit., p. 272.

(93) ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *Sobre la estructura de la norma penal, la polémica entre valorativismo e imperativismo*, Valencia, 2001, p. 21.

(94) ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *Sobre la estructura de la norma penal...*, p. 24.

(95) MEZGER, E. *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, Traducción Rodríguez Muñoz, 1955, p. 328.

situación o estado y obliga personalmente al ciudadano concreto(96). El hecho de no tener en cuenta las cuestiones relativas al sujeto hasta el plano de la culpabilidad, da lugar a una configuración sustancialmente objetiva y externa de la antijuridicidad, que se concibe como lesión objetiva de las normas de valoración, y de ahí que lo fundamental a la hora de decidir si un comportamiento es o no ajustado a Derecho sea la constatación de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, esto es, el desvalor del resultado.

Esta construcción favorece una mayor polarización entre los elementos objetivos, pertenecientes a la antijuridicidad (sin perjuicio del reconocimiento excepcional de los elementos subjetivos del tipo) y las cuestiones subjetivas, que se ubican en el ámbito de la culpabilidad. Ello determina que la valoración de si el comportamiento es o no contrario a la norma subjetiva de determinación, se reserve para el juicio de culpabilidad. Dicha comprobación requiere que el sujeto no sea inimputable, es decir, que pueda ajustar sus decisiones a las normas. Si la conducta se lleva a cabo con conciencia y voluntad, la imputación se realizará a título de dolo, mientras que si lo que se lleva a cabo es una conducta voluntaria peligrosa y la infracción del correspondiente cuidado, produciendo un resultado típico que podía y debía haber sido previsto y evitado, lo será a título de culpa o imprudencia. En esta construcción, por lo tanto, el dolo y la imprudencia se consideran como formas de culpabilidad.

En este contexto, no se encuentran tantas dificultades para distinguir a la antijuridicidad de la culpabilidad, tal como sí sucedía en el caso anterior(97). En referencia a los supuestos de inimputabilidad, al estar integrada la norma por un juicio objetivo de valoración, puede proyectarse a los comportamientos de estos sujetos en virtud de que el juicio que encierra la norma no contempla dimensiones subjetivas de la conducta de cada sujeto(98). De este modo, el daño causado por un inimputable será injusto, al margen de que entienda o no el sentido de lo que hace(99).

Lo cierto es que, en nuestra opinión, no resulta asumible ninguna de estas dos posturas en sus versiones extremas, porque cada una de ellas supondría negar estadios esenciales en la conformación de la

(96) CARBONELL MATEU, J. C., *Derecho Penal, concepto y principios constitucionales*, Valencia, 1999, pp. 49 ss.; COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho penal. Parte general*, 5.ª edición, Valencia, 1999, pp. 270 ss.

(97) Al respecto, NOWAKOWSKI, F., «Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1951, vol 63, pp. 29 ss.

(98) QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General del Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 260.

(99) QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General del Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 260.

norma. Así, resulta evidente la inconveniencia de caracterizar al mandato como un elemento caprichoso que sólo emana de la voluntad del soberano y que no sea el resultado de un razonamiento lógico, encaminado a la salvaguarda de bienes jurídicos. El imperativismo necesariamente debe aceptar la existencia de un momento valorativo en la conformación de la norma, independientemente de que pueda entenderse que el mismo resulta ser anterior a su existencia o que forma parte de su esencia(100). Por otro lado, tampoco es posible negar que se trata de la interpretación de la norma que resulta más acorde con la función motivadora que está llamada a desempeñar, en la medida en que la amenaza de pena cumpliría su función motivadora a través de un imperativo(101). Pero, de la misma manera, la concepción valorativa debe asumir que la norma también pretende determinar la conducta del individuo y que la mera desvaloración de la conducta con base en su afectación a los bienes jurídicos no puede satisfacer las funciones que la norma está llamada a cumplir(102).

De forma consecuente, a día de hoy, pocos son los autores que se pronuncian a favor de posturas puras, con honrosas excepciones, como es el caso de Álvarez García(103), quien realiza un esfuerzo notable por contestar a todas las críticas que se han dirigido al imperativismo, llegando, sin embargo, a una conclusión que, como se ha señalado, no encontramos defendible y que se concreta en la idea de que el mandato normativo está dirigido al inimputable en virtud de su motivabilidad normativa(104).

En nuestra opinión, no estamos frente a un problema que deba resolverse en el plano de las «naturalezas puras», sino que se trata de una cuestión de equilibrios, de determinar qué componente deberá jugar un papel prioritario con vistas a un doble objetivo, reflejar la realidad de los mecanismos que subyacen a la norma y lograr el adecuado funcionamiento del sistema. En este sentido, Bajo Fernández utiliza la expresión

(100) Aun defendiendo una postura imperativista, Álvarez García sostiene que la referencia al valor resulta fundamental, aunque la sitúa en un estadio prelegislativo, cuando todavía no existe ley penal. ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *Sobre la estructura de la norma penal...*, *op. cit.*, p. 95.

(101) GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A., *Derecho Penal. Introducción*, Madrid, 2000, p. 282.

(102) Así, la norma de valoración también contaría con un componente de determinación que se situaría en el ámbito de la culpabilidad. GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A., *Derecho Penal. Introducción*, *op. cit.*, p. 275.

(103) ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *Sobre la estructura de la norma penal...*, *op. cit.*, pp. 132 ss.

(104) ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *Sobre la estructura de la norma penal...*, *op. cit.*, pp. 132 ss.

«juicio de valor imperativo» para referirse a la conexión que debe verificarse entre ambos aspectos de la norma. En opinión de este autor, aceptar que la norma es un juicio de valor resulta imprescindible para dotar de contenido al juicio de antijuricidad, que, de esta forma, podrá ser entendido como juicio de valor de la conducta, y también resulta fundamental para admitir el desvalor de resultado, como componente de la antijuricidad(105). A estas consideraciones hay que añadir que también el componente de determinación resulta necesario, no sólo para dotar de fuerza jurídica al juicio de valor, sino también para atender al componente subjetivo de la antijuricidad que se concreta en el desvalor de la acción(106). Podría hablarse, por tanto, de una interdependencia recíproca de la norma de valoración y de determinación(107).

En todo caso, en la doctrina española hay un cierto consenso a la hora de aceptar que la función de la norma como norma de determinación es la que se considera la preferente(108). En este sentido se ha pronunciado Quintero Olivares, quien entiende que corresponderá al análisis de la Parte Especial del Derecho penal determinar frente a qué figuras delictivas cobrará un mayor protagonismo el desvalor de acción o, bien, el desvalor de resultado, partiendo de la base de que ambos ámbitos son precisos a la hora de examinar la contradicción de la conducta con la norma y determinar, en consecuencia, su posible antijuricidad. Tampoco se puede dejar de lado el hecho de que la síntesis «finalista-causalista» que se ha impuesto en la doctrina penal, desde hace ya varias décadas en referencia a la construcción de la teoría del delito, impide la asunción de una pos-

(105) Este reconocimiento de la norma como juicio de valor ya excluye, necesariamente, la perspectiva de la norma como un mandato que emana de la voluntad del soberano, ya que sólo se justificaría por ser un mandato respaldado por la fuerza y no tendría sentido alguno el momento de la valoración. BAJO FERNÁNDEZ, M., «Algunas observaciones...», *op. cit.*, pp. 21 ss.

(106) En este punto, Bajo Fernández plantea la diferencia entre el imperativismo y el componente de determinación de la norma, identificando al imperativismo con la idea del mandato que proviene del soberano y que aúna dos voluntades y, por otro lado, al componente de determinación con la pretensión de validez de la norma. BAJO FERNÁNDEZ, M., «Algunas observaciones...», *op. cit.*, p. 23. En similar sentido, NOWAKOWSKI, F., «Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit», *ZStW*, vol. 63, 1951, pp. 287 ss.

(107) GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A., *Derecho Penal. Introducción*, Madrid, 2000, p. 285.

(108) Así, LUZÓN PEÑA, D. M., «Alcance y función del Derecho penal», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1989, pp. 39 ss., MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2.^a edición, Buenos Aires, 2002, pp. 45 ss., OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, E., *Sobre el concepto de Derecho penal*, *op. cit.*, pp. 97 ss. MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte general*, Valencia, 11.^a ed., 2022, pp. 55 ss.

tura valorativista pura, esto es, la inclusión del dolo en el injusto obliga a reconocer el componente de determinación de la norma y a darle un cierto protagonismo.

En cuanto a la cuestión central de nuestro estudio, la interpretación que lleva a considerar que las proposiciones normativas tienen como destinatarios a los sujetos considerados inimputables no nos parece aceptable, ya que favorece injustamente la confusión entre sanción y medida de seguridad. En nuestra opinión, el afán de ser consecuentes con sus presupuestos lleva a los imperativistas a defender como voluntarias lo que no son más que reacciones meramente instintivas y a negar, en consecuencia, realidades empíricamente contrastables, ya que defender la capacidad y motivabilidad del inimputable es la única vía que encuentran para sostener distinción entre la antijuricidad y la culpabilidad(109). Así, estos autores suelen utilizar el argumento que puede ser denominado como «de los estados grises», para indicar que los supuestos de inimputabilidad no suelen presentarse como situaciones de una carencia absoluta de facultades, sino que los enfermos mentales suelen tener un cierto entendimiento de la realidad en la que viven(110). Esto puede considerarse cierto a un doble nivel, por un lado, en un número importante de casos, los trastornos psíquicos producen una disminución de las facultades que no llegan a anular las posibilidades de entender el alcance de las normas. Múltiples serían los ejemplos que se podrían poner en relación con esta situación, pudiendo mencionarse las neurosis o trastornos paranoicos de la personalidad, que pueden presentarse en distintos niveles de gravedad. Por otro lado, también es cierto que muchos de los enfermos aquejados de alteraciones graves son víctimas de crisis que empeoran momentáneamente su estado, no manteniéndose en el tiempo con la misma intensidad. Pero esta situación está convenientemente reflejada en la teoría del delito, en la medida en que se establece una graduación de la responsabilidad penal en función de la anulación completa o de la disminución de las capacidades del sujeto, correspondiendo, en consecuencia, la determinación de un supuesto de inimputabilidad o de semi-imputabilidad y debiendo aplicarse, consiguientemente,

(109) ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *Sobre la estructura de la norma penal...*, p. 132 ss.

(110) ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *Sobre la estructura de la norma penal...*, p. 132. Este autor recurre, además, al argumento de que la sociedad en los últimos tiempos está desarrollando importantes esfuerzos por integrar a las personas con enfermedades mentales en la sociedad. Nuevamente se trata de razones que pueden ser aplicables a una multiplicidad de casos, pero que niegan la lamentable realidad que nos obliga a reconocer que también existen supuestos extremos en los que las capacidades se encuentran anuladas y frente a las cuales los intentos integradores nunca podrán ser exitosos.

una completa exención de la responsabilidad o solamente una eximente incompleta.

Sin embargo, la existencia de una multiplicidad de casos que se sitúan en esa zona gris no elimina la subsistencia de otros supuestos en los que las capacidades del sujeto se encuentran completamente anuladas, ya sea de forma permanente o momentánea, durante el intervalo en el que se verifica un brote. Y a estas situaciones extremas se dirige la pregunta sobre el destinatario de las normas, ¿realmente resulta correcto sostener que el Estado pretende a través de la norma mantener un diálogo sobre las consecuencias de su conducta con una persona que no disfruta de la capacidad mínima de captar su contenido?(111).

Entendemos que la respuesta a esta pregunta debe ser necesariamente negativa. Puede resultar adecuado entender que, a través del dictado de normas, el Estado emite un mandato genérico dirigido al conjunto de los ciudadanos para que se abstengan de realizar una serie de conductas, pero de ese mandato genérico no puede desprenderse la existencia de una disposición individual dirigida a los individuos que no se encuentren en situación de abarcar su contenido, y no puede nacer, en consecuencia, una obligación jurídica que el enfermo viole con su conducta(112). Esta visión no impide que la conducta del inimputable sea considerada antijurídica, ya que supone una contradicción con el Derecho y, al menos, la constatación de un desvalor de resultado, pero no puede suponer la constatación de un incumplimiento a una obligación individual(113). En este sentido se pronuncia García-Pablos de Molina, al sostener que «legalmente no ofrece dudas la posibilidad de que los inimputables actúen contra Derecho, antijurídicamente; pero es claro, también, que no son destinatarios idóneos de una orden dirigida personalmente a los mismos. No tiene

(111) En este sentido se pronuncia Gimbernat, «No obstante, estos comportamientos que quedan excluidos en el sector de la culpabilidad siguen estando prohibidos (de manera general), a la pena sólo se renuncia frente a aquellos ciudadanos de los cuales se percibe fácilmente que no tendría mucho sentido proceder con ese medio de reacción». GIMBERNAT ORDEIG, E., «El estado de necesidad, un problema de anti-juricidad», *op. cit.*, p. 227.

(112) Por su parte, Silva Sánchez parece dar un paso más allá señalando que la motivación de la norma se dirige a evitar hechos típicos salvo en los casos en que la realización de esos hechos tiene lugar en una situación de justificación. SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992. pp. 328 ss.

(113) En este sentido, Bockelmann sostiene que la norma es un imperativo generalizado cuyo destinatario es la comunidad jurídica, de forma que de ese mandato general se deducen las directrices a las que debe ajustarse el comportamiento de cada súbdito singular concreto. BOCKELMANN, P., *Grundrisse des Rechts*, *ob. cit.*, pp. 36 ss.

sentido tratar de determinarlos a través de normas jurídicas; ni cabe hablar de “desobediencia” respecto al inimputable que no se atiene a lo dispuesto en la norma, por ello, aún en el caso de que se les pudiera motivar psicológicamente con preceptos obligatorios (imperativos) –lo que es factible, como lo es respecto de los animales– el problema no se resolvería, y las ficciones o las pretensiones poco razonables carecen de sentido»(114).

Por su parte, Quintero Olivares subraya la necesidad de diferenciar la posibilidad de que «una voluntad actúe contra la norma» de la «capacidad para apreciar el valor ético y jurídico de las disposiciones normativas», señalando que no debe confundirse la «capacidad de voluntad» de la «capacidad jurídica de actuar libremente». En consecuencia, entiendo que, en principio, no existirían inconvenientes para aceptar que el inimputable cuenta con la primera, de forma que puede matar, violar o hurtar(115). Así, manifestándose a favor de una postura ecléctica, Quintero Olivares explica que el hecho de que el objeto de protección sustancial de la norma sea la protección de bienes jurídicos comporta un juicio de valoración, pero que eso no obsta a que también haya circunstancias subjetivas que deban atenderse para la calificación del injusto, de modo que la voluntad del agente tiene que jugar, necesariamente, un papel en la determinación del injusto. Dicho rol del aspecto subjetivo se manifiesta a través de los elementos subjetivos del injusto y del componente subjetivo de las causas de justificación(116).

En efecto, es posible sostener que el inimputable cuenta con capacidad de voluntad y, por lo tanto, puede violar o matar, pero esa voluntad, necesaria a nivel de tipicidad o antijuricidad, no incluye, en ningún caso, la capacidad de conocer el contenido de la norma, ni mucho menos, la posibilidad de ser motivado por ella. Más allá de la existencia de un mandato genérico, no es posible asumir que el Estado pretenda mantener una comunicación racional con un sujeto que carece de esta capacidad. La teoría imperativa de la norma e, incluso, las posturas moderadas que ponen el acento en el componente de determinación, llegan a conclusiones que no son satisfactorias, ya que no reconocen que el deber subjetivo que surge de la norma se concreta en el ámbito de la culpabilidad. En nuestra opinión, aceptar esta circunstancia no resulta incompatible con el reconocimiento de elementos subjetivos que deban verificarse en el ámbito de la antijuricidad, ya que, como se ha indicado, la voluntad que se examina en este esta-

(114) GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A., *Derecho Penal. Introducción*, op. cit., p. 283.

(115) QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General del Derecho Penal*, op. cit., p. 264.

(116) QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General del Derecho Penal*, op. cit., p. 262.

dio no tiene en cuenta la asequibilidad normativa(117). La norma no puede generar una obligación personal de actuar frente a quien no tiene capacidad de ser motivado por ella.

Armin Kaufmann ha profundizado sobre la cuestión relativa al nacimiento de las obligaciones que surgen de las normas jurídicas, con un planteamiento que consideramos sumamente acertado, a pesar de no poder coincidir con el autor en todos los extremos que plantea. De acuerdo con la visión de este autor, la mera existencia de una norma no permite, por sí misma, concretar el nacimiento de un deber respecto a un determinado individuo, siendo fundamental determinar en qué momento surgen los deberes, ya que se trata del estadio teleológico de la norma(118). En la visión de Kaufmann, la norma general solo está compuesta por los elementos de la acción, es decir, no contiene requisitos especiales con respecto al sujeto del acto exigido o prohibido. De este modo, el presupuesto del deber se concreta en la capacidad de acción y la realización del acto prohibido en un momento puntual. Así, el autor llama la atención sobre el hecho de que la prohibición no se concreta en referencia a una situación concreta, sino con respecto a un individuo determinado, que entra en consideración para un acto concreto que es objeto de la norma.

Como es posible observar, a partir de esta argumentación resulta determinante atender al alcance que este autor otorga a la expresión «capacidad de acción», ya que será el requisito fundamental a la hora de fijar el nacimiento de los deberes jurídicos(119). Al respecto, Kaufmann resalta que su comprensión del término se aleja de la defendida por Binding, y así, en opinión de Kaufmann, «capaz de acción» será, simplemente, aquel que es capaz de realizar la acción mandada. Por tanto, mientras la norma desenvuelve su validez permanentemente con respecto a todos, sólo obra obligando en concreto a quienes resultan capaces de acción(120). Frente a esta postura, Binding otorga un contenido diferente a la expresión «capa-

(117) ROXIN, C. y GRECO, L., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, vol. 1, 5.^a ed., Munich, 2020, pp. 980 ss. También ver, ROXIN, C., «La asequibilidad normativa como criterio de culpabilidad», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 70, Fasc/Mes 1, 2017, pp. 9-26. HOYER, A., «Asequibilidad normativa como elemento de la culpabilidad», en Demetrio Crespo, E. (Dir.), *Neurociencias y Derecho penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*, Madrid, reimpresión 2022, pp. 327-339

(118) KAUFMANN, A., *Teoría de las normas. Fundamentos de la Dogmática penal moderna*, (traducida por Enrique Bacigalupo y Ernesto Garzón Valdés), Buenos Aires, 1977, pp. 171 ss.

(119) KAUFMANN, A., *Teoría de las normas...*, op. cit., pp. 208 ss.

(120) KAUFMANN, A., *Teoría de las normas...*, op. cit., pp. 208 ss.

cidad de acción» ya que este autor la vincula a la «cognoscibilidad de la norma»(121). Esta interpretación nos parece más adecuada, en cuanto permite vincular el nacimiento de los deberes particulares a la motivabilidad normativa.

En consecuencia, entendemos que una adecuada coordinación entre la norma de valoración y de determinación nos permitirá reconocer que las normas genéricas que están destinadas al conjunto de los ciudadanos, concretan en el ámbito de la culpabilidad la existencia de deberes individuales que se verifican en los casos en los que los sujetos presentan asequibilidad normativa.

IV. EL RECHAZO AL CARÁCTER AFLICTIVO DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

En opinión de Soler, la confusión conceptual entre las medidas de seguridad y las sanciones proviene tanto del positivismo italiano como de la concepción imperativa de la norma. En referencia al positivismo italiano, el autor afincado en Argentina pone en la diana a la teoría de la unidad de las sanciones elaborada por Filippo Grisipigni(122), quien sirviéndose de una particular interpretación del trabajo de Hans Kelsen, afirma que la norma penal estaría dirigida sólo al Estado, y se limitaría a prescribir una forma de coacción que debería ser cumplida en determinadas hipótesis. De esta forma, la norma jurídica supondría únicamente la obligación del Estado de aplicar la sanción en caso de que se llevara a cabo la conducta descrita en el precepto. En opinión de Soler, esta era una interpretación que derivaba de una visión autoritaria del ordenamiento jurídico y que respondía al objetivo de servir a los fines de la escuela positivista, a la que Grisipini pertenecía, y que implicaba ampliar el concepto de sanción para que comprenda tanto a las privaciones de libertad de los enfermos por tiempo indeterminado, como a las penas determinadas. Se trataba, por tanto, de una visión que observaba al ordenamiento jurídico como un puro sistema de organización de la coacción, de forma que penas y medidas debían ser vistas como una unidad, en cuanto ambas eran formas de gestión social de carácter coactivo(123).

(121) BINDING, K., *Die Normen und Ihre Ubertretung...*, op. cit., pp. 36 ss.

(122) Sobre la postura doctrinal de este autor, ver, DEL ROSAL, J., «Grisipigni, F. Derecho Penal italiano», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1948, pp. 594-595.

(123) Soler incluso llegaba a sostener que esta interpretación llevaba a entender al orden jurídico no como un sistema de normas, sino como un «manual de instruccio-

Por otro lado, también la concepción imperativista de la norma ha colaborado a identificar medida con sanción, hasta el punto de que algunos autores, como es el caso de Jescheck y Weigend, han mantenido expresamente que las medidas son sanciones. Así, la necesidad de adelantar el componente subjetivo al ámbito de la anti-juricidad, ha llevado a estos autores a entender que la norma jurídica tiene como destinatarios a los sujetos inimputables. Otros autores desde planteamientos más moderados han celebrado el reconocimiento del carácter aflictivo de estas medidas, en el convencimiento de que esta condición supondría un respaldo desde los principios y las garantías del Derecho Penal(124), que finalmente nunca se ha concretado. En este sentido, Muñoz Conde y García Arán han sostenido que el reconocimiento del carácter aflictivo de las medidas de seguridad ha jugado un papel fundamental en la adecuación de estos institutos penales al sistema garantista. Estos autores entienden que las medidas de seguridad no pueden ser presentadas asépticamente y sin más como medidas benefactoras dirigidas a curar al peligroso, porque ese es un discurso legitimador de intervenciones desmesuradas y carentes de límites con el que se llega al fraude de etiquetas, esto es, a tolerar mayores limitaciones de derechos y ausencia de garantías en su aplicación.

Sin embargo, estas posturas bienintencionadas chocan en la actualidad con la evidencia del abandono institucional que ha supuesto la asociación de las medidas con sanciones y la asunción de competencias por parte de Instituciones Penitenciarias.

El planteamiento de Soler resulta ser diametralmente opuesto. Así, en la concepción de este autor, el destinatario de la norma primaria es el ciudadano, de modo que el precepto penal describe una conducta que debe ser evitada por el individuo y, si este la realiza, se hace merecedor de una sanción(125). El Derecho quiere que las obligaciones se cumplan, por lo que la sanción sólo tiene sentido en cuanto se conecta con la prescripción de un deber, en cuyo incumplimiento encuentra su fundamento y su razón de ser. En consecuencia, no es sanción cualquier medida de fuerza, sino solamente la que se basa en el previo incumplimiento de un deber. De esta forma, para

nes para funcionarios». SOLER, S., «Las medidas de seguridad no son sanciones», *op. cit.*, pp. 218 ss.

(124) MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte general*, *op. cit.*, p. 556.

(125) El legislador penal suele describir en activo conductas que no deben ser realizadas por el sujeto, con excepción de aquellos casos en los que se establece una obligación de actuar, donde la sanción queda asociada a una omisión de la conducta debida.

hablar de sanción será preciso que exista un precepto que haya sido transgredido y también será necesario que la norma cambie de destinatario(126). De una norma primaria dirigida al ciudadano, se pasará a una norma secundaria dirigida a los órganos del Estado, que consistirá en la aplicación de la consecuencia previamente determinada en la segunda parte de la norma. Este cambio de destinatario no se llevará a cabo en las normas penales que determinan la aplicación de las medidas de seguridad. En estos casos, la norma tendrá un único destinatario, los órganos del estado que deberán aplicarla porque se ha realizado la conducta descrita en la norma(127). Este razonamiento lleva a sostener que existen medidas que pueden ser aplicadas por el Estado y que no son sanciones, ni deben tener un contenido aflictivo, lo cual no supone una ruptura de la Teoría General del Derecho ni supone la necesidad de construir doctrinas especiales para este tipo de disposiciones(128).

Resulta cierto que la argumentación de Soler está influida por una postura valorativista, que supone una nítida delimitación entre el plano objetivo y subjetivo, pero entendemos que desde la visión ecléctica que se ha impuesto en la doctrina es posible llegar a conclusiones similares. La visión objetivo-subjetiva de la antijuricidad que nos lleva a considerar importantes elementos subjetivos a la hora de analizar el injusto, no puede suponer una radical reducción del ámbito de la culpabilidad que niegue su papel como elemento determinante de la concreción subjetiva de la responsabilidad individual.

El empeño en ser consecuentes hasta el extremo, en cuanto a los planteamientos dogmáticos, encierra el peligro de llegar a conclusiones absurdas y disfuncionales desde un punto de vista consecuen-

(126) SOLER, S., «Las medidas de seguridad no son sanciones», *op. cit.*, pp. 223.

(127) RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Derecho Penal*, Madrid, 1978, pp. 75 ss. A esta misma conclusión llega Mir Puig, quien reconoce expresamente que, en el ámbito de las normas que imponen medidas de seguridad, se llega a un «callejón sin salida», ya que estas no representan prohibición ni mandato alguno que opere como imperativo de modo previo a la decisión del sujeto, pero, por otro lado, ello tampoco supone que estas normas puedan ser vistas sólo como normas de valoración, ya que no suponen un juicio de desvalor sobre el sujeto peligroso. De esta forma, el autor llega a la conclusión de que se tratan de normas imperativas pero dirigidas sólo a los órganos del Estado que deberán imponer las medidas de seguridad cuando concurra peligrosidad criminal. MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho penal*, *op. cit.*, pp. 47 y 48.

(128) SOLER, S., «Las medidas de seguridad no son sanciones», *op. cit.*, pp. 222.

cial(129). Como ha señalado Roxin, en numerosas ocasiones, no podemos ser esclavos de un sistema cerrado y hermético que no introduzca consideraciones de política criminal(130).

Dentro de las propias posturas imperativistas y desde las nuevas corrientes funcionalistas se ha advertido este fallo del sistema, y esta objeción ha sido utilizada para fundamentar la necesidad de excluir la distinción entre el injusto y la culpabilidad. No obstante, estas alegaciones han recibido una contundente respuesta por parte de Roxin quien ha señalado que «la prohibición o mandato jurídico-penal se dirige a todos los ciudadanos como llamada a comportarse conforme a Derecho y por esa razón debe separarse de la culpabilidad, porque todo hecho típico presupone que se ha informado a los ciudadanos sobre las prohibiciones y les han sido dadas unas pautas de comportamiento», así, en opinión de este autor, la objeción de que nadie debería estar obligado más allá de su capacidad no es concluyente ya que «el Ordenamiento jurídico puede y debe imponer deberes sin contemplar a la persona, mientras se preocupe de que nadie sea castigado solo por no poder cumplir adecuadamente su deber». De esta forma, continúa aclarando Roxin, el enfermo mental homicida también infringe la prohibición de matar, pero simplemente, no puede ser reprochado por ello(131).

No podemos compartir la conclusión a la que llega este autor, pero tampoco creemos que esta disfuncionalidad del sistema deba ser utilizada como excusa para eliminar categorías jurídicas que han contribuido de forma decisiva a edificar un sistema defensor de las garantías individuales, tal como sucede en las teorías funcionalistas que señalan

(129) La doctrina ha llamado la atención sobre este tipo de disfuncionalidades en numerosas ocasiones. Así, Molina Fernández señala el problema que acarrearán en el actual sistema del delito los supuestos de error de tipo derivados de anomalías o alteraciones psíquicas. Se trata de supuestos en los que la demencia del sujeto puede determinar la ausencia de acción o la falta de tipicidad, de modo que al no concurrir antijuricidad no resultarían aplicables medidas de seguridad. El autor enfatiza sobre la importancia de una contradicción en el sistema científico y aboga por entender que, en estos supuestos, sí existe una actuación lesiva por lo que debería aplicarse la medida de seguridad. MOLINA FERNÁNDEZ, F., «Error de tipo derivado de anomalías o alteraciones psíquicas. Un difícil desafío para la teoría del delito», en García Valdés, C. y otros (coord.), *Estudios Penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, T II, Madrid, 2008, pp. 1329-1363.

(130) ROXIN, C., *Política criminal y sistema de Derecho penal*, (Traducción de Francisco Muñoz Conde), Barcelona, 1972, pp. 30 ss. Al respecto, ampliamente, BORJA JIMÉNEZ, E., «Sobre el concepto de política criminal. Una aproximación a su significado desde la obra de Claus Roxin», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LVI, 2003, pp. 113-120.

(131) ROXIN, C., «El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania», en *Indret*, Barcelona, 4/2012, p. 18.

a la estabilización del contenido de la norma como fin del Derecho penal(132),(133). El hecho de abogar por un sistema orientado a las consecuencias no supone necesariamente que se haya emprendido la lucha por conseguir un sistema más eficaz desde el punto de vista de la lucha contra el delito. Por otro lado, en este trabajo se aboga por la búsqueda de soluciones desde un punto de vista práctico y operativo para enfrentarnos a una consecuencia disfuncional que la estructura del delito ha colaborado en generar. En este sentido y aplicando el criterio del propio Roxin quien apuesta por la orientación político criminal de la dogmática, creemos que es necesario corregir las consecuencias nocivas que derivan de la identificación de las medidas con sanciones penales.

Esta necesidad de reconocer expresamente que el inimputable no puede ser destinatario válido de una norma jurídica también ha sido observada en los últimos años por autores que, desde posicionamientos más moderados y respetuosos con los derechos y garantías individuales, han ensayado diversas propuestas de solución. Es el caso de Alpaca Pérez quien ha detectado la importancia de conjugar las dos posiciones encontradas, esto es, la necesidad de mantener la separación entre las categorías del injusto y la culpabilidad, que suele ir unida a la consideración de la norma como un mandato abstracto y general y, por otro, la conveniencia de aceptar que la norma sólo puede estar dirigida a quien pueda ser motivado por ella, es decir, que la norma es un imperativo de carácter individual, concepción que suele desembocar en la negación de las categorías mencionadas. En este sentido, Alpaca Pérez entiende que es posible «trazar un camino justo

(132) En el contexto funcionalista la distinción entre norma de conducta y norma de sanción permite sostener que no existe el injusto penal no culpable alegando que «no puede ser competencia del legislador penal amenazar con pena conductas no culpables», de modo que «solo las conductas ya culpables ingresan en el campo de acción del Derecho penal». ROBLES PLANA, R., «Normas de conducta», en *Indret*, Barcelona, enero de 2019, p. 9. Al respecto, también ver, MAÑALICH, J. P., «Norma e imputación como categorías del hecho punible», en *REJ. Revista de Estudios de la Justicia*, núm. 12, Año 2010, pp. 185 ss. SILVA SÁNCHEZ, J. M., «¿Adiós a un concepto unitario de injusto en la teoría del delito? A la vez, una breve contribución a la teoría de las medidas de seguridad», en *Indret*, Barcelona, julio de 2014.

(133) Desde el funcionalismo se ha hecho hincapié en la necesidad de identificar al derecho penal como un medio de prevención comunicativa, señalando que en toda decisión delictiva existe un cálculo de costes y beneficios, de modo que la norma penal sirve como apelación a la racionalidad valorativa, permitiendo transmitir el valor social de los bienes que pueden verse afectados, así como el valor de la propia decisión social. SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Una primera lección de Derecho penal», en Luzón Peña, D. M., *Derecho Penal del Estado Social y Democrático de Derecho. Libro Homenaje a Santiago Mir Puig*, Madrid, 2010, p. 83. Al respecto, críticamente, LUZÓN PEÑA, D. M., «Alcance y función del Derecho penal», *op. cit.*, pp. 19 ss.

en medio de las dos posiciones antes señaladas» y dicho camino pasaría, en su opinión, por reconocer que la norma primaria despliega sus efectos a lo largo de todo el concepto de delito, desempeñando una relación funcional con cada una de las categorías integradas en tal concepto(134). De este modo, en el injusto sería la dimensión distributiva de la norma primaria la que actuaría, mientras que en la culpabilidad sería la dimensión prescriptiva la que encontraría la posición correcta. De acuerdo con esta teoría, la contrariedad con la norma se situaría en el ámbito de la culpabilidad, que constituye el momento definitivo de la responsabilidad jurídico-penal. Esa función distributiva de la norma a la que el autor recurre en el ámbito del injusto, le permite interpretar a esta categoría en términos de compatibilidad de las esferas de libertad de los sujetos implicados, gracias a la cual puede explicar supuestos tales como la legítima defensa frente a sujetos inimputables. Se trata de un notable esfuerzo por solucionar las disfuncionalidades a las que conducen los planteamientos teóricos puros(135).

No obstante, y a pesar de todos los esfuerzos argumentativos realizados, Alpaca Pérez no considera que los comportamientos de los inimputables deban quedar fuera del ámbito del Derecho penal. En su opinión, aunque estos sujetos no sean destinatarios idóneos de la norma, la finalidad de protección de bienes jurídicos que corresponde al Derecho penal debe condicionarse necesariamente al principio de igualdad, y la condición de destinatario idóneo de la norma no repercute en la posibilidad de producir materialmente consecuencias lesivas externas jurídico-penalmente relevantes. De esta forma, creemos que el autor desperdicia todo el esfuerzo teórico realizado, en lo que podría haber supuesto las bases de un reconocimiento expreso de la injusticia material en la que se ven sumidas estas personas a día de hoy en el sistema de justicia español(136). En este sentido, estamos convencidos de que el principio de igualdad no nos puede conducir a observar estas situaciones desde el punto de vista de la lesividad del resultado. También en los supuestos de ausencia de acción, o en los casos de legítima defensa, se puede hablar de resultados lesivos y en estos casos el principio de igualdad no nos lleva a imponer consecuencias jurídico-penales.

Las personas que desarrollan comportamientos en estados de inimputabilidad no pueden ser responsabilizadas de las consecuencias

(134) ALPACA PÉREZ, A., «Consideraciones sobre normas, derechos y deberes en el injusto penal», en *Indret*, Barcelona, 1-2022, pp. 283 ss.

(135) ALPACA PÉREZ, A., «Consideraciones sobre normas...», *op. cit.*, pp. 298 ss.

(136) ALPACA PÉREZ, A., «Consideraciones sobre normas...», *op. cit.*, p. 288.

de sus actos y no pueden estar dentro del sistema de justicia penal. Una comunidad respetuosa con los Derechos fundamentales debe reconocer que estos sujetos requieren ayuda por nuestra parte y no castigos, que sólo pueden generar un sufrimiento que no son capaces de comprender.

La dogmática penal no puede hacer «oídos sordos» a las consideraciones de política criminal. Y esas consideraciones de política criminal, a día de hoy, nos conducen a reconocer la incapacidad de motivación normativa de los sujetos inimputables, a aceptar la necesidad de que las medidas de seguridad tengan un contenido sustancialmente asistencial y a prestar la ayuda que estas personas requieren como miembros vulnerables de la comunidad.

V. CONSIDERACIONES FINALES

Las medidas de seguridad, junto a la pena, constituyen el elenco de consecuencias jurídicas previstas por el Estado para reaccionar frente a la comisión de hechos típicos y antijurídicos. En su origen estuvieron previstas para dar solución a supuestos en los que el sujeto, independientemente de su capacidad de culpabilidad, resultaba ser peligroso y han ido adquiriendo una diferente configuración a lo largo del tiempo y de las reformas penales. Pero estas medidas, en su esencia, encierran una importante contradicción: el hecho de incluir en el sistema penal a personas que carecen de entendimiento en referencia a sus acciones y sus consecuencias. En la actualidad, esta incongruencia teórica se une al hecho de que el ingreso al sistema penitenciario puede estar dificultando el tratamiento y las posibilidades de recuperación de estos individuos.

En efecto, las evidencias empíricas parecen poner de manifiesto que en los Psiquiátricos penitenciarios españoles se pone el acento en el aspecto securitario y se descuida, en gran medida, el aspecto tratamental. Esta situación se añade al hecho de que la falta de plazas en estos centros conduce a que los enfermos, en muchos casos, sean ingresados en Centros Penitenciarios normales y pasen sus días en la enfermería de las cárceles sin ninguna asistencia especializada. En este sentido, parece oportuno proceder al análisis de las ventajas que podría suponer el tratamiento de los sujetos aquejados por trastornos mentales que han cometido delitos en el ámbito civil. En este ámbito, una de las cuestiones que revisten mayor interés es la incidencia en materia de atención sanitaria. La falta de integración de la sanidad penitenciaria en el Sistema Nacional de Salud español genera situa-

ciones de desventaja de los presos en relación con los enfermos en libertad. Así, el tratamiento en prisión de las personas que padecen enfermedades mentales se ha limitado fundamentalmente al tratamiento farmacológico, resultando ser un recurso inadecuado que lleva a plantear si hay un derecho susceptible de tutela. Además, la opción de recurrir al modelo de macrocentro, utilizado en España, va en contra de las tendencias europeas actuales y perjudica notablemente la evolución de los pacientes al causar el desarraigo con las familias. Por esta razón es indudable que se requiere de un centro específico en cada Comunidad Autónoma.

En definitiva, en este trabajo se aboga por la necesidad de que, desde la propia dogmática penal se contribuya a solucionar los problemas que esta misma disciplina, gracias a sus propios excesos, ha contribuido a generar. En la actualidad la solución a estos problemas pasa por valorar la viabilidad de un sistema alternativo, que podría suponer el traspaso de la materia para su tratamiento en el ámbito civil y, en consecuencia, el traspaso de competencias del Estado a las Comunidades Autónomas.

VI. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- AAVV, «Medidas de seguridad», en Álvarez García, F. J. (Dir.), *Estudio Crítico sobre el Anteproyecto de Reforma de Penal de 2012*, Valencia, 2012.
- ALPACA PÉREZ, A., «Consideraciones sobre normas, derechos y deberes en el injusto penal», en *Indret*, Barcelona, 1-2022, pp. 265-306.
- ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *Sobre la estructura de la norma penal, la polémica entre valorativismo e imperativismo*, Valencia, 2001.
- ANTÓN ONECA, J., «La generación española de la Política Criminal», en *Problemas Actuales de las Ciencias penales y la Filosofía del Derecho*. En Homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa, Buenos Aires, 1970.
- *Obras*, T. I, Buenos Aires, 2000.
- ARROYO COBO, J. M., «Los problemas de salud mental en las prisiones, vistos desde la atención primaria», en *Norte de Salud Mental*, vol. 6, núm. 25, 2006. pp. 35-43.
- AUSTIN, J., *Lectures on Jurisprudence. The Philosophy of Positive Law*, New York, 1875.
- *El objeto de la Jurisprudencia*, (traducción de Juan Ramón de Páramo Argüelles), Madrid, 2002.
- BAJO FERNÁNDEZ, M., «Algunas observaciones sobre la teoría de la motivación de la norma», en *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 1, 1976-1977, pp. 11-49.

- BARRIOS FLORES, L. F., «Origen, evolución y crisis de la institución psiquiátrica penitenciaria», en *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, 2007, vol. XXVII, núm. 100, pp. 473-500.
- «El internamiento psiquiátrico penal en España, situación actual y propuestas de futuro», en *Norte de salud mental*, 2021, vol. XVII, núm. 64, pp. 25-38.
- BENTHAM, J., *Fragmento sobre el Gobierno*, traducción de Julián Larios Ramos, Madrid, 1973.
- BINDING, K., *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*, (reedición de la 4.ª edición publicada en Leipzig em 1922), Utrecht, 1965.
- BOBBIO, N., *Il positivismo giuridico*, Turín, 1996.
- BOCKELMANN, P., *Grundrisse des Rechts*, 3.ª ed. Munich, 1979.
- BORJA JIMÉNEZ, E., «Sobre el concepto de política criminal. Una aproximación a su significado desde la obra de Claus Roxin», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LVI, 2003, pp. 113-120.
- BOTERO BERNAL, A., «El debate Kelsen-Hart. Sobre la sanción normativa. Una mirada más allá del -Último mohicano-», en *Revista Filosofía UIS*, vol. 16, No. 2, julio-diciembre de 2017, pp. 303-324.
- BUSTOS RAMÍREZ, J., «Los mitos de la Ciencia penal del siglo xx, la culpabilidad y la peligrosidad», en Díez Ripollés y otros (ed.), *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Madrid, 2002.
- CANO LÓPEZ, F., «La influencia del positivismo en la Criminología y penología españolas. Orígenes y primeros pasos de la prevención especial como fin de la punición», en Rivera Beiras, I. (coord.), *Mitologías y discursos sobre el castigo*, Barcelona, 2004, pp. 61-80.
- CANO PAÑOS, M., «El marco jurídico y criminológico de la custodia de seguridad (*Sicherungsverwahrung*) en el Derecho Penal alemán», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 91, Madrid, 2007, pp. 205-250.
- CARBONELL MATEU, J. C., *Derecho Penal, concepto y principios constitucionales*, Valencia, 1999.
- CASTEJÓN, F., «El Proyecto Pinies de Profilaxis social (maleantes) de 1922 y la Ley relativa a Vagos y Maleantes de 4 de agosto de 1933», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, T. 163, núm. 1, julio 1933.
- COBO DEL ROSAL, M., y VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho penal. Parte general*, 5.ª edición, Valencia, 1999.
- COSSIO, J. R., «El Derecho como técnica social y la política jurídica», en *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 3, octubre 1995, pp. 191-203.
- CRUZ ORTIZ DE LANDÁZURI, L. M., «La Ciencia del Derecho de Jeremy Bentham», en *Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, Núm. 37, 1997, pp. 153-182.
- CUELLO CONTRERAS, J., *Culpabilidad e imprudencia*, Madrid, 1990.
- DEL ROSAL, J., «Grispigni, F. Derecho Penal italiano», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1948, pp. 594-595.

- DE PÁRAMO ARGÜELLES, J. R., «Estudio preliminar, para Austin un jurista desolado», Introducción a la obra de Austin, *El objeto de la Jurisprudencia*, Madrid 2002.
- DIEZ PICAZO, M., *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Barcelona, 1973.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 06-03, 2004.
- DURÁN MIGLIARDI, M., «Teorías absolutas de la pena, origen y fundamentos. Conceptos y críticas fundamentales a la teoría de la retribución moral de Immanuel Kant a propósito del neo-retribucionismo y del neo-proporcionalismo en el Derecho penal actual», en *Revista de Filosofía*, vol. 67, 2011, pp. 123-144.
- FERRI, E., «Das Verbrechen in seiner Abhängigkeit von dem jährlichen Temperaturwechsel», en *ZStW*, 1882, núm. 2.
— *Principios de Derecho Criminal. Delincuente y Delito en la Ciencia, en la Legislación y en la Jurisprudencia*, 1.^a edición, (Traducción de José Arturo Rodríguez Muñoz), Madrid, 1933.
- FRISCH, W., «Das Marburger Programm und die Maßregeln der Besserung und Sicherung», en *ZStW*, núm. 94, 1982.
- GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A., *Derecho Penal. Introducción*, Madrid, 2000.
- GIMBERNAT ORDEIG, E., «El estado de necesidad, un problema de antijuricidad», en *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, 1990, pp. 218-230.
— ¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?, en *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, 1990, pp. 140-161.
— «El sistema del Derecho penal en la actualidad», en *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1990, pp. 162-181.
- GÓMEZ MARTÍN, V., *El Derecho Penal de Autor*, Valencia, 2007.
- GUASTINI, R., «Introducción a la teoría del derecho de Norberto Bobbio», en Llamas, A. (ed.), *La figura y el pensamiento de Norberto Bobbio*, Madrid, 1994.
- HOYER, A., «Ciencia del Derecho penal y nacionalsocialismo», en *Revista Penal*, núm. 23, enero 2009, pp. 41-51.
— «Asequibilidad normativa como elemento de la culpabilidad», en Demetrio Crespo, E. (Dir.), *Neurociencias y Derecho penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*, Madrid, reimpresión 2022, pp. 327-339.
- JANSING, J. D., *Nachträgliche Sicherungsverwahrung Entwicklungslinien in der Dogmatik der Sicherungsverwahrung*, Münster, 2004.
- JESCHECK, H. H., y WEIGEND, T., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 5.^a edición, (traducción de Miguel Olmedo Cardenete), Granada, 2002.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L., «El Derecho Penal español» en *El Criminalista*, 2.^a serie, T. II, Buenos Aires, 1958.
— *Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito*, Buenos Aires, 1990.
- JORGE BARREIRO, A., *Las medidas de seguridad en el Derecho español*, Madrid, 1976.

- KANT, I., *La metafísica de las costumbres* (Traducción y notas de Adela Cortina y Jesús Canal Sancho), Madrid, 1989.
- KAUFMANN, A., *Teoría de las normas. Fundamentos de la Dogmática penal moderna*, (traducida por Enrique Bacigalupo y Ernesto Garzón Valdés), Buenos Aires, 1977.
- KELSEN, H., «The Law as a Specific Social Technique», en *The University of Chicago Law Review*, 9 (1), 1941, pp. 75-97.
- *Teoría pura del derecho*, México, 1998.
- «El derecho como técnica social específica», en *¿Qué es justicia?* (Edición española a cargo de Albert Calsamiglia), Barcelona, 1998.
- KINZIG, J., «Die Praxis der Sicherungsverwahrung», en *ZStW*, núm. 109, 1997.
- KRÄPELIN, F., «Lombrosos Uomo delinquente», en *ZStW*, 1885, núm. 5.
- LACAL CUENCA, P., y SOLAR CALVO, P., «Enfermos Mentales y Justicia. Por un cambio de modelo», en *Diario LA LEY*, núm. 9474, de 10 de septiembre de 2019, pp. 1-10.
- LARA CHAGOYÁN, R., *El concepto de sanción. En la teoría contemporánea del Derecho*, México DF, 2004.
- LEGANÉS GÓMEZ, S., «Enfermedad mental y delito (Perspectiva jurídica y criminológica)», en *La Ley Penal*, núm. 76, noviembre 2010, pp. 1-32.
- LOMBROSO, C., «Über der Ursprung, das Wesen und die Bestrebungen der neuen antropologistisch-kriminalistischen Schule in Italien», en *ZStW*, núm. 1, 1881.
- LUZÓN PEÑA, D. M., «Alcance y función del Derecho penal», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1989.
- MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «Comentarios a la reforma de la parte general del Código Penal conforme al nuevo Anteproyecto de ley Orgánica (III). De las medidas de seguridad», en *Diario la Ley*, núm. 7999, 11 de enero de 2013.
- MAÑALICH, J. P., «Norma e imputación como categorías del hecho punible», en *REJ. Revista de Estudios de la Justicia*, núm. 12, Año 2010, pp. 169-190.
- MAYER, M. E., *Rechtsnormen und Kulturnormen*, Darmstadt, 1965 (reproducción de la edición de Breslau de 1903).
- *Derecho Penal. Parte General*, (traducción de Sergio Politoff Lipschitz) Buenos Aires, 2007.
- MEZGER, E., *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, Traducción Rodríguez Muñoz, 1955.
- MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2.ª edición, Buenos Aires, 2002.
- «Norma de determinación, valoración de la norma y tipo penal», en García Valdés, C. y otros (coord.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, T. II, Madrid, 2008, pp. 1307-1328.
- «Discurso de investidura. Contestación a la *Laudatio*», en Luzón Peña, D. M. (Dir.), *Derecho penal del Estado Social y Democrático de Derecho. Libro Homenaje a Santiago Mir Puig*, Madrid, 2010, pp. 49-55.

- MOLINA FERNÁNDEZ, F., «Error de tipo derivado de anomalías o alteraciones psíquicas. Un difícil desafío para la teoría del delito», en García Valdés, C. y otros (coord.), *Estudios Penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, T II, Madrid, 2008, pp. 1329-1363.
- MONTORO BALLESTEROS, A., «Notas sobre el realismo jurídico escandinavo, derecho, efectividad e imperativismo jurídicos en Karl Olivecrona», en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 12, 1, 1972, pp. 65-106.
- «Sobre la revisión crítica del derecho subjetivo desde los supuestos del positivismo lógico (notas sobre el pensamiento jurídico de Karl Olivecrona y Alf Ross)», en *Anales de Derecho*, núm. 4, 1983, pp. 19-98.
- MORALES PRATS, F., «Función y contenido esencial de la norma penal, bases para una teoría dualista o bidimensional», en *El nuevo Derecho Penal. Estudios Penales en Memoria del Profesor Valle Muñiz*, Navarra, 2001.
- MUÑOZ CONDE, F., «Funktion der Strafnorm und Strafrechtsreform», en *Strafrecht und Strafrechtsreform*, Colonia, 1974, pp. 209-334.
- MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte general*, Valencia, 11.ª ed., 2022.
- NISTAL BURÓN, J., «La nueva medida de “custodia de seguridad”. Una respuesta complementaria frente a los delincuentes más peligrosos (A propósito de la nueva medida de seguridad privativa de libertad que prevé el proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal de 1995)», en *Diario La Ley*, núm. 8035, 4 de marzo de 2013.
- NOWAKOWSKI, F., «Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit», *ZStW*, vol. 63, 1951.
- OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, E., *Sobre el concepto del Derecho penal*, Madrid, 1981.
- OLIVECRONA, K., *El Derecho como hecho*, Barcelona, 1980.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., «La figura y el pensamiento de Norberto Bobbio», en Llamas, A. (ed.), *La figura y el pensamiento de Norberto Bobbio*, Madrid, 1994.
- PESET, J. L., y PESET, M., *Lombroso y la escuela positivista italiana*, Madrid, 1975.
- PRIETO SANCHIS, L., «La sombra del poder sobre el Derecho. Algunas observaciones a propósito de la Teoría del Derecho de Norberto Bobbio», en Llamas, A. (ed.), *La figura y el pensamiento de Norberto Bobbio*, Madrid, 1994.
- QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General del Derecho Penal*, 3.ª edición, Navarra, 2009.
- ROBLES PLANA, R., «Normas de conducta», en *Indret*, Barcelona, enero de 2019.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Derecho Penal*, Madrid, 1978.
- ROXIN, C., *Política criminal y sistema de Derecho penal*, (Traducción de Francisco Muñoz Conde), Barcelona, 1972.
- «El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania», en *Indret*, Barcelona, 4/2012.
- «La asequibilidad normativa como criterio de culpabilidad», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 70, Fasc/Mes 1, 2017, pp. 9-26.

- ROXIN, C., y GRECO, L., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, vol. 1, 5.^a ed., Munich, 2020.
- RUIZ MIGUEL, A., «Bobbio, las paradojas de un pensamiento en tensión», en Llamas, A. (ed.), *La figura y el pensamiento de Norberto Bobbio*, Madrid, 1994.
- SCHÜLER-SPRINGORUM, H., «SV ohne Hang?», en *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, año 79.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992.
- «Una primera lección de Derecho penal», en Luzón Peña, D. M., *Derecho Penal del Estado Social y Democrático de Derecho. Libro Homenaje a Santiago Mir Puig*, Madrid, 2010, pp. 61-83.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M., «¿Adiós a un concepto unitario de injusto en la teoría del delito? A la vez, una breve contribución a la teoría de las medidas de seguridad», en *Indret*, Barcelona, julio de 2014.
- SOLANES CORELLA, A., «El camino de la ética a la política, la sanción en Jeremy Bentham y John Stuart Mill», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 23, 2006, pp. 131-156.
- SOLER, S., «Las medidas de seguridad no son sanciones», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. 17, fasc./mes 2, 1964, pp. 215-228.
- STOSS, C., «Strafe und sichernde Massnahme», en *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, año 8, Bern, 1905.
- TERRADILLOS, J., *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, Madrid, 1981.
- TURÉGANO MANSILLA, I., *Derecho y moral en John Austin*, Madrid, 2001.
- ÚRRUELA MORA, A., *Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad. Especial consideración de las consecuencias jurídico-penales aplicables a sujetos afectados de anomalía o alteración psíquica*, Granada, 2009.
- VIVES ANTÓN, T. S., *Fundamentos del Sistema Penal*, 2.^a ed., *Acción significativa y Derechos Constitucionales*, Valencia, 2011.
- VOGEL, J., «Einflüsse des Nationalsozialismus auf das Strafrecht», en *ZStW*, 2003, núm. 115.
- VON LISZT, F., *La idea del fin en Derecho penal*, Programa de la Universidad de Marburgo de 1882, (Introducción y nota biográfica de José Miguel Zugaldía Espinar, Traducción de Carlos Pérez del Valle), Granada, 1995.
- *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, 2007.
- WEBER, M., y REINDL, R., «Sicherungsverwahrung. Argumente zur Abschaffung eines umstrittenen Rechtsinstituts», en *Neue Kriminalpolitik*, núm. 1, 2001.

El blanqueo de la corrupción y las inmunidades internacionales. El peso del derecho consuetudinario

AMPARO MARTÍNEZ GUERRA

Profesora Titular de Derecho Penal. Universidad Complutense de Madrid*

RESUMEN

La externalización de la corrupción a través del blanqueo de capitales se caracteriza por la comisión de actos de corrupción y de blanqueo de capitales en, al menos, dos Estados soberanos distintos. La persecución del blanqueo como delito subsecuente por los tribunales del Estado territorial donde se comete trata de combatir la externalización de esa corrupción. Esta práctica puede chocar con los límites negativos de las inmunidades estatales. Sin embargo, la naturaleza transnacional de los delitos de corrupción y blanqueo plantea serias dudas acerca de la validez de la teoría general de las inmunidades desarrollada por costumbre internacional para los delitos de ius cogens.

Palabras clave: *corrupción, blanqueo de capitales, inmunidades ratione personae, ratione materiae, híbridas, Convenciones Internacionales, Protocolo núm. 7 sobre Privilegios e inmunidades UE, costumbre internacional, ius cogens.*

* ORCID: 0000-0001-7575-1528. Este trabajo se ha realizado como miembro del proyecto de investigación *Estrategias transversales para la prevención de la delincuencia económica y la corrupción*, PID2021-123028OB-I00 (UCM). Dicho proyecto forma parte de la Acción Integrada de los Proyectos PID2019-107743RB-100 (USAL), PID2020-117562RB-100 (UAB), PID2020-118854GB-100 (UPNA), PID2020-119878GB-100 (UA), AEI/10.13039/501100011033 (USC), PID2021-123028OB-I00 (UCM), D2020-114303RB-100 (ULPG) y PID 2019-110864GB-I00 (UGR). Un análisis de los aspectos relativos a la inmunidad de la entidad *Halkbank* y del procedimiento penal abierto en los Estados Unidos de América se presentó en el seminario *Corrupción Pública y Sistema Penal: estrategias de prevención y persecución*, celebrado los días 13 y 14 de abril de 2023 en la Universidad de Santiago de Compostela.

ABSTRACT

The externalization of corruption through money laundering is characterized by the commission of acts of corruption and money laundering in at least two different sovereign States. The subsequent money laundering is prosecuted by the courts of the territorial State where the crime is committed to combat the externalization of this corruption. This practice may conflict with the negative limits of state immunities. However, the transnational nature of corruption and money laundering crimes raises serious doubts about the validity of the general theory of immunities developed by international customary law related to jus cogens crimes.

Key words: money laundering, corruption, immunities ratione materiae, personae, hybrid, International Conventions, Protocol no 7 on the Privileges and Immunities of the EU, customary law, ius cogens.

SUMARIO: I. Introducción.–II. Planteamiento.–III. Corrupción e inmunidades. Problemas interpretativos y marcos jurídicos. 3.1 El peso del derecho consuetudinario. 3.1.1 El papel del *ius cogens*. 3.1.2 La actividad económica estatal y el *ius gestionis*. 3.2 La fragmentación normativa en materia de inmunidad y corrupción.–IV. Persona física e inmunidad.–V. Instrumentos económicos estatales e inmunidad.–VI. Figuras híbridas e inmunidad.–VII. Conclusiones.–VIII. Referencias bibliográficas.

I. INTRODUCCIÓN

El 21 de julio de 2021 la Corte de Casación de París confirmó la condena de Teodoro Obiang Nguema Mangué por un delito de blanqueo de capitales cometido en territorio francés entre los años 1997 y 2001(1). El fallo parecía poner el punto y final a un proceso iniciado a raíz de la denuncia interpuesta por ONGs internacionales, que trataba recuperar bienes y los productos procedentes de delitos de corrupción cometidos en Guinea Ecuatorial y blanqueados en Francia(2). El 19 de abril de 2023, el Tribunal Supremo de los Esta-

(1) *Cour de cassation*, Chambre criminelle, 28 juillet 2021, 20-81.553.

(2) El 30 de septiembre de 2022 Guinea Ecuatorial presentó una demanda contra Francia ante la CJI por la vulneración del artículo 51 Convención de Naciones Unidas *contra la Corrupción* (Convención de Mérida 2003). Este precepto, ubicado en el capítulo V de la Convención (Recuperación de activos), reconoce la restitución

dos Unidos se pronunció acerca del ámbito de aplicación de su ley de inmunidad estatal de 1976 con respecto a un procedimiento de naturaleza penal contra *Halkbank*, banco turco de titularidad pública, a quien el Ministerio Fiscal acusa de blanquear en territorio estadounidense los bienes procedentes de la comercialización del gas y del petróleo iraní. El 20 de diciembre de 2023, la Corte de Distrito de Riga en Jurmala condenó al ya ex Gobernador del Banco Central de Letonia por dos delitos de corrupción y otro de blanqueo de capitales cometidos en calidad de Gobernador de un Banco Central del Euro-sistema y, a la vez, miembro del Consejo de Gobierno del Banco Central Europeo (BCE).

Los tres fallos abordan un intenso debate acerca del ámbito de aplicación de las inmunidades soberanas con respecto a los delitos de corrupción y blanqueo de capitales. Dos de ellos han requerido el pronunciamiento de la Corte de Justicia Internacional (CIJ) y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), algo que ha permitido poner de relieve no sólo la trascendencia de los asuntos, sino la complejidad de la delimitación del concepto de «inmunidad funcional» y del sistema de fuentes por el que se rige esa institución. El tercero de los procedimientos, el relativo a *Halkbank* y aún pendiente de resolución sobre el fondo del asunto, ha puesto sobre la mesa los obstáculos añadidos a la persecución de la criminalidad transnacional cuando los sujetos a los que se pretenden imputar las conductas son, al menos formalmente, instrumentos o agencias de los Estados soberanos.

II. PLANTEAMIENTO

Los delitos de corrupción y blanqueo de capitales tienden a aparecer indisolublemente unidos cuando las ganancias de la corrupción son especialmente elevadas. Ello ocurre, aunque no de manera exclusiva, cuando la corrupción tiene por objeto la extracción de recursos naturales y la prestación de servicios en régimen de monopolio u oligopolio⁽³⁾. El binomio «corrupción-blanqueo» se caracteriza además

de los activos como «un principio fundamental de la Convención» a cuya consecución se obligan todos los Estados Parte.

(3) Para algunos autores, la corrupción no es exclusiva de mercados monopolísticos y se produce también en aquéllos en los que existe competencia. Así, por ejemplo, ALEEV y SONG afirman que los efectos de la corrupción sobre la competencia dependerán de si nos encontramos ante una corrupción «coercitiva» (extorsión, solicitada por el empleado, agente o funcionario público) o una corrupción «colusiva» (reducción de costes, ofrecida por agentes individuales o empresas que quieren resultar

porque la comisión de ambos delitos tiende a producirse en espacios o territorios soberanos diferentes. El ilícito de corrupción (precedente) suele cometerse en países con niveles bajos o medios de desarrollo económico, social e incluso de participación política(4). A su vez, esos Estados suelen ser ricos en recursos naturales y tener estructuras y controles institucionales débiles(5). Por el contrario, el delito de blanqueo (subsecuente) se materializa en países energéticamente dependientes, que gozan de niveles de desarrollo alto e instituciones políticas y estructuras económicas robustas que ofrecen seguridad jurídica a las operaciones realizadas en su territorio(6).

El elemento transnacional presente en el binomio «corrupción-blanqueo» y la mayor o menos sensibilidad de los Estados a estos fenómenos obligan a considerar circunstancias específicas que condicionan su persecución y sanción. Cuando se trata del blanqueo, el interés que emerge en su represión es el del Estado que sufre los efectos, que suele ser el territorial en el que se materializa el blanqueo o cuyas instituciones se utilizan para blanquear el producto de la corrupción. La aplicación de su norma penal a esas conductas puede encon-

ser adjudicatarios de la comercialización de un bien o de la prestación de un servicio). Vid. ALEEV, M. / SONG, Y., «Corruption and product market competition and empirical investigation», *Journal of Development Economics*, vol. 103 (1), 2013, p. 15.

(4) Vid. SHLEIFER, A. / VISHNY, R. W., «Corruption», *The Quarterly Journal of Economics*, vol 108, issue 3, 1993, pp. 610-611, acerca de cómo incluso la competencia entre los partidos políticos puede reducir los niveles de corrupción.

(5) La conjunción de esos elementos se refleja en la famosa fórmula acuñada por KLITGAARD sobre la corrupción, fenómeno al que define como *monopolio+discrecionalidad-rendición de cuentas* vi. KLITGAARD, R., *Controlling corruption*, University of California Press, 1988. El mismo autor en «International Cooperation against corruption», *Finance and Development*, International Monetary Fund, March, 1998, p. 4.

(6) El análisis de la información facilitada por algunos indicadores y estudios internacionales nos permite observar las circunstancias económicas, institucionales y políticas que influyen en la comisión de los actos de corrupción y de blanqueo. Con respecto al primer fenómeno, en el *Índice de Percepción de la Corrupción en el sector público (Corruption Perceptions Index, CPI)* publicado anualmente por *Transparencia Internacional* ofrece una «foto» muy significativa de la distribución geográfica de los Estados «percibidos» como más y menos corruptos. Vid. Transparency International, *Corruption Perceptions Index, 2023*, disponible en <https://www.transparency.org/en/cpi/2022/media-kit>, así como el análisis y la evolución en los últimos cinco y diez años de cada uno de los 18 países que se analizan. El análisis realizado por el Banco Mundial en su *Worldwide Governance Indicators* con datos por países de 2018 a 2022 permite completar ese mapa atiendo a indicadores como el control de la corrupción, la estabilidad política, la ausencia de violencia o de terrorismo, el respeto al Estado de Derecho y la efectividad del gobierno, entre otros, cfr. World Bank, *Worldwide Governance Indicators*, disponible en https://databank.worldbank.org/reports.aspx?Report_Name=WGI-Table&Id=ceea4d8b

trar dos obstáculos. El primero, la atipicidad de la conducta precedente (corrupción) en el territorio donde se cometió o el hecho de que, aun siendo típica no sea perseguida. Esta situación puede producirse porque, aunque la tipicidad de la conducta esté prevista en convenios internacionales, el Estado soberano incumple sus obligaciones de transposición con respecto al delito y al instrumento de persecución⁽⁷⁾. El segundo de los obstáculos es la existencia de inmunidades estatales y su proyección sobre personas físicas y/o jurídicas que representan al Estado o que realizan actos y comportamientos que pueden ser calificados como manifestaciones del *ius imperii*.

La teoría general de las inmunidades estatales y sus excepciones se ha construido en torno al derecho consuetudinario procedente de la práctica de los Estados soberanos durante siglos. Dicha teoría ha tenido un desarrollo y proyección especialmente relevante con respecto a los «delitos internacionales puros» (genocidio, lesa humanidad y crímenes). A ello contribuyeron el periodo codificador iniciado por Naciones Unidas tras la Segunda Guerra Mundial, el reconocimiento de la existencia de normas de *ius cogens*, la práctica de los Estados en la persecución de esos delitos y la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales. Estas circunstancias nos obligan a preguntarnos si esa teoría general de inmunidades y sus excepciones resultan o no aplicables a «delitos transnacionales» como el blanqueo de capitales y la corrupción.

Tratar de responder a la cuestión anterior y, por lo tanto, trazar los límites de la inmunidad soberana frente a la presunta comisión de delitos de blanqueo de capitales, es uno de los aspectos más relevantes que se plantea la jurisprudencia que se analizará en este estudio. La decisión de la Corte de Justicia Internacional (CJI) compuesta por sus fallos de 6 de junio de 2018 y 11 de diciembre de 2020 (asunto *Guinea Ecuat-*

(7) *Vid.* al respecto, MARTÍNEZ GUERRA, A., «Blanqueo de capitales y persecución extraterritorial. Opciones internacionales, supranacionales y comunitarias», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 39, 2023, p. 16. En opinión de algunos autores la exigencia de la doble incriminación de la conducta que prevén instrumentos como la Convención de Mérida contra la corrupción (2003) supone además la creación de *mecanismos de escape para legisladores pocos entusiastas*. *Vid.* Webb, P., «The United Nations Convention against Corruption: Global Achievement or Missed Opportunity», *Journal of International Economic Law*, vol. 8, no. 1, 2005, p. 206. En los mismos términos Brunelle-Quraishi, O., «Assessing the relevancy and efficacy of the United Nations Convention against corruption: a comparative analysis», *Notre Dame Journal of International and Comparative Law*, 2, 1, 2011, pp. 113. El cumplimiento del requisito de la doble incriminación no sólo se esquiva con la ausencia de transposición, sino también no reconociendo la convención internacional como base legal para su satisfacción a efectos de extradición.

torial c. Francia)(8) lo hará con respecto a la proyección de la inmunidad sobre las personas físicas. La sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de 19 de abril de 2023 en *Halkbank v. USA*(9) analizará la problemática de la inmunidad de los instrumentos económicos estatales. La sentencia se pronuncia «tangencialmente» sobre aspectos relativos a la normativa aplicable a las inmunidades estatales y devuelve el asunto al tribunal competente. Aunque a fecha de hoy el fallo sobre el fondo de este asunto se encuentra pendiente, su tramitación ha puesto de manifiesto la discusión latente acerca de si organismos o estructuras empresariales de titularidad pública disfrutan de inmunidad de jurisdicción estatal frente a presuntos delitos de blanqueo de capitales cometidos en el territorio de otro Estado soberano. Finalmente, la sentencia de la Gran Sala del TJUE el 30 de noviembre de 2021 (asunto C-3/20 LR *Çenerālprokuratūras*)(10) trazará los límites de las inmunidades híbridas de las Organizaciones Internacionales o supranacionales. A nuestro juicio, estas figuras resultan especialmente interesantes porque precisamente su naturaleza híbrida permite dibujar con mayor claridad los límites de la «inmunidad material o funcional», concepto clave en el tema que nos ocupa.

III. CORRUPCIÓN E INMUNIDADES. PROBLEMAS INTERPRETATIVOS Y MARCOS JURÍDICOS

El reconocimiento de la inmunidad puede afectar a la persecución de los delitos de corrupción por varias razones. En primer lugar, porque la propia comisión de la corrupción presente *per se* elementos transnacionales e internacionales al cometerse extraterritorialmente por un sujeto que disfruta de inmunidad. Ante estas situaciones, los marcos internacionales y supranacionales prevén la posibilidad de que, en aplicación del «principio de protección», el comportamiento sea perseguido por el Estado cuya nacionalidad ostenta el sujeto activo(11). Este tipo de situaciones no serán objeto de estudio. En

(8) *Immunities and Criminal Proceedings (Equatorial Guinea v. France)*, *Preliminary Objections, Judgment*, I. C. J. Reports 2018, p. 292 e *Immunities and Criminal Proceedings (Equatorial Guinea v. France)*, *Judgment*, I. C. J. Reports 2020, p. 300.

(9) *Turkiye Halk Bankasi A. S., Aka Halkbank v. United States*, 598 U. S 264 (2023).

(10) ECLI: EU: C: 2021: 969.

(11) La aplicación de ese principio se prevé en los tratados y convenios internacionales más relevantes en materia de corrupción: de forma potestativa en las Conven-

segundo lugar, la inmunidad puede afectar porque la corrupción sea el delito precedente de uno de blanqueo subsecuente y este último se cometa extraterritorialmente, incluso sin la presencia física del autor. Así, por ejemplo, la compra de bienes muebles o inmuebles, valores, acciones, participaciones en empresas u otras organizaciones a través de personas jurídicas o de medios telemáticos. En estos casos, las opciones que tiene el Estado para perseguir el delito de blanqueo en aplicación del «principio de territorialidad» pueden verse afectadas por encontrarse intrínsecamente ligadas a las del ilícito de corrupción si el sujeto activo que blanquea disfruta de inmunidad. Esta problemática es la que nos interesa en este análisis.

Las dificultades que plantea la delimitación del ámbito de aplicación de la inmunidad frente a conductas de corrupción y blanqueo se deben a varias razones. Por un lado, por el peso y la influencia del derecho consuetudinario y de sus excepciones en su configuración y regulación. Este hecho, como se verá a continuación, deriva en cuestiones específicas según se trate de inmunidades de personas físicas o de instrumentos estatales. Por otro lado, por el hecho de que la regulación de los delitos de corrupción y blanqueo de capitales presente una notable fragmentación, que se traduce en la existencia de un complejo sistema de fuentes compuesto por normativa internacional, supranacional y comunitaria. Esa normativa o bien no contempla expresamente la inmunidad, o cuando lo hace remite a tratados y convenios internacionales en la materia. Este reenvío normativo nos devuelve a la costumbre internacional y, con ello, a la casilla de salida.

3.1 El derecho consuetudinario y las excepciones a la inmunidad soberana

Las inmunidades internacionales son una de las materias reguladas por el derecho consuetudinario cuya trasposición y regulación por derecho positivo no ha sido ni homogénea ni pacífica. El peso de la costumbre internacional en la institución, el debate acerca de sus orígenes y su función en la sociedad internacional actual⁽¹²⁾, son sólo

ciones ONU de Palermo 2000 (art. 2 b) y de Mérida 2003 (art. 42.2 b). De manera obligatoria, en el Convenio de la OCDE, *de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales*, 1997 (art. 4.2).

(12) Para autores como DAMROSCH, un ejemplo claro de hasta dónde llega la controversia es la discusión acerca de si la inmunidad precede incluso al nacimiento del término *soberano* tal y como lo conocemos. Cfr. DAMROSCH, L. F., «The sources of Immunity Law. Between International and Domestic Law», en RUYS, T. / ANGELLET, N. / FERRO, L., *The Cambridge Handbook of Immunities and International Law*,

algunas de las razones de ello. Encontrar el punto de equilibrio entre el respeto a la inmunidad soberana del Estado, el derecho al proceso equitativo y a la tutela judicial efectiva obliga a los legisladores nacionales a atender a los límites positivos y negativos que el Derecho internacional impone a los Estados tras el reconocimiento de las excepciones de inmunidad soberana(13). Trasladar este razonamiento a conductas de naturaleza penal va a obligar a distinguir entre las cometidas en el ejercicio del cargo y a título personal (*ratione personae vs. ratione materiae*) cuando se trata de conductas atribuibles a personas físicas, y manifestaciones del ejercicio del poder público y actos de gestión (*iure imperii / iure gestionis*) cuando puedan ser atribuidas a persona jurídica o instrumento estatal.

La construcción de la teoría general de las inmunidades en torno al derecho consuetudinario y su aplicación a conductas de naturaleza penal transnacional tiene dos consecuencias evidentes. La primera es el cuestionamiento de su validez cuando estamos ante delitos transnacionales. Esto se debe a que la teoría general de las inmunidades ha evolucionado gracias al reconocimiento de excepciones basadas en la existencia de *ius cogens*, pero con respecto a «delitos internacionales puros» (genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra y torturas). La aplicación de esa teoría a los delitos como la corrupción y blanqueo no sólo nos devuelve a la clásica distinción entre la inmunidad *ratione personae* (personal) y la *ratione materiae* (funcional), sino que nos obliga a plantearnos la naturaleza del propio ilícito de corrupción en sí. La segunda es la dificultad para aplicar esa teoría general de inmunidad elaborada para personas físicas a una multiplicidad de entes e instrumentos estatales que operan en mercados internacionales y que proveen de bienes o servicios dentro del mismo marco regulatorio y con sujeción a la misma normativa que los entes de derecho privado.

Cambridge University Press, Cambridge, 2019, pp. 40-41. La autora ofrece como ejemplo el hecho de que la norma americana (*Foreign Sovereign Immunity Act*, 1976) y la británica (*Sovereign Immunity Act*, 1978) sean una excepción, ya que mantienen en su título el adjetivo *soberano* (inmunidad) frente a la utilización del adjetivo *estatal* (inmunidad) que se generaliza con posterioridad.

(13) Así lo ha entendido también nuestro Tribunal Constitucional. *Vid.* STC 140/1995, de 28 de septiembre, FJ 9. La «reducción al mínimo imprescindible del efecto que dichas inmunidades tienen respecto al derecho al acceso efectivo a la justicia», motivó la detallada regulación de las inmunidades estatales que realizó el legislador español con ocasión de la transposición de la Convención de las Naciones Unidas, de 2 de diciembre de 2004, *sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes*, cuya entrada en vigor no ha tenido lugar aún. Véase el preámbulo de la LO 16/2015, de 27 de octubre, *sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España*.

3.1.1 EL PAPEL DEL *IUS COGENS*

Entender el peso del derecho consuetudinario en la construcción de la teoría general de las inmunidades obliga a recordar que el proceso codificador desarrollado por las Naciones Unidas a partir de 1945 tuvo como objetivo primordial la creación de obligaciones de prevención y sanción de «delitos internacionales puros» derivados de la existencia de normas de *ius cogens*. Para autores como Sánchez Legido, el reconocimiento del *ius cogens* no sólo supuso una «toma de conciencia de la necesidad de reprimir, evitar y sancionar las conductas», sino que rompió la relación antagónica entre «el principio de responsabilidad penal individual y los principios relativos a la inmunidad e inviolabilidad»(14), característicos de la «doctrina de la inmunidad absoluta» de los Estados. Además, el reconocimiento de las normas de *ius cogens* ha tenido como consecuencia el desarrollo de una jurisprudencia en materia de inmunidades con respecto a delitos cometidos exclusivamente por personas físicas(15). Esa jurisprudencia ha sido adoptada en el marco de conflictos surgidos en el ámbito de procedimientos nacionales (horizontales) fruto de la aplicación del principio de jurisdicción universal. Por ello, la doctrina coincide en señalar que la inmunidad *ratione personae* se fundamenta en «la facilitación pacífica de las relaciones internacionales y de cooperación de los Estados y de sus agentes en la escena internacional»(16). Consecuentemente, cuando son los tribunales de otros Estados soberanos los que pretenden enjuiciar (*par in parem non habet jurisdictionem*)(17), siguen

(14) SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción Universal penal y Derecho Penal internacional*, Tirant Monografías, Valencia, 2004, pp. 337 ss.

(15) Sin embargo, una parte de la Doctrina aboga por replantear la posibilidad de incluir a las personas jurídicas entre los posibles sujetos activos de los delitos internacionales, utilizando en algunos casos un modelo similar al de la *Alien Tort Claim Statute* 28 U. S. C. § 1350 (1948). Vid, entre otros, KYRIAKAKIS, J., «Corporations before the International Criminal Court», *Leiden Journal of International Law*, vol. 30, issue 1, 2017, p. 234; también Sundell, J., 'Ill-Gotten Gains: The Case for International Corporate Criminal Liability', *Minnesota Journal of International Law*, 20, 2011, pp. 655 ss.

(16) Vid, por todos, AKANDE, D. / SHAN, S., «Immunities of State Officials, International Crimes and Foreign Domestic Courts», *European Journal of International Law*, 21, 2011, pp. 818. En el mismo sentido, Webb, P., »How Far Does the Systemic Approach to Immunities Take Us?», *American Journal of International Law Unbound*, 112, 2018, p. 16, para quien lo más parecido a estas inmunidades sería diplomáticas, basadas en la práctica gubernamental desarrollada durante siglos y codificadas en la *Convención de Viena de Relaciones Diplomáticas* 1961.

(17) CJI *Arrest Warrant of 1 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, Judgment, I. C. J. Reports 2002, p. 3. ZAPPALA, S., «Do Head of the States in office enjoy immunity from jurisdiction for international crimes? The Ghaddafi

existiendo límites de naturaleza estrictamente procesal acotados en el tiempo y limitados a un grupo concreto de personas (Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Asuntos Exteriores). Todo ello, pese a la gravedad de la vulneración de las normas de *ius cogens*.

El peso del derecho consuetudinario y las dificultades inherentes al proceso de codificación han sido mayores cuando se ha tratado de acotar los límites de las inmunidades materiales o funcionales (*ratione materiae*). Éstas, como señala Webb, son auténticas «criaturas del derecho internacional consuetudinario, que se han desarrollado a través de la jurisprudencia de los Estados»(18) y, por tanto, reflejo de la práctica estatal. De nuevo, y en torno a delitos internacionales puros, se ha elaborado una jurisprudencia nacional e internacional que ha validado las limitaciones que las normas de *ius cogens* imponen a la teoría de la inmunidad absoluta del Estado(19). Como resultado, los «comportamientos que vulneran el *ius cogens* de quienes ostentan representación o funciones públicas no pueden ser calificados como manifestaciones de actividades realizadas en el ejercicio de funciones oficiales»(20). El camino hasta llegar aquí no ha sido precisamente sencillo.

La dificultad para delimitar las inmunidades materiales o funcionales llevó a la Comisión de Derecho Internacional (CDI) a incluir el

case before the the French Cour de Cassation», *European Journal of International Law*, vol. 13, issue 2, 2001, pp. 599 ss.

(18) WEBB, P., *op. cit.*, p. 16. A este hecho hay que sumar que no nos encontramos ante instituciones de naturaleza procesal sino sustantiva. *Vid.* AKANDE, D. / SHAN, S., *op. cit.*, p. 826.

(19) Sobre la evolución desde el asunto *Yerodia* (CIJ República Democrática del Congo c. Bélgica, 2000) al reconocimiento posterior del *ius cogens* y la costumbre internacional con respecto a la prohibición de los actos de tortura en CIJ Bélgica c. Senegal, 2012. *Arrest Warrant of 11 april 2000 ICJ Democratic Republic of Congo v. Belgium* 2002, par. 61 y *Questions related ti the obligation to prosecute or extradite, ICJ Belgium v. Senegal*, 20 July 2012, parág. 99. Crítico con respecto al alcance del primero de los fallos y sus implicaciones WIRTH, S., «Immunity for core crimes? The ICJ's judgment in the Congo v. Belgium case», *European Journal of International Law*, vol 13, issue 4, 2002, p. 890. A la consolidación de los límites de las inmunidades materiales también contribuyeron fallos adoptados en el ámbito de los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc*, como *Prosecutor v. Blaskic* (1997), *Prosecutor v. Anton Furundzija*, *Prosecutor v. Slobodan Milosevic* (2001). ICTY Appeals Chamber (Case no. IT-95-14) *Prosecutor v. Blaškić*, *Judgement on the request of the Republic of Croatia for review of the decision of the trial chamber II of 18 july 1997*, de 29 de octubre de 1997, para. 41; ICTY Case no IT-95-17/1-T, *Judgement*, 10 December 1998, párr. 140 y ICTY Case no IT-99-37-PT, *Decision on Preliminary Motions*, 8 November 2001, párr. 28, respectivamente.

(20) SÁNCHEZ LEGIDO, A., *op. cit.*, pp. 346-348, con respecto al parecer mantenido por Lores británicos en el asunto Pinochet.

estudio de esta materia en un programa de trabajo a largo plazo(21). La «Propuesta de Borrador del artículo 7» elaborada en 2016 por Escobar Hernández seleccionó varias categorías delictivas con respecto a las cuales no se admitiría la inmunidad *ratione materiae*. La primera de ellas, integrada en la letra a) del artículo 7, estaba comprendida por los delitos de genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra, tortura y desapariciones forzadas. Las versiones posteriores del borrador de artículo ampliaron los delitos y propusieron una definición contenida en los tratados y convenios internacionales y en el *Estatuto de Roma* de la CPI. La segunda categoría de delitos frente a los cuales no se admitía la existencia de inmunidad material eran los «crímenes de corrupción» (proyecto de artículo 7.1 b)(22). Las críticas con respecto a la inclusión de esta última categoría no se hicieron esperar. Para una parte de la doctrina era discutible la existencia de una *lex lata* nacional acerca de la inmunidad *ratione materiae* basada en su previsión en tratados o convenciones internacionales(23). Para otra, la metodología utilizada por el propio estudio tampoco permitía llegar a conclusiones irrefutables sobre el reconocimiento de una práctica jurisprudencial en la materia(24).

El intento de trasladar el razonamiento de los límites de las inmunidades materiales de los «delitos internacionales puros» a los delitos de corrupción nos obliga a plantearnos si podemos equiparar ambos tipos de ilícitos utilizando como parámetros la naturaleza de la norma vulnerada y la cualidad del autor (funcionario o agente público) en relación con el delito. Por lo que respecta al primero, la inexistencia de normas de *ius cogens* en relación a delitos transnacionales como la corrupción y blanqueo es clara. La proliferación de convenciones internacionales y supranacionales en la materia obedece a la necesidad de homogeneizar tipos penales como paso previo a la implemen-

(21) ÚBEDA-DAILLARD, M., «Foreign Officials entitle (absolute) personal immunity during their time in office», en RUYS, T. / ANGELET, N. / FERRO, L., *op. cit.*, p. 481.

(22) A/CN.4/701 Comisión de Derecho Internacional, 78 Periodo de sesiones, ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., *Quinto informe sobre la Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado*, de 14 de junio de 2016, parág. 248.

(23) MURPHY, S. D., «Immunity Ratione Materiae of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction: Where Is the State Practice in Support of Exceptions?», *American Journal of International Law Unbound*, 112, 2018, pp. 6-8. En el mismo sentido, pero con respecto a la necesaria separación de las categorías existentes en materia de inmunidades, WEBB, P., *op. cit.*, pp. 6-7.

(24) SHEN, Q., «Methodological Flaws in the ILC's Study on Exceptions to Immunity Ratione Materiae of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction», *American Journal of International Law Unbound*, 112, 2018, pp. 5-6 y ss, quien critica además la utilización de jurisprudencia en asuntos civiles y penales.

tación de instrumentos jurídicos de cooperación que permitan su represión extraterritorial. Lo anterior sólo es predicable cuando la modalidad concreta de la conducta penal tiene un «carácter transnacional», quedando fuera de su ámbito de aplicación aquellas modalidades que no desborden el marco estatal.

Por lo que se refiere a la cualidad del autor en relación con el delito, el razonamiento se ha construido atendiendo a las normas de *ius cogens* y a su naturaleza imperativa. Ello ha impedido «mantener una idea de inmunidad absoluta por mucho que las conductas se realicen en el ejercicio de cargo o bajo la apariencia de autoridad» (25). Los límites de la norma imperativa permitirían sortear la cualidad de funcionario público, agente público o aquiescencia de aquél en el delito de tortura (26). Ello facilita la distinción entre actos realizados en interés propio y otros llevados a cabo en representación del Estado (*private o public capacity*). Esta postura fue mantenida por Escobar Hernández para justificar la incorporación de los delitos de corrupción a la «Propuesta de Borrador». Para la autora, los ilícitos de corrupción se caracterizarían por ser realizados en interés exclusivo del funcionario y en perjuicio del Estado, algo que impediría desplegar la inmunidad de jurisdicción penal sobre esas conductas (27). A nuestro juicio, la conclusión a la que llega el razonamiento de Escobar Hernández sería perfectamente aplicable a los delitos de corrupción si en lugar de construirlo desde la existencia de normas de *ius cogens*, lo hacemos

(25) SÁNCHEZ LEGIDO, A., *op. cit.*, p. 349-351. En el mismo sentido, BELSKY, A. C. / MERVA, M. / ROHT-ARRIAZA, N., «Implied waiver under the fsia: proposed exception to immunity for violations of peremptory norms of international law», *California Law Review*, 77(2), 1989, pp. 390.

(26) Convención *contra la Tortura y otros Tratos o Penas crueles, Inhumanas o Degradantes* de 10 diciembre de 1984, artículo 1.1. Curiosamente, éste no fue el parecer del Legislador español en su ley de privilegios e inmunidades, a juzgar por la ausencia del delito de tortura en la lista contenida en el segundo párrafo del artículo 23 LO 16/2015, de 27 de octubre, *sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España, y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España*. Ese precepto excluye la inmunidad *ratione materiae* de antiguos Jefes de Estado, de Gobierno y Ministros de Asuntos Exteriores frente a delitos de genocidio, desaparición forzosa, guerra y lesa humanidad. El delito de tortura no se encuentra entre ellos, pese las observaciones realizadas por el CGPJ en el Informe sobre el Anteproyecto de Ley, cuyo artículo 23 no incluía delito alguno al respecto, sino que limitaba esa inmunidad en el ejercicio de funciones oficiales a lo que determinase el Derecho Internacional. CGPJ, *Informe sobre el Anteproyecto de la Ley orgánica sobre inmunidades de los Estados Extranjeros y Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y sobre el régimen de privilegios e inmunidades aplicables a las conferencias y reuniones internacionales celebradas en España*, de 28 de mayo de 2015, parágrs. 66 y 67.

(27) ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., *op. cit.*, pp. 100-102.

desde la titularidad del bien jurídico protegido. Ello nos permitiría desligar el cargo público u oficial del autor del delito de corrupción del titular del bien jurídico lesionado (Estado). Como resultado distinguiríamos con mayor claridad comportamientos realizados en el ejercicio de funciones públicas y amparados por la inmunidad soberana de comportamientos privados constitutivos de delito a los que ésta no les resultaría aplicable.

3.1.2 LA ACTIVIDAD ECONÓMICA ESTATAL Y EL *IUS GESTIONIS*

Acotar el ámbito funcional de las inmunidades soberanas resulta todavía más complicado cuando los comportamientos se pretenden atribuir al Estado, a sus agencias e instrumentos. En primer lugar, porque el derecho consuetudinario ha sido, y sigue siendo, especialmente relevante cuando se trata de comportamientos (ilícitos civiles) que pueden vulnerar normas de *ius cogens*(28). La doctrina de la «inmunidad absoluta» del Estado, asentada desde el fallo *Schooner Exchange v. Mac Faddon* (1812)(29) y máximo exponente del derecho consuetudinario, obligaba a la contraparte de la relación comercial con el Estado a asumir íntegramente los riesgos y los daños ocasionados sin posibilidad de indemnización alguna(30). El desarrollo de la sociedad industrial y el incremento de la actividad comercial entre Estados y particulares propiciaron el cambio a una interpretación «restringida» de la inmunidad, que buscaba equilibrar la relación entre las partes. Esa evolución es la que ha llevado a autores como Orakhelaashvili a mantener que «el *ius imperii* no es discutido para el Estado hasta el inicio de su actividad económica y de sus actividades de comercio» (31).

(28) *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment, I. C. J. Reports 2012, p. 99. En el mismo sentido el TEDH quien, para autores como FERRER LLORENS, se «ha mostrado un tanto conservador –desde la óptica de la efectiva aplicación de las disposiciones del CEDH, en concreto del artículo 6.1– en su labor de determinar, interpretar y aplicar el DI consuetudinario en vigor este sector de normas». Cfr. FERRER LLORET, J., «La inmunidad de jurisdicción del Estado ante el TEDH: la alargada sombra del Derecho Internacional consuetudinario», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 34, 2017, p. 6. Para otros autores como ORAKHELASHVILI el TEDH simplemente ha reafirmado la doctrina de la inmunidad absoluta en fallos como *Al-Adsani v. United Kingdom* (2001) y *Jones and Others v. United Kingdom* (2014). Cfr. ORAKHELASHVILI, A., «Jurisdictional immunities of states and General International Law explaining the jus gestionis v. jus imperii divide», en RUY, T. / ANGELET, N. / FERRO, L., *op. cit.*, p. 177, nota 63.

(29) *The Schooner Exchange v. M'Faddon*, 11 U. S. 116 (1812).

(30) BELSKY, A. C./ MERVIA, M. / ROHT-ARRIAZAL, N., *op. cit.*, pp. 379-380.

(31) Cfr. ORAKHELASHVILI, A., *op. cit.*, p. 110.

El desarrollo de la actividad económica y comercial del Estado, especialmente a través de sus instrumentos, multiplicaba las posibilidades de lesionar bienes jurídicos protegidos por otros Estados. Por eso, el reconocimiento de actividades fruto del *ius gestionis* del Estado, y por lo tanto no cubiertas por la inmunidad soberana, se produjo a través de la aprobación de normas estatales. Entre ellas destacan por su importancia e influencia la *Foreign Sovereign Immunity Act (FSIA)* norteamericana de 1976(32) y la *Sovereign Immunity (SIA) Act* británica de 1978(33), aunque también de un instrumento supranacional como el Convenio Europeo «sobre la inmunidad de los Estados» de 1972 (Convenio de Basilea)(34). No se atisba en ese proceso influencia alguna de normas o principios de *ius cogens*, ya que las excepciones de inmunidad radican en el interés de los Estados por someter al mismo régimen jurídico el comportamiento de los particulares y el de los instrumentos estatales o agencias con los que se relacionan. La cuestión que se plantea entonces es si esos instrumentos estatales podrían ser considerados sujetos activos de delitos como el blanqueo de capitales y la corrupción. No hacerlo implicaría, en términos estrictamente conceptuales, «justificar un tratamiento diferente para los instrumentos estatales del previsto para los operadores privados en transacciones comerciales de la misma naturaleza»(35). En definitiva, se trata de determinar si, dado que el ejercicio de las actividades de *iure gestionis* permite su control jurisdiccional por los tribunales de otro Estado soberano, los posibles ilícitos penales cometidos en el marco de actividades *iure gestionis* podrían igualmente ser enjuiciados.

Responder a la pregunta anterior requiere clarificar si la teoría de la «inmunidad relativa», y con ello las excepciones a la inmunidad del Estado, son aplicables a comportamientos de naturaleza penal. La respuesta parece clara al menos en lo que se refiere a la Convención de la ONU de 2005 «relativa a las inmunidades jurisdiccionales del Estado», cuyo texto «no comprende las actuaciones penales»(36). Sin embargo, y dado que nos encontramos ante una convención que pese a su

(32) *Foreign Sovereign Immunities Act*, Pub. L. No. 94-583, 90 Stat. 2891 (1976), codificada en 28 U. S. Code Chapter 97. *Jurisdiction and Immunities of Foreign States*.

(33) State Immunity Act 1978, chapter 33.

(34) Fox, H., «The restrictive rule of state immunity – The 1970s Enactment and its contemporary status», en RUYSS, T. / ANGELET, N. / FERRO, L., *op. cit.*, pp. 23-26.

(35) KEITNER, C. I., «Prosecuting Foreign States», *Virginia Journal of International Law*, vol. 61: 2, 2021, p. 229.

(36) A/RES/59/30, de 16 de diciembre de 2004, *Resolución aprobada por la Asamblea General* de 2 de diciembre de 2004, preámbulo, recogiendo el acuerdo

influencia aún no ha entrado en vigor, el paso obligado es acudir a la normativa estatal sobre inmunidades soberanas. El razonamiento presenta en sí muchos puntos de discusión, puesto que las «excepciones» previstas en esas leyes no son fruto del reconocimiento de normas de *ius cogens*, sino de la práctica estatal en la interacción económica de Estado y particulares. A diferencia de que lo ocurre con los delitos internacionales puros, aquí no se podrá acudir a normas de *ius cogens*. La naturaleza transnacional de los comportamientos nos redirigirá a convenciones o tratados internacionales que prevén la tipicidad de esas conductas y el interés de los Estados por activar mecanismos internacionales de persecución y represión. Ante estas dificultades, el bien jurídico protegido por el tipo penal y su titularidad serán claves para determinar el ámbito de aplicación de la inmunidad material o funcional del instrumento o ente estatal.

En segundo lugar, la determinación del ámbito funcional de las inmunidades estatales resulta todavía más complejo en estos casos porque, aunque la aprobación de las leyes de inmunidad soberana cerró un debate sobre la participación del Estado en las actividades comerciales, el reconocimiento de agencias e instrumentos abrió otro mayor. Como acertadamente señalaba Ortiz-Arce De La Fuente en relación con las inmunidades del Estado, son «múltiples (las) categorías de personas, instituciones, agencias, organismos e incluso propiedades las que han gozado del beneficio de la inmunidad en nombre del Estado extranjero»(37). Por tanto, la delimitación del ámbito funcional de la inmunidad soberana cuando estamos ante comportamientos realizados en el ejercicio del *ius gestionis* obliga a identificar a una gran variedad de entidades y estructuras que pueden considerarse «agencias e instrumentos» del Estado y cuyos comportamientos podrían colisionar con la protección multinivel de los intereses de otros Estados(38). La ausencia de Convenio internacional en vigor al

alcanzado al respecto en el Comité Especial sobre las inmunidades jurisdiccionales y sus bienes y ORAKHELASHVILI, A., *op. cit.*, p. 106.

(37) ORTÍZ-ARCE DE LA FUENTE, A., «Las inmunidades de jurisdicción y de ejecución del Estado extranjero en el contexto de la economía de mercado. Especial referencia al Convenio del Consejo de Europa de 16 de mayo de 1972», *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 6, núm. 2, 1979, p. 511.

(38) Un ejemplo reciente de la consideración y salvaguarda de estos intereses estatales puede verse en la autorización del Consejo de Ministros de 19 de diciembre de 2023 a la *Sociedad Estatal de Participaciones Industriales* (SEPI) para la adquisición del 10% del capital social de la empresa *Telefónica S. A.* La entrada del Estado en el accionariado de la empresa se producía como reacción a la compra del 9,9% de las acciones de *Telefónica S. A.* por *Saudi Telecom Group* (STC), principal empresa de telecomunicaciones de Arabia Saudí, participada mayoritariamente por el fondo soberano del país, (*Fondo de Inversiones Públicas*, más conocido como *PIF*, *Public Inves-*

respecto complica todavía más esta operación, ya que obliga a atender a la existencia de múltiples leyes de inmunidad de naturaleza estatal que utilizan o pueden utilizar criterios dispares.

La Convención ONU de 2005 se inclina por la utilización del término *actividad comercial* y ofrece como elemento de distinción la *naturaleza* o el *propósito*(39) del contrato o de la transacción si las partes lo han establecido o si en el Estado del foro el propósito es relevante para determinar su carácter no comercial (art. 2.2). Criterios similares se contienen en leyes estatales que combinan o utilizan una definición de actividad comercial, pero en ocasiones también definiciones de agencias o instrumentos estatales. Así, por ejemplo, la *FSIA* norteamericana de 1976 (§§ 1603 y 1605) y la *State Immunity Act* (SIA) canadiense, entre otras(40). Otras como la *SIA* británica de 1978 ofrecen un criterio centrado en el término de *actividad comercial* para excluir la aplicación de la inmunidad estatal(41). La combinación de ambos elementos también es utilizada por el Legislador español en la Ley de inmunidades de 2015. Por un lado, utiliza la categoría de *transacción mercantil* atendiendo a su naturaleza o finalidad (art. 2 letra n) y por otro, en su artículo 9. 2, niega el reconocimiento de inmunidad a una *empresa estatal* o a una *entidad creada* por el dicho Estado, siempre que estén dotadas «de personalidad jurídica propia y capacidad para demandar o ser demandada y adquirir por cualquier título la propiedad o posesión de bienes, incluidos los que este Estado le haya autorizado a explotar a administrar y a disponer de ellos»(42).

ment Fund). Los argumentos utilizados por el Consejo de Ministros para justificar la operación eran su importancia estratégica en el sector de las telecomunicaciones y su conexión directa con otros sectores como la inteligencia, la defensa y la seguridad nacional.

(39) Atendiendo a la distinción realizada por LAUTERPACHT, H., «The problem of jurisdictional immunities of foreign states», *British Yearbook of International Law*, 28, 1951, p. 224.

(40) *Foreign State Immunity Act* 1976 (§1603 a) 1-4; §1605 a) 2); *State Immunity Act* (R. S. C., 1985, c. S-18) en cuyo artículo 2 ofrece las definiciones de *agencia de Estado extranjero* y *actividad comercial*, considerando a la primera cualquier entidad legal separada del Estado y a la segunda como tal en atención a la *naturaleza*.

(41) *State Immunity Act* 1978 c. 33, artículo 3.1 a).

(42) El criterio parece mostrarse, *a priori*, acorde con la definición de *Sociedad Mercantil Pública* y su régimen de responsabilidad penal previsto en el artículo 31 quiniques 2. CP desde la reforma de la LO 1/2015, de 30 de marzo. La opción del legislador español de incluirlas en el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas, aunque con limitaciones (art. 33 7, letras a) a g)), respondió en opinión de una parte de la Doctrina a la necesidad de atender a las críticas de la OCDE por la exclusión de la LO 5/2010, de 22 de junio. Esta decisión, que supuso «una vuelta al derecho penal para las sociedades mercantiles públicas», se ha materializado en un sistema de responsabilidad penal privilegiado cuando la entidad desarrolle o preste servicios de interés general. *Vid.* por todos, BAUCELLS LLADÓS, J., «Las empresas del

Finalmente, esclarecer el ámbito funcional de las inmunidades de instrumentos o agencias estatales es especialmente complicando cuando estamos ante posibles comportamientos de naturaleza penal. Ello se debe a que el debate no puede obviar la existencia o no de un sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica en el ordenamiento jurídico del Estado territorial y su aplicación a la persona jurídica extranjera que realiza la conducta en él(43). La inmunidad está regulada por costumbre internacional codificada en convenciones internacionales, por normativa estatal reflejo de esa costumbre y por la práctica de los Estados. La responsabilidad penal de la persona jurídica (RPPJ) lo está exclusivamente por norma penal estatal(44), manifestación suprema del *iuspuniendi* del Estado, con independencia de que existan convenciones internacionales que prevean expresamente la RPPJ para delitos transnacionales. Alinear el contenido de ambas instituciones y trasponerlo al ordenamiento jurídico del Estado territorial que pretende enjuiciar las conductas será algo que dependa únicamente de los legisladores estatales.

3.2 La fragmentación normativa en materia de inmunidad y corrupción

La fragmentación del marco regulatorio internacional y supranacional en materia de inmunidades internacionales es otro de los elementos que dificulta su interpretación y aplicación a los delitos que nos ocupan. Esa fragmentación se debe a la existencia de un sistema de fuentes que se caracteriza por oscilar entre el derecho consuetudinario, característico del derecho internacional público, y el derecho nacional o doméstico. Esta circunstancia ha fomentado el protagonismo de la normativa estatal en la materia, hecho que en opinión de algunos autores contribuyó al abandono de la doctrina de la «inmunidad absoluta» en favor de «restringida» (vid. supra).

La fragmentación en la regulación de las inmunidades estatales es algo que persiste y que se refleja incluso en decisiones de la CIJ cuyas

sector público empresarial responsables penalmente», *Estudios Penales y Criminológicos*, 42, 2022, pp. 12-14.

(43) Véase al respecto el interesante trabajo de CORDERO BLANCO, I., «Responsabilidad penal de la persona jurídica extranjera por delitos cometidos en España», *Revista Electrónica de Derecho Penal y Criminología*, 25, 2023, pp. 1-32.

(44) KEITNER, C. I., *op. cit.*, pp. 250-251. En el mismo sentido LIU, M. Q., «The scope of Sovereign Criminal Immunity: instrumentalities under the Foreign Sovereign Immunities Act», *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 60, issue 1, 2021, p. 289.

reclamaciones tienen como origen la comisión de ilícitos internacionales de *ius cogens*(45). El hecho de que la Convención de las Naciones Unidas, 2005, «sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes» no haya entrado aún en vigor, sigue fomentando una práctica jurisprudencial anclada en elementos de origen consuetudinario. No obstante, un número relativamente importante de Estados como Alemania, Irlanda e incluso España han aprobado o modificado su normativa atendiendo a su contenido. La transposición que ha realizado nuestro legislador ha ido incluso más allá del ámbito civil de la Convención de 2005, incluyendo las excepciones de inmunidad penal por la comisión de crímenes de genocidio, guerra, lesa humanidad y desaparición forzosa, pero curiosamente excluyendo de esa lista el delito de tortura(46).

El marco central de las inmunidades personales y estatales de naturaleza internacional y supranacional se encuentra en el *Convenio sobre las Relaciones Diplomáticas firmado en Viena* el 18 de abril 1961(47), en la *Convención sobre Privilegios e Inmunidades de los Organismos Especializados*, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 21 de noviembre de 1947(48) y en la ya citada *Convención Europea sobre la Inmunidad del Estado* de 1972. A ellos habría que sumar, al menos por su influencia, la Convención de las Naciones Unidas de 2005 que, en opinión de Stewart, constituye el «primer instrumento multilateral moderno que articula un enfoque integral de las cuestiones de inmunidad estatal o soberana frente a demandas ante tribunales extranjeros»(49).

En el ámbito del Derecho UE el marco regulatorio de las inmunidades está compuesto principalmente por el artículo 343 del TFUE y el Protocolo (núm. 7) *sobre Privilegios e Inmunidades de la Unión Europea* 2012. El artículo 343 TFUE reconoce los privilegios en inmunidades de la Unión en el territorio de los Estados Miembros para el cumplimiento de su misión, en los términos previstos en el *Protocolo sobre los Privilegios e Inmunidades de la Unión* de 8 de

(45) *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment, I. C. J. Reports 2012, p. 99.

(46) Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, *sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España*, artículo 23.1 párrafo segundo.

(47) BOE n. 21 de 24.01.1968.

(48) BOE n. 282 de 25.11.1974.

(49) STEWART, D. P., «The Un Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property», *The American Journal of International Law*, vol. 99, n. 1, 2005, p. 194.

abril de 1965(50). El precepto hace extensiva la inmunidad al Banco Central Europeo (BCE) y al Banco Europeo de Inversiones (BEI). Por su parte, el Protocolo de 2012 establece el marco jurídico de las inmunidades de los bienes, fondos activos y operaciones de la Unión Europea (Cap. I); de los Miembros del Parlamento Europeo (Cap. III); de los Representantes de los Estados miembros que participen en los trabajos de las instituciones de la UE (Cap. IV) y de los funcionarios y los agentes de la UE (Cap. V). El texto también reconoce los privilegios e inmunidades de las misiones de terceros Estados acreditadas ante la UE (Cap. VI).

La fragmentación tampoco es ajena a la regulación de la corrupción. El marco internacional de los delitos de corrupción se encuentra en la *Convención contra la delincuencia organizada transnacional* de 2000 (Convención de Palermo)(51) y la *Convención contra la corrupción* de 2003 (Convención de Mérida). Sólo la segunda prevé una disposición relativa al papel de las inmunidades y privilegios en su artículo 30.2, que obliga a los Estados Parte a adoptar las medidas necesarias para establecer «un equilibrio apropiado entre cualesquiera inmunidades o prerrogativas jurisdiccionales otorgadas a sus funcionarios públicos para el cumplimiento de sus funciones». Para autores como Coventry este precepto contempla las inmunidades funcionales o materiales, pero no las personales(52). La discusión en torno a si el artículo 4 común a ambas («cláusula de protección de la soberanía») es o no un reconocimiento del derecho consuetudinario en materia de inmunidades es algo que será objeto de estudio en el epígrafe siguiente (vid. infra IV).

El Convenio Penal *sobre la Corrupción* del Consejo de Europa de 1999 (Convenio CoE 1999)(53) y el Convenio de la OECD de

(50) El Tratado de Bruselas de 8 de junio de 1965 unificó el precepto relativo a los privilegios e inmunidades del *Tratado Constitutivo de la CECA* (1951), *Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea* CEE (1957) y el *Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica* EURATOM (1957).

(51) Convención de Naciones Unidas *contra la Delincuencia organizada Transnacional*, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000.

(52) Convención de Naciones Unidas *contra la corrupción*, hecha en Nueva York el 31 de octubre de 2003. Cfr. COVENTRY, T., «Article 30: Prosecution, Adjudication, and Sanctions», en ROSE, C. / KUBICIEL, L. O. / LANDWEHR, O., *The United Nations Convention against corruption*, Oxford University Press, Oxford, 2019, p. 308.

(53) *Criminal Law Convention on Corruption* ETS n. 173, de 27 de enero de 1999. Con respecto al artículo 37 de este Convenio y su ámbito de aplicación es necesario tener en cuenta las reservas realizadas y renovadas por España a fechas de 1 de agosto de 2013, de 2016 y de 2019, siendo prorrogada ésta última por 6 meses: con fecha de 21.01.2023 se publicó en el *BOE* (n. 18) la última renovación que estará

lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales de 1997 (Convenio de la OCDE 1997)(54) son los dos cuerpos normativos supranacionales más significativos en la materia. De ellos, sólo el Convenio CoE 1999 contiene una disposición relativa a la inmunidad, que remite específicamente a los establecido en Tratados, Protocolos o Estatutos en materia de inmunidades(55). Sin embargo, el precepto no clarifica el ámbito de aplicación de las inmunidades con respecto a los delitos de corrupción.

Finalmente, la regulación en materia de corrupción en el Derecho UE se contiene en el Convenio establecido sobre la base de la letra c) del apartado 2 del artículo k.3 del *Tratado de la Unión Europea relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea* de 1997 (Tratado UE lucha contra la corrupción 1997)(56), en la Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo, *relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado*(57) y en la Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo *sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho Penal* (conocida como *Directiva PIF* de 2017)(58). Los tres instrumentos guardan también silencio con respecto al papel de las inmunidades, aunque la última Directiva contiene mención expresa a la extensión de la jurisdicción

vigente hasta el 31.07.2025. El contenido de la reserva permite a España, de acuerdo con el artículo 17 párrafo 1 b) de la Convención, exigir el requisito de doble incriminación para perseguir las infracciones cometidas por españoles en el extranjero, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 23. 4 n) LOPJ.

(54) BOE n. 46, de 22.02.2002.

(55) Artículo 16: Concretamente, su artículo 16 dispone que «*las previsiones de esta Convención se aplicarán sin perjuicio de lo previsto en cualquier Tratado, Protocolo o Estatuto, así como en los textos que los desarrollen, en cuanto a la retirada de inmunidad*». El *Informe Explicativo* del Convenio CoE 1999 enfatiza que el precepto afecta «particularmente» al personal de las organizaciones internacionales o supranacionales de naturaleza pública, de los parlamentos o asambleas internacionales y a los jueces y oficiales de los tribunales internacionales. La retirada de la inmunidad se establece como condición previa al ejercicio de la jurisdicción por parte de los tribunales nacionales, correspondiendo a la propia institución a la que pertenece el sujeto y no al Estado territorial, la decisión acerca de la retirada de la inmunidad sobre el nacional. *Vid.* Council Of Europe, *Explanatory report to the Criminal Law Convention on Corruption*, ETS n. 173, de 27 de enero de 1999, Strasbourg, p. 16, parág. 77.

(56) BOE n. 74, de 28.03.2006.

(57) DOUE, L. 192, de 31.07.2003.

(58) DOUE L 198/29, de 28.07.2017. Actualmente se encuentra en fase de discusión en el Parlamento Europeo la *Propuesta de Directiva sobre la lucha contra la corrupción*, COM (2023) /0135 (COD). COM (2023) 234 final, de 03.05.2023.

de los tribunales del Estado miembro cuando el autor del delito «*esté sujeto al Estatuto de los funcionarios en el momento de cometerse la infracción*»(59).

La influencia del derecho consuetudinario y la fragmentación normativa son los dos elementos que condicionan el respeto a la inmunidad soberana y la necesaria protección de intereses del Estado en cuyo territorio se cometen los actos de blanqueo. Las decisiones judiciales que se analizan a continuación tratan de buscar ese punto de equilibrio desde tres aproximaciones diferentes de la inmunidad material o funcional. La primera, desde los límites de la inmunidad de persona física frente al ejercicio de la jurisdicción penal de los tribunales en cuyo territorio se cometieron los actos de blanqueo. La segunda, y especialmente problemática, desde la consideración de que instrumentos del Estado que operan en el tráfico mercantil y participan en actividades económicas puedan ser considerados penalmente responsables de la comisión de esos delitos. La tercera, y a nuestro juicio especialmente útil e ilustrativa, desde la naturaleza «híbrida» de las funciones que realiza un nacional que goza de la inmunidad otorgada por una institución u organismo supranacional.

IV. PERSONA FÍSICA E INMUNIDAD

En sus decisiones de 2018 y 2020 relativas al asunto *Guinea Ecuatorial c. Francia*, la CIJ aborda el estudio de las inmunidades personales y materiales en el marco de un procedimiento nacional de naturaleza penal por varios ilícitos de blanqueo de capitales. A nuestro juicio, la particularidad de estos pronunciamientos reside no sólo en la propia naturaleza de delitos sometidos a examen, sino en el hecho de que el análisis se realiza desde la perspectiva del ejercicio de la jurisdicción penal de los tribunales del Estado territorial en el que se cometen las conductas delictivas(60). La CIJ, con gran habilidad, responde a la demanda planteada acerca del papel de las inmunidades interna-

(59) Artículo 11.2.

(60) Para autores como PAPANISKIS, las cuestiones en el fallo planteadas abordan la interpretación del concepto de obligaciones que imponen los tratados; la propia interpretación de los tratados y del derecho internacional en general; la exégesis de los otros instrumentos derivados de los tratados; la implementación o transposición de los tratados al derecho nacional y el alcance del término «abuso de proceso» en los acuerdos de disputas internacionales PAPANISKIS, M., «Introductory note to immunities and criminal jurisdiction (*Equatorial Guinea v. France*). Preliminary Objections (I. C. J)», *International Legal Materials*, 58 (1), 2019, p. 2.

cionales desde los límites y el alcance de la norma penal estatal y las opciones de persecución de los delitos transnacionales previstas en las Convenciones internacionales en la materia. El razonamiento de la CIJ lo integran dos fallos. El primero, de 6 de junio de 2018, en el que la Corte se pronuncia sobre determinadas cuestiones de naturaleza preliminar, entre las que se encuentran la (no) competencia de la CIJ en aplicación del Convenio de Palermo de 2000. El segundo de los fallos, de 11 de diciembre de 2020 resuelve la cuestión de la (no) inmunidad del bien inmueble objeto de litigio, conforme a la *CVRD*, 1961. A los efectos que aquí interesan, nos centraremos específicamente en el debate sobre la discusión del alcance de la inmunidad personal y estatal en relación con los actos objeto de enjuiciamiento.

La decisión adoptada por la CJI tiene su origen en la campaña iniciada en el año 2008 por *Transparencia Internacional* (TI) Francia contra ex Jefes de Estado y otros dirigentes africanos por presuntos delitos de blanqueo de capitales cometidos en territorio francés. La iniciativa llevada a cabo por la ONG buscaba recuperar bienes muebles e inmuebles radicados en territorio galo, resultado del blanqueo de ganancias procedentes de actos de corrupción cometidos en territorio guineano(61). Entre las denuncias de TI destacaba la presentada contra Teodoro Obiang Nguema Mangué, hijo del presidente de Guinea Ecuatorial, ex vicepresidente segundo de Guinea Ecuatorial (2012-2016) y ex Ministro de Agricultura y Bosques (1997-2012).

En el año 2010 el *Tribunal de Grand Instance* de París abrió diligencias penales contra Nguema Mangué por un presunto delito de blanqueo de capitales cometido en territorio francés entre los años 1997 y 2011. El día 3 de octubre de 2011, el órgano judicial ordenó el decomiso de un edificio situado en el número 42 de la Avenue Foch de París y de diversos vehículos de lujo. El día 4 de octubre, la Embajada de Guinea Ecuatorial envió una *nota verbale* al Ministerio de Asuntos Exteriores francés comunicando que esos bienes llevaban años a disposición de la Delegación Permanente de Guinea Ecuatorial ante la UNESCO para el ejercicio de sus funciones y que habían constituido la residencia de su delegado permanente. Por ello

(61) Los programas de recuperación de activos se pusieron en marcha por algunos países como los Estados Unidos de América en 2010, en línea con la iniciativa *Stolen Asset Recovery Initiative* (StAR) desarrollada por el Banco Mundial y Naciones Unidas. En el año 2018 el Congreso norteamericano aprobó la *Kleptocracy Asset Recovery Reward Act* (KARRA), que autorizaba al Secretario del Tesoro al pago de recompensas para ayudar a la identificación y recuperación de activos vinculados con actos de corrupción de funcionarios extranjeros ocultos tras estructuras financieras complejas en Estados Unidos y en el extranjero.

los bienes, como «locales de la misión» (art. 1 i))(62), gozaban de la inviolabilidad reconocida en el artículo 22 CVRD 1961(63). El 11 de octubre de 2011 el Ministerio de Asuntos Exteriores francés comunicó a la Embajada de Guinea Ecuatorial en Francia que no le constaba que dicho inmueble hubiera adquirido la naturaleza de «local de misión diplomática» y que, por tanto, le resultaba inaplicable la protección del artículo 22 CVRD 1961. La investigación llevada a cabo por el juez de instrucción francés puso de manifiesto que los bienes objeto de litigio habían sido adquiridos con dinero procedente de presuntos delitos de corrupción cometidos en Guinea Ecuatorial. Las pesquisas también demostraron que el verdadero propietario de los bienes era Nguema Mangué y que su adquisición se había llevado a cabo a título personal (*in private capacity*). Por esa razón, el *Tribunal de Gran Instancia* de París ordenó la confiscación del inmueble a la espera de la conclusión de la investigación(64).

La negativa del acusado a comparecer en el proceso penal seguido en Francia propició que, el 13 de julio de 2012, la justicia gala emitiese una orden de arresto internacional contra su persona. El acusado recurrió la decisión ante el correspondiente tribunal de apelación francés, quien confirmó la resolución al entender que dicha inmunidad de jurisdicción no era aplicable a actos cometidos en territorio francés y fuera del ejercicio del cargo (*in private capacity*). La falta de comparecencia del acusado motivó que las autoridades francesas activaran los instrumentos de asistencia mutua previstos en la *Convención de Palermo* para que las autoridades de Guinea Ecuatorial trasladaran a las órdenes de comparecencia a Nguema Mangué(65). Las autoridades guineanas aceptaron dicha petición y el acusado prestó declaración desde Malabo por videoconferencia el 18 de marzo de 2014. Tras ello, el juez imputó al acusado un delito de blanqueo de capitales cometido en territorio francés entre 1997 y octubre de 2011. Concluida la instrucción penal el 23 de mayo de 2016, la Fiscalía francesa solicitó la apertura de juicio oral contra Nguema Mangué, quien el 21

(62) CVRD artículo 1. I) *Por «locales de la misión» se entiende los edificios o partes de los edificios, sea cual fuere su propietario, utilizados para las finalidades de la misión, incluyendo la residencia del Jefe de la misión, así como el terreno destinado a esos edificios o de parte de ellos».*

(63) Artículo 22.1 CVRD en el que se reconoce la inviolabilidad de los locales de la misión y artículo 22.3 en el que se reconoce la inmunidad de ejecución de la que gozan los mismos.

(64) ICJ *Immunities and Criminal Proceedings, Equatorial Guinea v. France*, 2020, parág. 20 y 27.

(65) ICJ *Immunities and Criminal Proceedings, Equatorial Guinea v. France, Preliminary objections*, Judgment of 6 June 2018, pp. 30-31.

de junio de 2016 había sido nombrado vicepresidente segundo de Guinea Ecuatorial y responsable de los Departamentos de Defensa y Seguridad Nacional.

El 13 de junio de 2016, la República de Guinea Ecuatorial presentó una demanda ante la CIJ al entender que Nguema Mangué, como vicepresidente segundo de Guinea Ecuatorial, ostentaba de inmunidad de jurisdicción penal (*ratione personae*) ante los tribunales franceses y que los bienes (muebles e inmuebles) confiscados por las autoridades francesas gozaban igualmente de la protección internacional reconocida en el CVRD. En su opinión, las actuaciones llevadas a cabo por los tribunales franceses vulneraban los arts. 15 (en relación con el artículo 6) y el artículo 4 del *Convenio de Palermo*(66). El artículo 15 de la *Convención de Palermo* establece el ejercicio obligatorio y potestativo de la jurisdicción de los Estados miembros con respecto a los delitos previstos en la misma (entre ellos, el blanqueo de capitales previsto en el artículo 6(67)). De manera obligatoria, los Estados deben extender la jurisdicción de sus tribunales a los delitos cometidos en su territorio. De manera potestativa «pueden» establecer la jurisdicción de sus tribunales a los delitos cometidos «fuera» de su territorio siempre que esos ilícitos se cometan contra uno de sus nacionales, por uno de sus nacionales o por persona apátrida que tenga residencia habitual en su territorio. La Convención también prevé, aunque con limitaciones, la persecución del blanqueo y autoblanqueo cometidos extraterritorialmente(68). El ejercicio extraterritorial de la jurisdicción se «realizará con sujeción a lo establecido en el artículo 4» (art. 15.2). Ese artículo 4 consagra la cláusula de «protección de la soberanía», que conmina a los Estados Parte a cumplir con las obligaciones de la Convención respetando los *principios de igualdad sobe-*

(66) A este argumento se añadía una tercera vulneración del Convenio de Palermo, concretamente de su artículo 35. El primero de ellos, el artículo 35, al no haber respetado la prelación de foros en la resolución del conflicto. Atendiendo a las reservas realizadas por los Estados Parte, los mecanismos para la resolución de los posibles conflictos surgidos en la aplicación o interpretación del Convenio serán: en primer lugar, la negociación (art. 35.1); subsidiariamente, el arbitraje (art. 35.2) y, en defecto del anterior, la CIJ (art. 35.2 párrafo segundo).

(67) También se incluyen los delitos de participación en grupo delictivo organizado (art. 5), corrupción (art. 8) y obstrucción a la justicia (art. 23).

(68) Potestativamente, también se permite el ejercicio de la jurisdicción por los tribunales nacionales cuando el hecho, aun llevado a cabo extraterritorialmente, se realice con miras a la producción de resultados en territorio nacional (art. 15. 2. C (i) y (ii)). Sobre el ámbito de discrecionalidad de los Estados Parte y os límites impuestos por el Derecho Internacional en la persecución de las conductas, vi. Mc CLEAN, D., *Transnational organized crime: a commentary on the Convention and its Protocols*, Oxford, Oxford University Press, Oxford University Press, Oxford, 2007, p. 164.

rana, integridad territorial y no intervención en asuntos internos (art. 4.1). La Convención no faculta a los Estados a ejercer, en el territorio de otro Estado soberano, jurisdicción y funciones que el derecho de aquél le reserva de manera exclusiva (art. 4.2).

El argumento central de la demanda de Guinea Ecuatorial puede resumirse como sigue: la persecución por parte de los tribunales franceses de los delitos blanqueo de capitales presuntamente cometidos por Nguema Mangue vulneraba el principio de igualdad soberana del artículo 4. Este precepto reconoce las inmunidades internacionales de origen consuetudinario. En opinión de la parte demandante, el ejercicio de la jurisdicción penal violaba la *inmunidad ratione personae* que disfrutaba Nguema Mangue como Ministro de Agricultura y Bosques primero y como vicepresidente segundo más tarde. Además, el ejercicio de la jurisdicción de los tribunales franceses sobre el delito de blanqueo vulneraba «el principio de prohibición de injerencia en los asuntos internos» (manifestación suprema de la igualdad soberana) al extenderse indirectamente a los presuntos delitos de corrupción (delitos precedentes) cometidos en Guinea Ecuatorial por nacional guineano. A juicio de la parte actora esas conductas sólo podían ser investigadas y perseguidas por los tribunales guineanos dado que, en su caso, la única y verdadera víctima de los delitos era el Estado Guineano. Con respecto a los bienes objeto de confiscación, Guinea Ecuatorial mantenía que, de nuevo, Francia vulneraba la inmunidad estatal por tratarse de bienes adscritos al desempeño de la actividad diplomática (art. 22 CVRD, 1961).

En su contestación a la demanda, Francia argumentó que el procedimiento penal seguido por sus tribunales no suponía una vulneración alguna de la Convención. Por un lado, porque la persona física contra la que se dirigía no gozaba de inmunidad *ratione personae* reconocida por el derecho internacional. Por otro, porque las opciones de persecución territorial y extraterritorial del blanqueo de capitales previstas en su ordenamiento jurídico eran previas a la ratificación de la *Convención de Palermo*. Por tanto, no había sido necesaria la aprobación de normativa ulterior para cumplir con las obligaciones del instrumento internacional. En tercer lugar, porque los tribunales franceses no aplicaban extraterritorialmente su norma, sino que se limitaban a perseguir los actos de blanqueo cometidos en territorio francés.

Por lo que se refiere a las inmunidades, los elementos a destacar del fallo son dos. En primer lugar y con respecto a la del inmueble objeto de litigio, la CIJ declaró su jurisdicción de acuerdo con el *Protocolo facultativo sobre la jurisdicción obligatoria para la solución de controversias de la CVRD*, de 18 de abril de 1961. La Corte enten-

dió que el inmueble nunca adquirió la condición de local de la misión de conformidad con el artículo 1 (i) de la *CVRD* de 1961 y que, por lo tanto, no se vulneró inmunidad internacional alguna. En segundo lugar, y por lo que se refiere a los elementos de la inmunidad personal y a sus efectos en el proceso penal, el razonamiento de la CIJ destaca porque se construye desde la perspectiva de los límites al ejercicio de la jurisdicción penal de los Estados y el principio de igualdad soberana. Es ahí donde, a nuestro juicio, reside el valor de un fallo que, si bien no se pronuncia directamente sobre el contenido de la «inmunidad material o funcional» en relación con los delitos transnacionales, sí lo hace desde la finalidad que se le presumen a los Convenios internacionales en materia de criminalidad organizada.

Así las cosas, la CIJ declaró su falta de jurisdicción parcial en el asunto. En primer lugar, la Corte considera que las alegaciones de la demandante relativas al ejercicio de la jurisdicción de los tribunales franceses no eran reconducibles a los artículos 6 y 15 de la Convención de Palermo, ya que Francia aplicaba normativa estatal aprobada con anterioridad a la entrada en vigor de la Convención para ella (2002). El uso de legislación nacional preexistente es una opción válida para que los Estados Parte den cumplimiento a las obligaciones internacionales adquiridas mediante la ratificación del instrumento internacional (Sentencia CIJ de 6 de junio de 2018, par. 114)(69). La propia *Convención de Palermo* reconoce supremacía de ese Derecho interno para cumplir con la obligación de tipificar las conductas (art. 11.6): «Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará al principio de que la descripción de los delitos tipificados con arreglo a ella y de los medios jurídicos de defensa aplicables o demás principios jurídicos que informan la legalidad de una conducta queda reservada al derecho interno de los Estados Parte y de que esos delitos han de ser perseguidos y sancionados de conformidad con ese derecho». Por lo tanto, Francia no enjuiciaba los presuntos delitos de corrupción cometidos en Guinea Ecuatorial, sino los actos de blanqueo cometidos en su propio territorio. Ello no suponía enjuiciar los presuntos actos de corrupción cometidos en Guinea por un nacional guineano, sino atender al contenido del artículo 6.2.c) de la propia Convención. Ésta permite a los Estados Parte acudir a su legislación interna para establecer

(69) El propio artículo 15.6 establece que «sin perjuicio de las normas de derecho internacional general, la presente convención no excluirá el ejercicio de las competencias penales establecidas por los Estados Parte de conformidad con su derecho interno» y que «de acuerdo con ese principio general, la Convención ayuda a coordinar, pero no dirige la acción de los Estados Parte en el ejercicio de sus jurisdicciones domésticas».

la lista más amplia de «delitos precedentes» cometidos dentro y fuera de su jurisdicción(70). Para la CIJ, este precepto no implicaba una extensión de la jurisdicción del Estado a los delitos cometidos en el territorio de otro Estado. Estos últimos deben ser perseguidos por el propio territorial (Sentencia CIJ de 6 de junio de 2018, par. 116).

En segundo lugar, la CIJ entendió que el artículo 4 de la Convención de Palermo no traspone la costumbre internacional en el ámbito de las inmunidades. Tal y como señala el fallo, «el foco se pone en la aplicación de la ley y en la asistencia legal mutua, no en la inmunidad» (Sentencia CIJ de 6 de junio de 2018, par. 100). Para llegar a esa conclusión, la CJJ acude al análisis de los *Trabajos Preparatorios de la Convención de Palermo*, algo que le permite afirmar que la interpretación del precepto debe hacerse en los mismos términos que los principios programáticos de igualdad soberana y no injerencia en asuntos internos del artículo 2.7 de la *Carta de las Naciones Unidas*. En su decisión, la Corte mantiene que el artículo 4 de la Convención de Palermo resulta ser la trasposición de una parte del artículo 2 de la Convención de Viena de *tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 1988* (parág. 2 y 3) (71). La exégesis de este precepto, concretamente, la de su apartado 3, prohíbe ejercer en el territorio de otra Parte competencias o funciones «que hayan sido reservadas exclusivamente a las autoridades de esa otra Parte por su derecho interno». El contenido del artículo 2 de la Convención de 1988 es común en instrumentos jurídicos que buscan promover la cooperación estatal frente a delitos transnacionales, pero también promover su firma y ratificación(72). Éste es el caso del *Convenio de Palermo* y su artículo 3.2, en el que el carácter «transnacional» del delito lo determina el elemento de la multi o pluriterritorialidad de la conducta o de sus efectos. Para autores como McClean, el precepto ofrece una amplia, pero «exclusiva definición de delito transnacional a través de cuatro factores de conexión» de naturaleza meramente territorial. No obstante, esos factores no evitan los conflictos de jurisdicción que

(70) Artículo 6.2 c) «No obstante, los delitos cometidos fuera de la jurisdicción de un Estado Parte constituirán delito determinante siempre y cuando el acto correspondiente sea delito con arreglo al derecho interno del Estado en que se haya cometido y constituyese asimismo delito con arreglo al derecho interno del Estado Parte que aplique o ponga en práctica el presente artículo si el delito si hubiese cometido allí».

(71) Sobre la similitud del precepto con los párrafos 2 y 3 del artículo 2 de la Convención de Viena de 1988, véase también, Mc CLEAN, D., *op. cit.*, p. 57.

(72) PIPPAN, C., «Article 4; Protection of the sovereignty» en ROSE, C. / KUBICIEL, L. O. / LANDWEHR, O., *op. cit.*, pp. 42-43, para quien no es más que un recordatorio de la misma previsión contenida en la Carta ONU.

pueden surgir y de las opciones concretas de persecución previstas en los ordenamientos de los Estados Parte(73).

Las convenciones que regulan ilícitos de naturaleza transnacional parecen mantener una cooperación o colaboración puramente pragmática, conscientes de los límites que imponen la nacionalidad del autor y el territorio en su persecución. Estas circunstancias las distinguen claramente de aquéllas que hacen lo propio con los delitos *ius cogens* que, según Sánchez Legido, constituyen la llamada «criminalidad oficial» por atentarse contra valores de carácter humanitario y por beneficiarse de una notable impunidad producto del escaso empeño en su represión(74). Por el contrario, la «criminalidad transnacional» la componen conductas que adquieren repercusión supranacional cuando su modalidad comisiva desborda el marco estatal. Sólo entonces entran en juego instrumentos que, como el Convenio de Palermo, «vertebran la cooperación internacional»(75). Por ello, no es extraño que las Convenciones limiten su aplicación a aquellos ilícitos de «carácter transnacional que entrañen la participación de un grupo delictivo organizado» (art. 3.1) o que tengan una «dimensión internacional» (art. 2.1 *Convenio Viena* 1988).

La CIJ reconoce, por tanto, que la existencia de ese artículo 4 no excluye la aplicación de la costumbre internacional relativa a las inmunidades estatales y personales (Sentencia CIJ de 6 de junio de 2018, par. 102). Sin embargo, el sentido del precepto es otro, porque el ámbito de aplicación del instrumento internacional que lo contiene son modalidades delictivas cuando tienen dimensión internacional o transnacional.

V. INSTRUMENTOS ECONÓMICOS ESTATALES E INMUNIDAD

La posible inmunidad de los instrumentos económicos estatales surge en el marco de un debate más amplio sobre el alcance de la responsabilidad del Estado en una realidad internacional cambiante, en la que el comportamiento de esos instrumentos se asemeja al de

(73) Cfr. Mc CLEAN, D., *op. cit.*, pp. 52 ss.

(74) SÁNCHEZ LEGIDO, A., *op. cit.*, p. 59.

(75) *Ibidem*, p. 62, para quien el Convenio de Palermo no es sino un «cajón de sastre» contra esos fenómenos de criminalidad organizada. En el mismo sentido, BOISTER, N., «Transnational Criminal Law», *European Journal of International Law*, 14 (5), 2013, p. 954 y el mismo en ROHER, J. S / DALLA GUARDA, N. / KHALID, M., *Transnational crime: Law, Theory and Practice at the Crossroad*, Routledge, London and New York, 2017, pp. 9 ss.

personas jurídicas de naturaleza privada que participan en los mercados(76). Ante ello, la doctrina se divide entre quienes abogan por mantener el estándar clásico en materia de responsabilidad del Estado y quienes plantean limitar esa responsabilidad exclusivamente a comportamientos en los que el Estado está realmente detrás de la conducta(77). Esta última opción obliga a distinguir entre «actos soberanos» y «no soberanos» realizados por el instrumento, al no existir actos de naturaleza dual(78).

Como se ha señalado anteriormente (vid. infra 3.1) determinar si conductas de corrupción y blanqueo de capitales cometidas por un instrumento estatal puede ser enjuiciadas por los tribunales del Estado territorial introduce dos elementos de gran relevancia en la discusión. El primero, la previsión de la RPPJ en el ordenamiento jurídico del territorio donde se cometen los delitos. El segundo, la regulación de las inmunidades estatales con respecto a estos sujetos. En el caso de los Estados Unidos, el debate es especialmente interesante, dado que la RPPJ es una institución consolidada y los procedimientos penales contra empresas extranjeras son muy frecuentes especialmente desde la modificación de su norma anticorrupción (*Foreign Corrupt Practices Act*) en 1998(79). Junto a ello, la existencia de una ley de inmunidades como la FSIA desde 1976 abre un debate acerca de si la norma es o no aplicable a los procedimientos de naturaleza penal y, por tanto, si las excepciones previstas en su articulado para las actividades comerciales lo son también a los delitos transnacionales cometidos en el marco de esas actividades.

La aprobación de la ley norteamericana de inmunidades, la FSIA en 1976(80) reguló expresamente las excepciones de inmunidad soberana y con ello clarificó una práctica que, aun codificada parcialmente desde la llamada *Tate Letter* de 1952, se encontraba fuertemente condicionada por decisiones de política exterior(81). La norma

(76) Especialmente interesante, la discusión acerca de la inmunidad de los llamados *fondos soberanos* (SWFs), ya apuntada en el año 2010 por GAUKRODGER, D., «Foreign State Immunity and Foreign Government Controlled Investors», *OECD Working Papers on International Investment*, 2010/02, p. 29, disponible en <http://dx.doi.org/10.1787/5km91p0ksqs7-en>

(77) CREUTZ, K., *State responsibility in the International legal order*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020, p. 40.

(78) ORAKHELAASHVILI, A., *op. cit.*, p. 110.

(79) Vid. KEITNER, C. I., *op. cit.*, pp. 240-245.

(80) *Foreign Sovereign Immunities Act* 1976, Pub. L. No. 94-583, 90 Stat. 2891 (codified at 28 U. S. C. §§ 1602-11 (1976), en vigor desde el 19 de enero de 1977.

(81) Ante la ausencia de ley, la potestad para decidir qué actos o conductas debían ser manifestación del *iure gestionis* del Estado correspondía al Departamento de Estado. Sólo en ausencia del pronunciamiento por parte de éste, los tribunales

de 1976 distinguió entre actos *iure imperii* y actos *iure gestionis*, excluyendo a estos últimos de la inmunidad de jurisdicción ante los tribunales norteamericanos(82) y consignando las llamadas «excepciones de inmunidad». Esas excepciones, reguladas también en el articulado de la norma, son de naturaleza variada y entre ellas se encuentra «la realización de actividades comerciales en el territorio de los Estados Unidos de América o con otro Estado extranjero si esa actividad causa o produce efectos en el territorio de aquél» (83). La norma ha sido modificada en varias ocasiones para ampliar el decálogo de excepciones, entre las que se encuentran las lesiones o muerte producidas por actos de terrorismo, tortura, ejecución extrajudicial, sabotaje de aeronaves, toma de rehenes si el Estados extranjero es un Estado «patrocinador del terrorismo»(84).

La influencia de la FSIA norteamericana fue evidente en textos aprobados con posterioridad como la SIA británica (1978), la *State*

conocer del asunto. Sobre el funcionamiento de la doctrina de la inmunidad relativa durante los diez primeros años y la coexistencia de ambos sistemas de reconocimiento (ejecutivo y judicial), *vid.* NIEHUSS, J. M., «International Law-Sovereign Immunity-The first decade of the Tate Letter Policy», *Michigan Law Review*, vol. 60, issue 8, 1962, pp. 1147 ss.

(82) FOX, H., «The restrictive rule of state immunity- The 1970s Enactment and its contemporary status», en RUYSS, T. / ANGELET, N. / FERRO, L., *op. cit.*, p. 24. Sobre la ampliación posterior de estas excepciones, *vid.* LIU, M. Q., *op. cit.*, p. 287.

(83) Las excepciones se encuentran contenidas en 28 U. S. Code Chapter 97. *Jurisdiction and Immunities of Foreign States*, §§ 1605, 1605A, 1605B y son las siguientes: 1) El levantamiento de inmunidad por el Estado, explícita o implícitamente; 2) La realización de actividades comerciales en el territorio de los Estados Unidos de América o con otro Estado extranjero si esta actividad causa o produce efectos en el territorio de aquél; 3) La reclamaciones de derechos de propiedad adquiridos en violación del Derecho Internacional y en relación con una actividad comercial llevada a cabo en territorio de los Estados Unidos; 4) Las reclamaciones de derechos de propiedad en los Estados Unidos adquiridos por sucesión o donación sobre bienes inmuebles radicados en su territorio; 5) las acciones no contempladas en 1, 2, 3 y 4 si se tratan de daños monetarios por lesiones personales o muerte, o por daño o pérdida de propiedad y causados por acción ilícita u omisión de Estado extranjero que actúe en el ámbito de su cargo (no aplicable si existe malicia, abuso de discreción, injuria, calumnia) y 6) las reclamaciones en materia naval (almirantazgo) relativas pago de gravámenes a buques del Estado por el desarrollo de actividades comerciales.

(84) La retirada de la inmunidad estatal a los instrumentos de los *Estados promotores del terrorismo* se introdujo en 1996. En 2002, la aprobación de la *Terrorism Risk Insurance Act* (TRIA) autorizó la confiscación de los bienes y de los instrumentos estatales ubicados en territorio nacional para hacer frente al pago de las indemnizaciones establecidas en las sentencias condenatorias. Sobre la compatibilidad de ese precepto con las inmunidades estatales y su aplicación al producto de las actividades comerciales del *Bank Markazi* (Banco Central de la República Islámica de Irán), véase la sentencia de la CIJ *Islamic Republic vs. Iran vs. United States of America (certain Iranian Assets)*, de 30 de marzo de 2023.

Immunity Act of Canada (1982) y la *Foreign State Immunity Act* australiana (1985)(85). También lo ha sido en instrumentos más recientes como la Convención de la ONU *sobre inmunidades jurisdiccionales del Estado* de 2005. Aunque la norma norteamericana no hace mención expresa a su ámbito de aplicación, la jurisprudencia emanada de procedimientos de naturaleza civil por la comisión de delitos de *ius cogens* ha reconocido que su contenido no contempla las inmunidades personales proyectadas sobre personas físicas (*ratione personae*). En *Samanthar v. Yousuf* (2010), el Tribunal Supremo declaró que dichas inmunidades se rigen por el derecho común (*Common Law*), cerrando así la puerta a que una posible vulneración de preceptos de *ius cogens* pudiera suponer una retirada implícita de la inmunidad estatal(86). También a considerar al funcionario extranjero (*foreign official*) un «instrumento estatal» en los términos previstos en su párrafo 1603(87). La cuestión que quedaba sin resolver era si, por el contrario, la FSIA podía ser aplicada a instrumentos o agencias de un Estado por delitos transnacionales cometidos en el marco de esas relaciones comerciales excluidas de la inmunidad estatal. A esa cuestión trata de dar respuesta, al menos parcialmente, la sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el asunto *Halkbank* de 19 de abril de 2023(88).

Türkiye Halk Bankasi A. S. (Halkbank) es un banco comercial de propiedad estatal creado en 1938. En el año 2017 el fondo soberano *Turkey Wealth Fund*, creado a su vez en 2016, adquirió el 75% de las acciones del banco. Ninguna corporación pública posee el 10% o más de las acciones de dicho fondo(89). *Halkbank* no tiene ni oficinas comerciales ni filiales en los Estados Unidos de América y desarrolla su actividad mayoritariamente en Turquía. Los hechos que dieron lugar al inicio de las investigaciones por parte de la Fiscalía norteamericana se remontan al año 2012, cuando la República de Irán dejó de utilizar el Código SWIFT (*Society for World Interbank Financial*

(85) MOLOT, H. L. / JEWETT, M. L., «The State Immunity Act of Canada», *Canadian Yearbook of International Law / Annuaire Canadien de Droit International*, vol. 20, 1983, p. 96.

(86) En apoyo de esta tesis, Belsky, A. C./ Merva, M. / Roht-Arriaza/, N., *op. cit.*, p. 394.

(87) 560 U. S. 305 (2010), at 323, 325.

(88) *Türkiye Halk Bankasi A. S., Aka Halkbank v. United States*, 598 U. S 264 (2023).

(89) WILLIAMS, J. S., *Türkiye Halk Bankasi A. S., Applicant v. United States of America. Application for an extension of the time within which to file a petition for a writ of certiorari to the United States Court of Appeals for the Second Circuit, Corporate disclosure statement*, January 24, 2022.

Telecommunication) como consecuencia de la imposición de sanciones comerciales por los Estados Unidos de América tanto a Irán como a entidades y personas físicas de nacionalidad iraní(90). De acuerdo con esas sanciones, los Estados aliados de Estados Unidos podían comprar materias primas a Irán (principalmente gas y petróleo) siempre que las divisas obtenidas se depositaran en entidades bancarias sometidas a la jurisdicción de aquéllos(91). En sus relaciones con Irán, la República de Turquía designó a *Halkbank* como entidad depositaria de los bienes y productos procedentes de la compraventa del gas y petróleo iraní.

En 2019 el Tribunal de Distrito competente (*District Court for the Southern District of NY*) imputó a *Halkbank* delitos de vulneración de las prohibiciones impuestas, fraude bancario, blanqueo de capitales, conspiración para cometer blanqueo de capitales y obstrucción de las funciones del Departamento del Tesoro(92). El órgano judicial consideraba que entre 2012 y 2016 los productos de la venta de gas y petróleo, incluidos al menos 1 billón de dólares, fueron blanqueados en territorio estadounidense. Para ello y según la Fiscalía, *Halkbank*, sus agentes y autoridades, hicieron uso de «compañías ficticias» (*front companies*) de Irán, Turquía y Emiratos Árabes Unidos entre otros países, para evadir las sanciones y restricciones impuestas y acceder al sistema financiero norteamericano. A juicio de la Fiscalía *Halkbank* no sólo conocía el contenido de las prohibiciones, sino que participó en el diseño de la mecánica para realizar las transferencias fraudulentas y mintió a los organismos reguladores norteamericanos acerca de su participación en los hechos.

Halkbank recurrió la confirmación de la imputación por entender que, como entidad de naturaleza pública goza de inmunidad de jurisdicción en aplicación de la *US Foreign Sovereign Immunity Act* (FSIA) 1976 y la *Convención de Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes* de 2004. El Tribunal de Distrito confirmó su decisión al estimar que la norma americana se

(90) Vid. procedimientos contra Mehmet Hakan Atilla, Reza Zarrab y otros, en *United States v. Atilla, No. 18-1589, 2nd Cir.* July 20, 2020 y *United States v. Reza Zarrab, Mohamad Zarrab, Camelia Jamshid y Hossein Najafzadeh No. 15-Cr-867*, June 16, 2016.

(91) Las sanciones también limitaban el uso de los bienes procedentes del intercambio a la adquisición de ayuda humanitaria (medicinas y comida) y a las llamadas *excepciones humanitarias*.

(92) *National Defense Authorization for the Fiscal Year 2012*, Pub. L. No. 112-81 y *United States Code*, Title 50. War and National Defense. Chapter 35. *International Emergency Economic Powers Act*, §1705 c), 18 U. S. C §1344, 18 U. S. C §1956 y 18 U. S. C §371, respectivamente.

aplica tanto a procedimientos civiles como penales. Según el órgano, el estudio de los antecedentes legislativos no ofrecía argumentos acerca de la intención del Congreso norteamericano de excluir las causas penales de la jurisdicción de los tribunales e incluso que, asumiendo que la FSIA permitiese inmunidad de jurisdicción penal, se aplicaría la excepción de «actividad comercial» prevista en el párrafo §1605 (a) (2) de la FSIA. *Halkbank* recurrió la decisión al Tribunal de Apelación, quien admitió el recurso por considerar que la aplicación o no de la inmunidad soberana era una cuestión directamente apelable que afectaba al fondo del asunto(93) y confirmó la decisión del tribunal de instancia al tratarse de presuntos ilícitos cometidos en el desarrollo de «actividades comerciales»(94). Esta decisión fue recurrida por *Halkbank* ante el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, que admitió a trámite dicho recurso(95) y emplazó a las partes a presentar sus alegaciones. Las de *Halkbank* se centraron en afirmar su naturaleza pública y, por tanto, el disfrute inmunidad absoluta de acuerdo con la FSIA de 1976. Por el contrario, el Fiscal General entendió que la ley norteamericana de inmunidad no prohíbe expresamente a los Tribunales de Distrito la apertura de procedimientos penales y que las excepciones que contempla la norma con respecto a la inmunidad de jurisdicción comprenden también a conductas constitutivas de delito. En este caso concreto, el Ministerio Público entendía que los comportamientos presuntamente delictivos que se imputaban a *Halkbank* se realizaban en el marco de actividades comerciales siendo, por tanto, manifestaciones del *iure gestionis*.

En su decisión de 19 de abril de 2023, el Tribunal Supremo limitó la aplicación de la FSIA de 1976 a comportamientos de naturaleza civil(96). Para ello, el órgano atendió a la interpretación histórica de la norma y a su ubicación en el ordenamiento jurídico. Con respecto a la primera y en palabras del propio tribunal, los términos utilizados por la FISA y, concretamente por sus excepciones de inmunidad son «característicos de los procedimientos civiles, no de los penales». Por lo que respecta a la segunda, su ubicación en el Título 28 del *US Code*

(93) En aplicación de la llamada *doctrina del orden colateral* (28 U. S. Code § 1291 – Final decisions of district courts, doctrina desarrollada a partir del fallo *Cohen v. Beneficial Industrial Loan Corp.*, 1949).

(94) *United States v. Halkbank*, No. 20-3499 2d Circuit, October 22, 2021.

(95) *Turkiye Halk Bankasi A. S., AKA Halkbank, petitioner v. United States*, on petition for a writ of certiorari to the United States Court of Appeals for the Second Circuit, No. 21-1450 («*Halkbank*»), October 3, 2022.

(96) La sentencia contó con el voto parcialmente concurrente y parcialmente disidente de los jueces Gorsuch y Alito.

(procedimientos civiles) refuerza esta tesis, pero no altera el contenido del Título 18 del *US Code* (delitos y procedimientos penales).

El fallo del Tribunal Supremo tiene dos consecuencias evidentes. La primera, que no excluye la posibilidad de reconocer la responsabilidad penal de instrumentos o agencias estatales por delitos transnacionales como la corrupción o el blanqueo de capitales. No obstante, remite esta discusión al ámbito del *Common Law* y, por lo tanto, al precedente, a la costumbre internacional y a la normativa federal. Esta decisión reconduce la discusión a la complejidad del reconocimiento y ubicación de la costumbre internacional en el sistema de fuentes, algo que ponen de manifiesto los jueces Gorusch y Alito en su voto particular. La segunda consecuencia, y derivada de la anterior, es la devolución del asunto al Tribunal de Distrito para conocer del asunto conforme al Título 18 *U. S. C §1344*(97). Por lo tanto, el órgano jurisdiccional de primera instancia será el competente para determinar si las inmunidades reconocidas en el *Common law* pueden aplicarse y con qué extensión a instrumentos y agencias estatales por la presunta comisión de delitos transnacionales. El contenido de la inmunidad «material o funcional» volverá a ser determinante al respecto.

La decisión de Tribunal Supremo no sólo no pone fin al procedimiento, sino que deja abierta la puerta a iniciar actuaciones de naturaleza penal contra personas jurídicas o empresas públicas extranjeras. Para algunos autores esta posibilidad es coherente, al menos en los Estados Unidos, con su sistema de RPPJ. Para otros, el hecho de que ese modelo se construya por analogía al previsto para los delitos de *ius cogens*, y por tanto descansa en la costumbre internacional, puede abrir la puerta a unas dinámicas de reciprocidad de consecuencias imprevistas entre Estados soberanos(98).

VI. FIGURAS «HÍBRIDAS» E INMUNIDAD

Las inmunidades de las Organizaciones Internacionales (en adelante, OO. II) constituyen una categoría *sui generis* dentro de la propia institución de la inmunidad. Aunque pueden presentar elementos de estatalidad que vinculan a las personas con el Estado cuya nacionali-

(97) *Title 18. Crimes and Criminal Procedure*. «The district courts of the United States shall have original jurisdiction, exclusive of the courts of the States, of all offenses against the laws of the United States.

Nothing in this title shall be held to take away or impair the jurisdiction of the courts of the several States under the laws thereof».

(98) LIU, M. Q., *op. cit.*, p. 294.

dad ostentan(99), la ausencia de vinculación de la OO. II a un territorio, y con ello a un Estado soberano, hace más vulnerables a este tipo de inmunidades y justifica su existencia(100). El sistema de fuentes por el que se rigen las inmunidades las OO. II y el «principio de necesidad funcional» al que responden son dos de las principales características. Con respecto al sistema de fuentes, nos encontramos ante un tipo de inmunidad regulada en tratados, convenios y acuerdos internacionales de muy diversa índole. De ese sistema de fuentes se excluye la costumbre internacional(101). Esa circunstancia, que ahonda en la fragmentación de su regulación, refuerza sin embargo la «necesidad funcional» a la que obedecen.

Como veremos a continuación, los problemas interpretativos que presentan las inmunidades de las OO. II radican precisamente en definir su ámbito funcional, algo especialmente complejo dado que, como señala Reinisch, sus textos fundacionales suelen ser amplios o generalistas con respecto a esas funciones. A los problemas interpretativos se añade el hecho de que la normativa nacional que las regula tiende a conferirles automáticamente la inmunidad estatal que reconoce a los Estados soberanos(102), algo que puede complicar la actuación de los tribunales a la hora de perseguir los delitos de corrupción y blanqueo de capitales cometidos por sus propios nacionales o en su territorio.

Las inmunidades previstas en el Derecho comunitario pueden incluirse en la categoría de las OO. II, concretamente en las llamadas «inmunidades de Organizaciones regionales o subregionales». Con respecto a éstas, su ámbito funcional es todavía más difícil de identificar debido a la ampliación y extensión de sus competencias. En el caso concreto de la UE, el desarrollo de su estructura institucional y el carácter vinculante de su legislación en los territorios de los Estados Miembros y ante sus tribunales la convierte en una estructura «única» *en el*

(99) Salvo casos excepcionales, la persona física que disfruta la inmunidad reconocida a la OO. II suele estar sujeta a la jurisdicción de los tribunales penales del Estado cuya nacionalidad ostenta. Con respecto a las críticas sobre el elemento de quién enjuicia, *vid.* BLOKKER, N., «Jurisdictional immunities of International Organization origins. Fundamentals and challenges», en RUYS, T. / ANGELET, N. / FERRO, L., *op. cit.*, p. 186.

(100) *Ibidem*, pp. 185 ss.

(101) *Ibidem*, pp. 193-195.

(102) Cfr. REINISCH, A. (ed.) *The privileges and immunities of international organizations in domestic courts*, Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 8. Un claro ejemplo de ello puede observarse en la regulación contenida en el artículo 36.1 de la LO 16/2015, de 27 de octubre, *sobre privilegios en inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España*.

estudio de las inmunidades(103). De esa estructura única se deriva la naturaleza «híbrida» de las funciones que desarrollan los nacionales de los Estados Miembros en las instituciones de la UE, que dificulta la separación de las conductas atribuibles a la UE y a la autoridad estatal(104). Esta característica se proyecta sobre los Miembros del Parlamento Europeo, de Agencias Independientes y sobre los Gobernadores de los Bancos Centrales de la UE, miembros a su vez del Consejo de Gobierno del BCE(105). Esa naturaleza híbrida tiene como efecto una sujeción dual de la persona física a la normativa comunitaria y a la del Estado Miembro cuya nacionalidad ostenta como forma de garantizar el cumplimiento de las funciones de la UE en el marco de una integración política, económica y jurídica. Esa doble sujeción también se proyecta en el plano jurídico penal. Por un lado, atribuye la jurisdicción para perseguir los delitos a los tribunales de los Estados Miembros y, por otro confiere al órgano de la UE la potestad en exclusiva de levantar la inmunidad del sujeto que la disfruta.

Las inmunidades de la Unión Europea se regulan en el artículo 343 TFUE y en el *Protocolo de Inmunidades y Privilegios* aprobado en el año 2012 (vid. supra 3.2). Este último instrumento diferencia entre las concedidas a los bienes, fondos, activos, operaciones y archivos de la UE por lado (arts. 1-4) y a los Miembros, representantes y funcionarios de la UE, por otro. Entre estas últimas se encuentran las inmunidades de los miembros del Parlamento Europeo, quienes disfrutaban de una protección reforzada (inviolabilidad o inmunidad absoluta), pero limitada al ejercicio de esa actividad parlamentaria por las opiniones o votos emitidos en el ejercicio de sus funciones (art. 8)(106). La inmunidad también se aplica en el territorio del Estado Miembro al que pertenecen y al del resto de los Estados Miembros de la UE en sus

(103) WESSEL, R. A., «Jurisdictional immunity of Regional Organizations-Substantive Unity in Instrumental diversity?», en RUYS, T. / ANGELET, N. / FERRO, L., *op. cit.*, p. 236.

(104) TRIDIMAS, T. / LONARDO, L., «When can a national measure be annulled by the ECJ? Case C-202/218 Ilmārs Rimšēvičs v. Republic of Latvia and case C-238/18 European Central Bank and Republic of Latvia», *European Law Journal*, vol. 5, 2020, pp. 735-737.

(105) *Ibidem*, pp. 741-742. La naturaleza híbrida de la figura fue reconocida por la ECLI: EU: C:2019:139, STJUE (Gran Sala), de 26 de febrero de 2019, asuntos C202/18 y C238/18, *Ilmārs Rimšēvičs y Banco Central Europeo (BCE) c. República de Letonia*, parágrs 70 ss.

(106) Cómo esta última puede condicionar el proceso penal incluso cuando no se trata de presuntos delitos cometidos fuera del ejercicio de las funciones, es algo que se ha podido observar en la STJUE de 19 de diciembre de 2019, *asunto Oriol Junqueras Vies*. STJUE de 19 de diciembre de 2019, *asunto Oriol Junqueras Vies* (c-502/19) EU: C:2019:958.

desplazamientos durante el periodo de sesiones (arts. 7 y 9). Sin embargo, no podrá invocarse en caso de flagrante delito y será la propia cámara europea, como ocurre en el derecho nacional, el órgano encargado de su retirada(107). La inmunidad de la UE también es aplicable a consejeros y expertos técnicos durante los desplazamientos al lugar de reunión y a su regreso. Éstas se aplicarán igualmente a las personas al servicio de los órganos consultivos de la Unión (art. 10). Finalmente, el Protocolo de 2012 establece las inmunidades aplicables a los funcionarios y agentes de la UE en los actos realizados con carácter oficial y en sus manifestaciones orales y escritas [art. 11 a)]. La inmunidad seguirá extendiéndose tras el cese de sus funciones, algo que refuerza su carácter material o funcional. El artículo 22 del Protocolo de 2012 hace extensiva la aplicación de la inmunidad al BCE y a su personal, sin perjuicio de lo establecido en su normativa específica, en este caso, el Protocolo 4 sobre los Estatutos del *Servicio Europeo de Bancos Centrales (SEBC)* y el *Banco Central Europeo*(108). La interpretación de la remisión que realiza este precepto será precisamente uno de los elementos de análisis del fallo del TJUE que se expondrá a continuación.

El reconocimiento de las inmunidades de la UE y la especial configuración de las funciones que se les atribuyen a sus órganos, plantean al menos dos cuestiones de naturaleza penal. La primera de ellas, puramente sustantiva, nos redirige a la inmunidad funcional, a su contenido y a su ámbito de aplicación. La segunda, de naturaleza procedimental, nos obliga a plantearnos cuál es el papel del órgano o de la institución que otorga la inmunidad en el proceso penal y, sobre todo, cómo deben proceder los tribunales de los Estados Miembros en la persecución de los delitos cometidos en su territorio o por sus nacionales(109). Estas dos cuestiones son las que se examinan en la senten-

(107) Véase, por ejemplo, la reciente decisión del TJUE de 16 de enero de 2024 (CT-46/23), *Kali v. Parliament and the European Public Prosecutor's Office*, relativa a la solicitud y retirada de inmunidad del Parlamento Europeo a su quinta vicepresidenta en el marco del procedimiento penal abierto por la justicia belga por la presunta comisión de sobornos en el asunto *Catargate*. *DOUE* C 112, 27 de marzo de 2023.

(108) *DOUE* de 7 de junio de 2016.

(109) Un claro ejemplo de este tipo de conflictos e interacciones puede observarse en la sentencia de Sentencia de 17 de diciembre de 2020, *Comisión/Eslovenia*, C-316/19, EU: C:2020:1030, se pronunció sobre la inmunidad de los archivos del BCE y su ámbito de aplicación en el marco de una investigación penal llevada a cabo por las autoridades eslovenas contra el entonces Gobernador del Banco Central Esloveno. En detalle sobre las implicaciones de Butler, G., «Immunities of National central Banks on Member States under EU Law: *Commission v. Slovenia* (ECB Archives), *Common Market Law Review*, vol. 58, issue 6, 2021, pp. 1895-1916. Muy

cia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 30 de noviembre de 2021 (LR *Ģenerālprokuratūras*)(110).

La naturaleza híbrida del cargo y de las funciones del Gobernador del Banco Central de Letonia y miembro del Consejo de Gobierno del BCE se encuentran en el origen de la cuestión prejudicial penal planteada por el Tribunal de Primera Instancia de la Comarca de Riga (*Rīgas rajona tiesa*). Los hechos que dieron lugar a la presentación de la prejudicial fueron los siguientes. El 17 de febrero de 2018, el Sr. Rimšēvičs, Gobernador del Banco Central de Letonia entre el 21 de diciembre de 2001 y el 21 de diciembre de 2019, fue detenido en el marco de una investigación penal llevada a cabo por la *Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción* letona (por sus siglas, *KNAB*). Dos días después fue puesto en libertad con la prohibición de ejercer las funciones de Gobernador del Banco de Letonia. Esta medida fue recurrida por el propio afectado y por el BCE ante el TJUE y dio lugar a un procedimiento paralelo, que culminó con la STJUE (Gran Sala) de 26 de febrero de 2019. Dicho fallo anuló la prohibición adoptada por la *KNAB* por entender que Letonia no había aportado indicios suficientes de comisión de falta grave que, de acuerdo con el artículo 14.2 del Protocolo del SEBC, justificara su cese como Gobernador(111).

El 28 junio de 2018 el Ministerio Fiscal letón acusó a Rimšēvičs de la comisión de dos delitos de cohecho y uno de blanqueo de capitales. El primero de los delitos de cohecho, cometido antes del 30 de junio de 2010, consistió en aceptar un viaje de ocio a Rusia (valorado en 7.490 €) del presidente del Consejo de Supervisión de un banco letón (KM), a cambio de asesoramiento para eludir la supervisión de la *Comisión de Mercados Financieros y de Capitales* letona (por sus

crítico con respecto a la interpretación realizada por el BCE, Avbelj, M., «The European Central Bank in National Criminal Proceedings», *European Law Review*, 4, 2017, pp. 484-485, para quien el Protocolo de inmunidades de 2012 consagra inmunidades amplias, típicas de las OO. II.

(110) STJUE (Gran Sala), de 30 de noviembre de 2021, *LR Ģenerālprokuratūras* (asunto c-3/20), ECLI: EU: C: 2021: 969, parágr. 74.

(111) ECLI: EU: C: 2019:139. STJUE (Gran Sala) de 26 de febrero de 2019, Rimšēvičs y BCE / Letonia (C202/18 y C238/18) análisis «falta grave» artículo 14.2 Estatuto SEBC. Para un análisis exhaustivo de su contenido, véase ANDRES SÁENZ DE SANTAMARÍA, P., «Relevo del mandato del gobernador del banco central nacional y el papel del Tribunal de Justicia: la independencia justifica el control. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 26 de febrero de 2019, Rimšēvičs y BCE c. Letonia», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 63, 2019, especialmente pp. 646-648. También Hinarejos Parga, A., «The Court of Justice annuls a national measure directly to protect ECB independence: Rimšēvičs», *Common Market Law Review*, vol. 56, issue 6, 2019, pp. 1655 ss.

siglas, *FKTK*). Rimšēvičs se abstuvo también de participar en las reuniones de la *FKTK* en las que se abordaron cuestiones relativas a la supervisión de KM. El segundo delito de cohecho consistió en aceptar, en fecha posterior al 23 de agosto de 2012, el pago de 500 000 € del vicepresidente del Consejo de Administración del banco KM por el asesoramiento para conseguir el levantamiento de las restricciones impuestas por la *FKTK* a sus actividades y evitar la imposición de otras en un futuro. Finalmente, el Ministerio Fiscal atribuyó a Rimšēvičs la comisión de un delito de blanqueo de capitales por la utilización de ese dinero para la adquisición de un inmueble a través de una sociedad ficticia.

Como Gobernador del Banco de Letonia cuyo último mandato finalizó en diciembre de 2019, Rimšēvičs era miembro del Consejo General (desde 2005) y del Consejo de Gobierno del BCE (desde 2014)(112). Según el Ministerio Fiscal letón, Rimšēvičs podría beneficiarse de su inmunidad sólo cuando actuase en calidad de miembro del Consejo de Gobierno del BCE. En el marco del procedimiento penal principal, los actos que se le imputaban no estaban vinculados al ejercicio de esas funciones. Por ello, el Ministerio Fiscal consideraba que no procedía aplicar el Protocolo núm. 7 *sobre los privilegios y las inmunidades de la UE*. Por su parte, la defensa de Rimšēvičs entendía que la inmunidad de jurisdicción prevista en dicho Protocolo de 2012 era aplicable a Rimšēvičs en lo referente a los actos realizados en condición de miembro del Consejo de Gobierno del BCE, figura sobre la que no operaba un «desdoblamiento funcional» porque el ejercicio de los cargos no podía separarse.

El órgano jurisdiccional letón, atendiendo a la petición de la defensa, planteó una cuestión prejudicial penal al TJUE, a quien dirigió cuatro cuestiones. La primera, si la condición de Gobernador del Banco de Letonia, de la que se derivaba la de miembro del Consejo de Gobierno BCE, confería automáticamente inmunidad a Rimšēvičs frente a las diligencias penales y los procedimientos judiciales nacionales. La segunda, y ante la respuesta afirmativa a la cuestión anterior, si la autoridad nacional responsable del procedimiento era competente para apreciar la «existencia de interés de la UE» o si, por el contrario, la suspensión de la inmunidad debía pedirse en todos los casos al BCE. La tercera, si la suspensión de la inmunidad operaba únicamente cuando los actos estuvieran relacionados con el ejercicio de una fun-

(112) Letonia se adhirió a la UE el 1 de mayo de 2005 y, con ello, el Gobernador del Banco de Letonia se convirtió en miembro del Consejo General del Banco Central Europeo. El 1 de enero de 2014, el país báltico adoptó el Euro como moneda oficial y su Gobernador se convirtió en miembro del Consejo de Gobierno del BCE.

ción en una institución de la UE (en el caso de autos, en el BCE). Finalmente, y en caso de existir dicha inmunidad procesal, el tribunal letón solicitaba al TJUE que aclarase en qué fase del procedimiento debía solicitar dicha suspensión.

Para resolver la cuestión prejudicial, el TJUE procedió a analizar dos tipos de normativa. Por un lado, la relativa a las inmunidades internacionales y de la UE ya abordada. Por otro, la normativa letona referente su banco central y a proceso penal(113). El examen de la normativa en materia de inmunidades llevó al TJUE a analizar el *Convenio de Viena de Relaciones Diplomáticas* de 1961 (arts. 29 a 31 sobre la inmunidad del agente diplomático), el artículo 343 TFUE y el *Protocolo* de 2012. La determinación de su ámbito de aplicación era condición necesaria para aclarar el reenvío que realiza el artículo 22 del Protocolo con respecto al BCE, miembros de sus órganos y personal(114). Este precepto, a la luz del artículo 130 TFUE(115) y del artículo 7 del *Protocolo 4 sobre los Estatutos del Servicio Europeo de Bancos Centrales y el BCE*, otorga la inmunidad de jurisdicción al Gobernador de un banco central nacional cuando haya realizado los actos «con carácter oficial» como miembro de un órgano del BCE. Igualmente, establece que el sujeto continuará disfrutando de inmunidad de jurisdicción después de haber cesado en el ejercicio de sus funciones. Sin embargo, no especifica a qué tipo concreto de inmunidad se refiere.

El TJUE entendió que el artículo 22 del Protocolo de 2012 otorga al Gobernador de un Banco Central de un Estado Miembro la inmunidad de jurisdicción prevista en el artículo 11, letra a) y lo hace con respecto de los actos que haya realizado con «carácter oficial» como miembro de un órgano del BCE. Sólo con respecto a esos actos, el sujeto continuará beneficiándose de esa inmunidad de jurisdicción después de haber cesado en el ejercicio de sus funciones. La existen-

(113) *Ley relativa al Banco Central de Letonia* (art. 2) y *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, concretamente sus arts. 10, 116.1 y 3 y 404, en los que se reconocen las inmunidades procesales conferidas por la Constitución y los Tratados Internacionales, puesto o profesión, posición o parentesco. El último precepto, el artículo 404 otorga la potestad al Ministerio Fiscal para determinar si existe fundamento para exigir responsabilidad penal a una persona que goza de inmunidad procesal penal y para remitir la propuesta a la autoridad competente para realizar diligencias penales contra esa persona.

(114) Artículo 22. «Este Protocolo será de aplicación asimismo al Banco Central Europeo, a los miembros de sus órganos y a su personal, sin perjuicio de los dispuesto en el Protocolo sobre el Sistema Europeo de Bancos Centrales y el Banco Central Europeo».

(115) Artículo 130 TFUE relativo a la creación y desempeño del SEBC.

cia de esa inmunidad no impide a la autoridad nacional responsable del procedimiento penal apreciar si el presunto delito cometido por el Gobernador de un banco central en su condición de miembro de un órgano del BCE, es un acto realizado en el desempeño de sus funciones en el seno de ese órgano (art. 11 a) en relación con arts. 17 y 22). *A sensu contrario*, la inmunidad de jurisdicción no se aplica cuando el beneficiario de dicha inmunidad es investigado en un procedimiento penal por actos que no han sido realizados en el marco de las funciones que ejerce por cuenta de una institución de la UE.

La existencia de inmunidad de jurisdicción en el ámbito de la UE no se opone a la práctica de diligencias penales y tampoco a que éstas puedan ser utilizadas en otros procedimientos judiciales. Sin embargo, el TJUE subraya que, si en la fase de investigación las autoridades competentes sospecharan que la persona investigada pudiera beneficiarse de inmunidad de jurisdicción con respecto a actos objeto de diligencias penales, están obligadas a solicitar la suspensión de la inmunidad a la institución de la UE de que se trate. Esta última estará obligada a concederla en los casos en los que estime que la inmunidad no es contraria a los intereses de la Unión(116). A pesar de lo anterior, el propio TJUE reconoce la dificultad de evaluar si el comportamiento de una persona objeto de investigación está determinado por toda la información de que dispone debido a su doble condición institucional. Por esa razón, el órgano estima que no siempre es fácil disociar la inmunidad concedida en interés de la UE de los actos realizados fuera del ámbito de aplicación de dicha inmunidad. En caso de duda, la autoridad nacional está obligada a recabar, en virtud del «principio de cooperación leal», la opinión del BCE y a atenerse a ella. Corresponde exclusivamente al BCE apreciar cuándo conoce de una solicitud de suspensión de la inmunidad de un Gobernador y si ésta es contraria a los intereses de la Unión, sin perjuicio de que el TJUE proceda eventualmente al control de esa apreciación(117).

Las inmunidades de la UE, a pesar de sus particularidades derivadas de la propia estructura institucional de la que proceden, son uno de los mejores ejemplos de una interpretación restrictiva de la inmunidad funcional. El desarrollo de las funciones atribuidas a las instituciones comunitarias y la persecución de los delitos cometidos en el ejercicio de esas funciones no son términos antagónicos. Si bien la institución comunitaria es la encargada de decidir acerca del mante-

(116) Protocolo núm. 7 de 2012, artículo 17, párrafo segundo.

(117) Parágrafo 74 y 75, STJUE (Gran Sala) de 30 de noviembre de 2021 C3/20, LR Ģenerālprokuratūras Con referencia expresa a su fallo de 26 de febrero de 2019, Rimšēvičs y BCE / Letonia (C202/18 y C238/18).

nimiento de la inmunidad, su decisión queda condicionada a que el acto no sea contrario a los intereses de la Unión. Al mismo tiempo, la existencia de la inmunidad no supone un obstáculo para que los órganos jurisdiccionales competentes lleven a cabo las actuaciones correspondientes para investigar y esclarecer los hechos. Como acertadamente mantiene el TJUE, lo contrario sería apostar por una «interpretación amplia de la inmunidad de jurisdicción, que incluyera la investigación policial y judicial y la fase previa del procedimiento penal que podría llevar a conferir a los funcionarios y agentes de la Unión una cuasi exención de responsabilidad penal y a obstaculizar abusivamente el ejercicio de la justicia penal en el Estado miembro de que se trate cuando uno de ellos se vea afectado». El respeto al Estado de Derecho consagrado en el artículo 2 TUE se consigue en este caso limitando la inmunidad de la UE a su ámbito meramente funcional e imponiendo al órgano jurisdiccional la obligación de consulta a la institución UE (art. 18, Protocolo Inmunities 2012, *principio de cooperación leal*).

VII. CONCLUSIONES

Los delitos de corrupción y blanqueo de capitales cometidos a gran escala se caracterizan por presentar elementos transnacionales o internacionales que dificultan su persecución. En primer lugar, porque las opciones de persecución extraterritorial previstas en convenciones o tratados pueden no ser suficientes si la tipicidad de la conducta no se contempla en los ordenamientos jurídicos de los Estados parte. En segundo lugar, por la posible aparición de inmunidades que, proyectadas sobre personas físicas y/o jurídicas, vinculan a la persona o al ente con el Estado soberano o con la Organización Internacional que las concede. Como resultado, la aplicación de la norma penal del Estado territorial se encuentra con los problemas interpretativos que se derivan de la gran fragmentación normativa de los delitos transnacionales y de la propia naturaleza consuetudinaria de la inmunidad.

La delimitación del ámbito de aplicación de las inmunidades estatales con respecto a los delitos de naturaleza transnacional como la corrupción y el blanqueo de capitales presenta notables dificultades. En primer lugar, debido al peso que el derecho consuetudinario tiene en la propia institución de la inmunidad y, con ello, en la configuración de un sistema de fuentes *sui generis*. En segundo lugar, por el hecho de que la *teoría general de las inmunidades* tal y como la conocemos en relación con ilícitos de naturaleza penal

esté construida sobre la base del reconocimiento y aceptación de normas de *ius cogens*, cuya vulneración exceptúa la aplicación de la inmunidad del Estado.

El reconocimiento de los límites de las normas perentorias a la inmunidad absoluta de los Estados fue posible gracias al proceso codificador llevado a cabo por Naciones Unidas a partir de 1945, cuyas particularidades son fundamentalmente dos. La primera, el hecho de haber tenido como elemento central exclusivamente a los «delitos internacionales puros» (genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra y tortura). Es decir, a aquellos ilícitos que se caracterizan por atentar contra un bien jurídico internacional, colectivo o universal, aunque tengan una proyección sobre bienes jurídicos personalísimos como la vida, la integridad física y psíquica y la libertad. La segunda, que el afianzamiento de esas excepciones de inmunidad basadas en la existencia de *ius cogens* se ha visto apuntalada por la jurisprudencia emanada de unos tribunales penales internacionales con una jurisdicción material y personal muy limitada y por la práctica de algunos tribunales estatales. Si bien ese proceso ha permitido distinguir claramente entre inmunidades procesales (*ratione personae*) y sustantivas o funcionales (*ratione materiae*), ha terminado construyendo una teoría de la inmunidad centrada en una categoría muy concreta de delitos (los internacionales).

El intento de trasladar una teoría general de las inmunidades estatales construida para los delitos internacionales puros a los delitos de naturaleza transnacional no puede producir resultados satisfactorios. En primer lugar, porque con respecto al ilícito supondría equipara su comisión con la vulneración de normas de *ius cogens*, algo que las convenciones en materia de delitos transnacionales no son. En segundo lugar, porque esos instrumentos internacionales, lejos de constituir normas de naturaleza perentoria, se aplican a modalidades delictivas sólo cuando presentan «transcendencia internacional». Dicho en otras palabras, el ilícito es relevante a efectos internacionales sólo cuando «transciende» el ámbito nacional o doméstico. Es en estos casos cuando se activa una cooperación de los Estados basada en una «conveniencia» mutua.

La pregunta que surge a continuación es si existe y, en su caso, sobre qué cimientos se asienta una teoría de las inmunidades aplicable a los delitos transnacionales. Para intentar responder a esta cuestión es necesario recordar que la irrupción del Estado en el tráfico mercantil llevó a plantear el reconocimiento de excepciones de inmunidad soberana basadas en el desarrollo de actividades comerciales. La teoría de la «inmunidad absoluta» del Estado, asentada desde 1812 con el fallo

Schooner Exchange v. Mac Faddon, se vería así limitada por la llamada excepción de la «actividad comercial», que buscaba equilibrar la posición de los sujetos de la relación mercantil cuando uno de ellos era instrumento, agencia o ente estatal. Esa excepción permitía distinguir entre actos *iure imperii* / *iure gestionis*, sometiendo estos últimos al control jurisdiccional de los tribunales. El reconocimiento de la excepción de la «actividad comercial» en las leyes estatales de inmunidad soberana dotó de seguridad jurídica a los actores que se relacionaban con el Estado y con sus instrumentos. Sin embargo, seguía sin resolver los problemas de la excesiva fragmentación del sistema de fuentes y de la ausencia de un marco internacional unívoco en la materia. Pero, por encima de todo, no clarificaba si dichas excepciones de inmunidad eran también aplicables frente a la posible comisión de delitos cometidos en el marco esa actividad comercial.

«Elemento estatal» e «inmunidad» pueden estar presente en los delitos de corrupción y blanqueo de capitales porque el autor, siendo funcionario, agente público, instrumento o agencia, lleve a cabo ese tipo de comportamientos extraterritorialmente. Cuando se trate de persona física el concepto clave será la «inmunidad material o funcional». Cuando estemos ante comportamientos de instrumentos o agencias del Estado, lo será el *iure gestionis*. La interpretación de ambos conceptos en relación con la titularidad del bien jurídico protegido por los ilícitos de corrupción y blanqueo permitiría distinguir comportamientos que desbordan el marco penal por realizarse en «beneficio propio o de terceros», de otros que son fruto del ejercicio del poder público. Esta postura supondría, no obstante, utilizar la «excepción comercial» y el *iure gestionis* como base para construir una teoría de inmunidades propia de los delitos transnacionales.

La propuesta anterior ha sido asumida parcialmente por tribunales de naturaleza nacional, supranacional e internacional en relación con posibles inmunidades estatales de personas físicas, jurídicas e «híbridas» y por delitos de corrupción y blanqueo de capitales. En recientes decisiones, esos órganos han rechazado la existencia de inmunidades estatales atendiendo a la naturaleza transnacional de los delitos y a los objetivos y fines previstos por los tratados y convenios internacionales que los regulan. Sólo a través de esta interpretación teleológica han podido sortear las remisiones genéricas que estos instrumentos realizan a la costumbre internacional en materia de inmunidades. La finalidad no parece ser otra que evitar la externalización de los efectos de la corrupción y su impunidad buscando un equilibrio entre el respeto a la inmunidad estatal y la protección penal de bienes jurídicos. La discusión, no obstante, sigue y seguirá abierta.

VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AKANDE, D., / SHAH, S., «Immunities of State Officials, International Crimes, and Foreign Domestic Courts», *European Journal of International Law*, vol. 21, n 4, 2010, pp. 815-852.
- ALEEV, M., / SONG, Y., «Corruption and product market competition and empirical investigation», *Journal of Development Economics*, vol. 103 (1), 2013, pp. 154-166.
- ANDRES SÁENZ DE SANTAMARÍA, P., «Relevo del mandato del gobernador del banco central nacional y el papel del Tribunal de Justicia: la independencia justifica el control. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 26 de febrero de 2019, Rimšēvičs y BCE c. Letonia», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 63, 2019, pp. 629-649.
- AVBELJ, M., «The European Central Bank in National Criminal Proceedings», *European Law Review*, 4, 2017, pp. 474-490.
- BAUCELLS, LLADÓS, J., «Las empresas del sector público empresarial responsables penalmente», *Estudios Penales y Criminológicos*, 42, 2022, pp. 1-22.
- BELSKY, A. C., / MERVA, M., / ROHT-ARRIAZA, N., «Implied waiver under the fsia: proposed exception to immunity for violations of preemptory norms of international law», *California Law Review*, 77(2), 1989, pp. 365-416.
- BLANCO CORDERO, I., «Responsabilidad penal de la personal jurídica extranjera por delitos cometidos en España», *Revista Electrónica de Derecho Penal y Criminología*, 25, 2023, pp. 1-32.
- BOISTER, N., «Transnational Criminal Law», *European Journal of International Law*, (14) (5), 2003, pp. 953-976.
- BRADLEY, C. A., «Conflicting approaches to U. S Common Law of Foreign Official Immunity», *American Journal of International Law*, vol. 115, issue 1, 2021, pp. 1-19.
- BUTLER, G., «Immunities of National central Banks on Member States under EU Law: Commission v. Slovenia (ECB Archives)», *Common Market Law Review*, vol. 58, issue 6, 2021, pp. 1895-1916.
- CREUTZ, K., *State responsibility in the International legal order*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020.
- DEFEIS, E., «The Foreign Sovereign Immunities Act and the Human Rights violation», *ILSA Journal of International and Comparative Law*, vol. 8, 2002, pp. 363-371.
- FERRER LLORET, J., «La inmunidad de jurisdicción del Estado ante el TEDH: la alargada sombra del Derecho Internacional consuetudinario», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 34, 2017, pp. 1-56.
- GAUKRODGER, D., «Foreign State Immunity and Foreign Government Controlled Investors», *OECD Working Papers on International Investment*, 2010/02, p. 29, disponible en <http://dx.doi.org/10.1787/5km91p0ksqs7-en>.

- HARDT, S., «Fault lines of the European Parliament mandate: the immunity of Oriol Junqueras Vies Case Note», *European Constitutional Law Review*, 16, 2020, pp. 170-185.
- HIGHET, K., / KAHALE, G., / DELAUME, G., «Sovereign immunity— central banks-waiver of immunity from prejudgment attachment— U. S Foreign Service Immunities Act», *American Journal of International Law*, 88 (2), 1994, pp. 340-342.
- HINAREJOS PARGA, A., «The Court of Justice annuls a national measure directly to protect ECB independence: Rimšēvičs», *Common Market Law Review*, vol. 56, issue 6, 2019, pp. 1649-1660.
- JARVIS, R. M., «The Tatte Letter: some words regarding the authorship», *American Journal of Legal History*, 55, 4, 2015, pp. 465-472.
- KEITNER, C. I., «Prosecuting Foreign States», *Virginia Journal of International Law*, vol. 61: 2, 2021, pp. 221-270.
- KYRIAKAKIS, J., «Corporations before the International Criminal Court», *Leiden Journal of International Law*, vol. 30, issue 1, 2017, pp. 221-240.
- KLITGAARD, R., «International Cooperation against corruption», *Finance and Development*, International Monetary Fund, March, 1998, pp. 3-6.
- LAUTERPACHT, H., «The problema of jurisdictional immunities of foreign states», *British Yearbook of International Law*, 28, 1951, pp. 220-272.
- LIU, M. Q., «The scope of Sovereign Criminal Immunity: instrumentalities under the Foreign Sovereign Immunities Act», *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 60, issue 1, 2021, pp. 277-311.
- MC CLEAN, D., *Transnational organized crime: a commentary on the Convention and its Protocols*, Oxford University Press, Oxford, 2007.
- MARTÍNEZ GUERRA, A., «Blanqueo de capitales y persecución extraterritorial. Opciones internacionales, supranacionales y comunitarias», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 39, 2023, pp. 1-52.
- MOLOT, H. L., / JEWETT, M. L., «The State Immunity Act of Canada», *Canadian Yearbook of International Law / Annuaire Canadien de Droit International*, vol. 20, 1983, pp. 79-122.
- MURPHY, S. D., «Immunity Ratione Materiae of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction: Where Is the State Practice in Support of Exceptions?», *American Journal of International Law Unbound*, 112, 2018, pp. 4-8.
- NIEHUSS, J. M., «International Law-Sovereign Immunity-The first decade of the Tate Letter Policy», *Michigan Law Review*, vol. 60, issue 8, 1962, pp. 1142-1153.
- ORTIZ-ARCE DE LA FUENTE., A., «Las inmunidades de jurisdicción y de ejecución del Estado extranjero en el contexto de la economía de mercado. Especial referencia al Convenio del Consejo de Europa de 16 de mayo de 1972», *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 6, núm. 2, 1979, pp. 503-548.
- PAPARINSKIS, M., «Introductory note to immunities and criminal jurisdiction (Equatorial Guinea v. France). Preliminary Objections (I. C. J)», *International Legal Materials*, 58 (1), 2019, pp. 1-70.

- REINISCH, A., (ed.) *The privileges and immunities of international organizations in domestic courts*, Oxford University Press, Oxford, 2013.
- ROHER, J. S., / DALLA GUARDA, N., / KHALID, M., *Transnational crime: Law, Theory and Practice at the Crossroad*, Routledge, London and New York, 2017.
- ROSE, C., / KUBICIEL, L. O., / LANDWEHR, O., *The United Nations Convention against corruption*, Oxford University Press, Oxford, 2019.
- RUYS, T., / ANGELET, N., / FERRO, L., *The Cambridge Handbook of Immunities and International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019.
- SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción Universal penal y Derecho Penal internacional*, Tirant Monografías, Valencia, 2004.
- SHLEIFER, A., / VISHNY, R. W., «Corruption», *The Quarterly Journal of Economics*, volume 108, Issue 3, 1993, pp. 599-617.
- SMITS, R., «A national measure annulled by the European Court of Justice or high level judicial protection for independent central bankers», *European Constitutional Law Review*, 16, 2020, pp. 120-144.
- SUNDELL, J., 'Ill-Gotten Gains: The Case for International Corporate Criminal Liability', *Minnesota Journal of International Law*, 20, 2011, pp. 648-680.
- TRIDIMAS, T., / LONARDO, L., «When can a national measure be annulled by the ECJ? Case C-202/218 Ilmārs Rimšēvičs v. Republic of Latvia and case C-238/18 European Central Bank and Republic of Latvia», *European Law Journal*, vol. 5, 2020, pp. 732-744.
- VAN ALEBEEK, R., «Prosecuting corruption before an International Criminal Court: whither immunity rules?», *Transnational Criminal Law Review*, 2(1), 2023, pp. 35-58.
- «The “International Crime” Exception in the ILC Draft Articles on the Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction: Two Steps Back?», *AJIL Unbound*, 112, 2018, pp. 27-32.
- WARBRICK C., / MCGOLDRICK D., / FOX H., «The Pinochet Case No. 3», *International and Comparative Law Quarterly*, 8(3), 1999, pp. 687-702.
- WEBB, P., «How Far Does the Systemic Approach to Immunities Take Us?», *American Journal of International Law Unbound*, 112, 2018, pp. 16-21.
- WIRTH, S., «Immunity for core crimes? The ICJ's judgment in the Congo v. Belgium case», *European Journal of International Law*, vol 13, issue 4, 2002, pp. 877-893.
- ZAPPALA, S., «Do Head of the States in office enjoy immunity from jurisdiction for international crimes? The Ghaddafi case before the the French Cour de Cassation», *European Journal of International Law*, vol. 13, issue 2, 2001, pp. 595-612.

Desarrollo tecnocientífico y bienes jurídicos. Cuando la tecnología revela lo importante

MARIANA N. SOLARI MERLO

Profesora Titular de Derecho Penal. Universidad de Cádiz

RESUMEN

El desarrollo tecnocientífico es un fuerte motor que impulsa el progreso de la sociedad y contribuye a elevar los niveles de bienestar alcanzados. En las sociedades actuales, altamente tecnificadas, su grado de imbricación en el tejido social es tal que difícilmente pueda concebirse algún aspecto de la vida donde la tecnología no esté implicada. Esto supone que, a la par que sus beneficios se extienden, también lo hacen los riesgos que su desarrollo implica, puesto que ninguna innovación tecnocientífica está exenta de cierta dosis de incertidumbre y potencial peligro.

La tecnología supone cambios en todos los aspectos de la vida, y el derecho, como parte de la misma, no queda al margen de sus implicaciones. En el ámbito del derecho penal español, el desarrollo tecnocientífico ha conllevado hondas transformaciones, mas la fundamental es la que se produce en su núcleo esencial, esto es, en la propia concepción del bien jurídico. En este sentido, se hace necesario retornar a la reflexión sobre aquello que realmente debe ser valorado por el derecho penal para estar en condiciones de analizar si estas nuevas áreas descubiertas por el desarrollo tecnocientífico presentan las características necesarias para ser objeto de protección penal.

Palabras clave: Derecho penal del riesgo, bien jurídico, bienes jurídicos colectivos, delitos medioambientales, delitos contra el patrimonio genético, delitos contra la seguridad colectiva.

ABSTRACT

Technoscientific development is a strong driving force behind the progress of society and contributes to raising the levels of well-being achieved. In today's highly technological societies, the degree to which technology is embedded in the social fabric is such that it is difficult to conceive of any aspect of life in which technology is not involved. This means that, as its benefits spread, so do the risks involved in its development, since no techno-scientific innovation is exempt from a certain amount of uncertainty and potential danger.

Technology entails changes in all aspects of life, and law, as a part of it, is not exempt from its implications. In the field of Spanish criminal law, techno-scientific development has led to profound transformations, but the fundamental one is that which occurs in its essential nucleus, that is, in the very conception of the legal good. In this sense, it is necessary to return to the reflection on what should really be valued by criminal law in order to be in a position to analyse whether these new areas discovered by techno-scientific development have the necessary characteristics to be the object of criminal protection.

Keywords: Criminal law of risk, Legally protected interest, Supra-individual interests, Environmental crimes, Crimes against genetic heritage, Crimes against collective security.

SUMARIO: Introducción.–1. El concepto de bien jurídico penal.–2. Evolución tecnocientífica y bienes jurídicos. 2.1 Nuevas formas de lesión de bienes jurídicos existentes. 2.2 Nuevos bienes jurídicos descubiertos por la evolución tecnocientífica. 2.2.1 Medioambiente. 2.2.2 Patrimonio genético humano. 2.3 Nuevos bienes jurídicos creados por la evolución tecnocientífica.–3. Conclusiones.–4. Referencias bibliográficas.

INTRODUCCIÓN

Las innovaciones tecnocientíficas constituyen un motor fundamental para el impulso del progreso social. Mejora generalizada de las condiciones de vida, aumento del conocimiento existente sobre diversos fenómenos, capacidad de prevención ante fenómenos naturales, aumento de riqueza, generación de empleo, entre otros, son las implicaciones habitualmente señaladas cuando se habla de innovación tecnocientífica. Mas este listado de ventajas, que podría extenderse considerablemente, debe ser complementado con la enumeración de

riesgos que su desarrollo implica. Con cada nuevo ámbito hacia donde se extiende la actividad del ser humano van surgiendo nuevos aspectos que hacen peligrar su integridad. En este sentido, el papel del derecho ha estado encomendado a paliar esta inseguridad a través de la normativización de los riesgos que se van generando.

La generación de riesgos es inherente al funcionamiento actual de la sociedad; una sociedad del riesgo, como acertadamente la caracterizaría el sociólogo alemán Ulrich Beck en la década de 1980(1). La conceptualización realizada entonces no fue más que fruto del agudo análisis de las características que hace tiempo habían comenzado a manifestarse de modo global y que marcarían una clara tendencia en el modo de funcionar de las sociedades actuales. Una sociedad que convive con el riesgo, como cualquier otra, pero caracterizada por su incapacidad para gestionarlos.

Se trata de riesgos globales, que afectan a toda la humanidad y, lo que resulta aún más preocupante, en ocasiones son imperceptibles para el ser humano, por lo que su previsión no siempre es posible. La sociedad del riesgo supone que el acontecer de la vida se ve inmerso en un contexto de innovaciones tecnocientíficas de consecuencias inciertas y una creciente complejidad en las estructuras sociales, económicas y de poder. Un contexto donde la evitación del peligro y del riesgo no resulta factible en todas las ocasiones y, cuando lo es, entran en juego otros factores en la propia valoración del riesgo y/o sus consecuencias, tales como el progreso, el crecimiento económico, la generación de puestos de empleo, entre otros(2).

El derecho debe hacer frente a esta situación. Debe abordar la incertidumbre que deriva de la evolución tecnocientífica aportando cotas de seguridad. El derecho administrativo suele ser la principal área de conocimiento implicada en la regulación de riesgos, mas cuando estos adquieren una mayor –y potencial– expansión, es habitual que se recurra al derecho penal. Regular la incertidumbre siempre es una tarea compleja, pero hacerlo desde una disciplina que debe caracterizarse por su certeza y estricta necesidad –como es el derecho penal– plantea enormes problemas muy difíciles de superar sin trastocar los fundamentos básicos de la propia disciplina. Así, a lo largo de los años, el derecho penal se ha ido transformando, adaptando a la

(1) BECK, U., *La sociedad del riesgo global*, siglo XXI de España, Madrid, 2002, pp. 32-33.

(2) Desarrollando en profundidad las implicaciones de la sociedad del riesgo para el derecho penal, cfr., SOLARI MERLO, M. N., *Ciencia jurídico penal y ciencias experimentales. Enfoques divergentes ante el riesgo de la tecnociencia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022., pp. 175 ss.

nueva regulación de lo incierto. Formas de intervención anticipada, trazos del principio administrativo de precaución, un mayor empleo de leyes penales en blanco, el castigo habitual de la imprudencia, entre otros, han sido los recursos habitualmente empleados. El cambio de mayor relevancia, no obstante, vino a través del reconocimiento de nuevos bienes jurídicos que sólo la innovación tecnocientífica permitió identificar al ponerlos en peligro. Así, la seguridad colectiva, la salud pública, el medioambiente o el patrimonio genético, entre otros. Toda vez que el bien jurídico constituye el fundamento básico y exclusivo de la intervención penal, es menester, pues, retornar al estudio de su significado para poder analizar la legitimidad de estas nuevas áreas de expansión del concepto.

1. EL CONCEPTO DE BIEN JURÍDICO PENAL

La necesidad de hallar un concepto material del bien jurídico resulta fundamental si se lo quiere dotar de un contenido limitador de la coacción estatal. Un constructo meramente formal o altamente impreciso carece de la fuerza necesaria para llevar a cabo esta misión. En cambio, como apunta Bustos(3),

«una consideración material del bien jurídico le dota de contenido, este aparece no como un mero símbolo o metáfora, sino como una relación social concreta, que, por tanto, de partida, ha de implicar la participación de los sujetos en el proceso social y, consiguientemente también, llegado el caso, en el proceso económico. Así, concebido el bien jurídico como una síntesis normativa determinada de una relación social concreta y dialéctica aparece totalmente nítida su diferenciación con el derecho subjetivo o bien con el objeto de protección del derecho civil o mercantil».

Una concreción del bien jurídico que debe partir siempre de una valoración, entendida esta, como apunta Terradillos, en términos de juicios éticos y al verdadero efecto social que tienen los hechos, no por su concordancia o contraposición a determinada ética(4).

(3) BUSTOS RAMÍREZ, J., «Los bienes jurídicos colectivos», *Revista de derecho penal*, vol. 27, 27, 2019, p. 470.

(4) TERRADILLOS BASOCO, J. M., «La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 63, 1981, p. 131.

Ciertamente, existen diversas propuestas de materialización del bien jurídico que han sido desarrolladas a lo largo de los años(5). En algunas de estas, se pone en el foco de atención a los intereses de la persona o a las relaciones sociales que las rodean(6); otras, en cambio, buscan una materialización asociada al propio sistema jurídico, en especial a los derechos y valores reconocidos en la Constitución(7).

(5) Existen también propuestas alternativas que fundamentan la intervención penal en otros aspectos tales como la protección de las normas o el *harm principle*. En profundidad, JAKOBS, G., *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, Civitas, Madrid, 1996; «¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?», *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, vol. 7, 11, 2001; MIRÓ LLINARES, F., «La criminalización de conductas “ofensivas”», *RECPC*, 17-23, 2015; «Lo que queda (y debe quedar) del bien jurídico en Derecho penal», en José Luis González Cussac, José Leon Alapont (eds.) *Estudios jurídicos en memoria de la Profesora Doctora Elena Górriz Royo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020; VON HIRSCH, A., «El concepto de bien jurídico y el “principio del daño”», en Roland Hefendehl (ed.), Rafael Alcácer Guirao (trad.) *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juegos de abalorios dogmáticos?*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

(6) Así, cabe citar la caracterización fundada en la realidad social, pero ceñida al marco constitucional de Rudolph, quien entiende el bien jurídico como «un presupuesto para la vida común próspera de los individuos libres en nuestra sociedad estatal, delimitándolo, a su vez, de las puras ideas morales, cuyo menosprecio carezca de efectos sociales dañosos», RUDOLPH, H. J., «Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico», *Nuevo pensamiento penal*, vol. 5, 8, 1975; el interés de la persona, directo o indirecto que propugnan ALCÁCER GUIRAO, R., *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?: apuntes sobre el concepto material del delito*, Atelier, Barcelona, 2003; MIR PUIG, S., «Límites del normativismo en derecho penal», *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 7, 2005, p. 62; los intereses personales y colectivos de los individuos HASSEMER, W., «Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos», en *Pena y Estado: [función simbólica de la pena]*, Editorial Jurídica ConoSur Ltda, Santiago de Chile, 1995; «¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?», en Roland Hefendehl (ed.), Beatriz Spínola Tártalo (trad.) *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juegos de abalorios dogmáticos?*, Marcial Pons, Madrid, 2007; determinadas relaciones sociales, HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho: el objeto protegido por la norma penal*, 2a ed., Editorial Jurídica ConoSur, Santiago de Chile, 1992; o la satisfacción de necesidades humanas TERRADILLOS BASOCO, J. M., «La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal», *cit*.

(7) Entre otros, MUÑOZ CONDE, F., «Protección de bienes jurídicos como límite constitucional del Derecho penal», en *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Cizur Menor, 2001; SCHÜNEMANN, B., «El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación», en Roland Hefendehl (ed.), María Martín Lorenzo, Mirja Feldmann (trads.) *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juegos de abalorios dogmáticos?*, Marcial Pons, Madrid, 2007. En profundidad, sobre las diferentes concepciones existentes, cfr. ALONSO ÁLAMO, M., «Bien jurídico penal: más allá del constitucionalismo de los derechos», en *Bien jurídico penal y*

La gran disparidad de propuestas ofrecidas viene a demostrar que, si bien existe un reconocimiento prácticamente unánime –y con las salvedades apuntadas– de que la necesidad de protección de bienes jurídicos se alza como un principio limitador de la intervención del derecho penal, se hace tremendamente complejo hallar una definición que abarque realidades tan dispares como las que viene a representar en las diversas ocasiones.

Entendemos que el análisis del bien jurídico debe partir de una concepción antropológica de la cuestión. Esto es, se debe colocar al ser humano como punto de partida y referencia para cualquier concepción. Es el ser humano y sus necesidades de desarrollo quien debe marcar las pautas de lo que debe entenderse por bien jurídico. Como señala Terradillos, los bienes jurídicos suponen la protección de las condiciones de satisfacción de necesidades existenciales, un mínimo vital mudable históricamente, «objetivo –susceptible de discusión racional–, generalizado –válido en las distintas circunstancias– y dinámico –con capacidad para adaptarse flexiblemente a las diversas fases del progreso»(8). Ahora bien, si consideramos que la función del derecho es la prevención del conflicto social, sea evitándolo mediante la regulación de situaciones potencialmente conflictivas, sea proporcionando vías de resolución una vez que estas han surgido –soluciones justas, que no generen un conflicto añadido–, y que el derecho penal se alza como instrumento para prevenir los conflictos más graves en la sociedad(9), tenemos que afirmar que la protección de la persona no puede reducirse, de modo exclusivo, a su individualidad. Y esto es así porque las necesidades humanas guardan relación con entes de diverso tipo(10). Así, de modo sintético, podemos afirmar que:

– Todo bien jurídico debe fundamentarse inexcusablemente en el ser humano y en la satisfacción de sus necesidades. También podemos llamar a esto último el desarrollo de la persona o personalidad.

derecho penal mínimo de los derechos humanos: estudios, Universidad de Valladolid, Valladolid, 2014; PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 8a, Tecnos, Madrid, 2003

(8) TERRADILLOS BASOCO, J. M., «La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal», *cit.*, p. 139; «Función simbólica y objeto de protección del Derecho Penal», en *Pena y Estado: [función simbólica de la pena]*, Editorial Jurídica ConoSur Ltda, Santiago de Chile, 1995

(9) De modo similar, TERRADILLOS BASOCO, J. M., «La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal», *cit.*, pp. 147-148.

(10) HEFENDEHL, R., «¿Debe ocuparse el Derecho Penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto», *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, vol. 4, 14, 2002, pp. 6-7; OCTAVIO DE TOLEDO y

- Estas necesidades sobrepasan la mera individualidad.
- Existen necesidades básicas que guardan relación con la mera supervivencia del ser y otras con el mantenimiento de cierto estado de bienestar alcanzado. Estas últimas, legítimas al igual que las anteriores, están vinculadas al contexto histórico y socio cultural en el que se desenvuelve la persona.
- El conflicto social –aquel que el derecho debe prevenir– surge cuando una persona se ve privada de la satisfacción de estas necesidades. Esta privación proviene siempre de una manifestación del poder, sea poder individual de un tercero –persona física o jurídica–, sea de un sistema político o modelo económico que lo excluye, impidiendo su desarrollo personal.
- La misión del derecho debiera ser la remoción de cuantos obstáculos se impongan en la satisfacción de estas necesidades(11). Ante tamaña utopía, debemos conformarnos –que no es poco– con exigir al derecho penal que proteja los casos más graves de privación. Y sólo estos. Un exceso de derecho penal mediante la criminalización de conflictos superfluos, que pueden resolverse por vías menos lesivas, generaría un conflicto añadido por la limitación innecesaria de derechos fundamentales.
- Si bien la protección de necesidades que guardan relación con la mera supervivencia no suele ser cuestionada (así, bien jurídico vida, integridad, patrimonio, libertad sexual, etc.), las relativas a la consecución o mantenimiento de ciertos niveles de bienestar se presenta problemática dado que, como se ha dicho, ese bienestar es un constructo variable histórica y socioculturalmente. Fuertes aspectos ideológicos influyen también en la identificación de una situación como

UBIETO, E., «Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 43, 1, 1990, p. 16; BUSTOS RAMÍREZ, J., «Los bienes jurídicos colectivos», *cit.*, p. 472; CRUZ BOTTINI, P., «Principio de precaución, Derecho Penal y sociedad de riesgos», *Revista General de Derecho Penal*, 7, 2007, pp. 26-27. Resultan también fundamentales las obras de AMELUNG, K., «El concepto “bien jurídico” en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos», en Roland Hefendehl (ed.), Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno (trad.) *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juegos de abalorios dogmáticos?*, Marcial Pons, Madrid, 2007; HASSEMER, W., «¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?», *cit.*; STERNBERG-LIEBEN, D., «Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador», en Roland Hefendehl (ed.), Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno (trad.) *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juegos de abalorios dogmáticos?*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

(11) HEFENDEHL, R., «¿Debe ocuparse el Derecho Penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto», *cit.*, pp. 8-9. El autor hace referencia a las posibilidades de participación de los individuos en el sistema social.

conflictiva y, aún más, conflictiva en términos penales. Así, por ejemplo, en relación a las necesidades relacionadas con el bienestar alcanzado, cabe citar la relativamente reciente protección de los consumidores o trabajadores. Pero incluso las primeras –necesidades asociadas a la supervivencia– son también cuestionadas en diversas ocasiones. En este sentido, la propia tutela penal del medioambiente, elemento fundamental para la existencia del ser humano, ha sido fuertemente cuestionada⁽¹²⁾ y no se incorporaría al Código penal hasta la década de 1980.

– Esto conduce a distinguir entre bienes jurídicos penales cuyo ataque supone una merma inmediata (o directa) en el bienestar humano (vida, integridad, patrimonio, etc.) y otros que lo hacen de modo mediato (o indirecto), donde el deterioro del bienestar se produce por la acumulación de acciones. En relación a estos últimos podemos citar la contaminación medioambiental o el incumplimiento de las obligaciones tributarias, donde una única acción difícilmente tendrá entidad suficiente como para incidir en el bienestar humano.

– Así, ese carácter mediato puede presentar diversos grados, esto es, presentan una proximidad variada a la merma del bienestar. Así, por ejemplo,

- la protección de la salud pública (en relación a los medicamentos y alimentos) mediante la prohibición de alteración ilícita de productos se fundamenta en tratarse de productos que, de llegar al consumidor final, pueden mermar su salud o, incluso, acabar con su vida;

- la protección del medioambiente está justificada en que la repetición de estas conductas –hasta alcanzar cierto nivel– empeora las condiciones de vida del ser humano toda vez que la contaminación puede tener incidencia en su salud y el agotamiento de recursos –o su inutilización por contaminación– poniendo en riesgo la supervivencia de la especie;

- la protección de la función recaudatoria del Estado tiene su razón de ser en que el incumplimiento de obligaciones tributarias repercute negativamente en los ingresos estatales lo cual, a su vez, incide negativamente, entre otros, en los aspectos sociales por la limitación de recursos.

– Todos los supuestos mediatos suponen una anticipación de la intervención penal. No se espera a que se produzca una lesión en el bien jurídico inmediato, en la individualidad del sujeto, sino que se

(12) Señala BUSTOS que todos los bienes jurídicos colectivos tienen una referencia al carácter social o económico de las necesidades humanas. BUSTOS RAMÍREZ, J., «Los bienes jurídicos colectivos», *cit.*, pp. 473-474.

anticipa la tutela penal y, en este sentido, los bienes mediatos adquieren una entidad propia hasta constituirse en bienes jurídicos autónomos. La cuestión problemática en este sentido será determinar hasta dónde –dentro de esa mediatez– puede llegar la intervención penal.

Así, el bienestar del ser humano –entendido como necesidades– es el único fundamento de los bienes jurídicos. No cabe confundir el fundamento o justificación de los bienes jurídicos, cifrado en lo anterior, con el propio bien jurídico tutelado. En algunos casos, ambos constructos son coincidentes, como cuando en el homicidio se protege de modo directo la vida humana. En otros, entendemos, debe hacerse un especial esfuerzo para tener presente esta distinción, como ocurre en la protección del medioambiente (bien jurídico), únicamente justificada en evitar una merma en las condiciones de vida de los seres humanos (fundamento). *Sensu contrario*, no puede ser calificado como bien jurídico ningún ente cuya protección no redunde en un beneficio del ser humano. En este sentido, el Estado debe garantizar unos mínimos de bienestar iguales para todos. Esto obliga a que los colectivos más desfavorecidos o minoritarios reciban una especial protección a efectos de equiparse con el resto de la ciudadanía. Así, al situarse al ser humano en el centro, este no puede subyugarse a la colectividad(13). Esto es, no es lícita autoprotección del Estado(14) en detrimento de la libertad individual ni la protección de entes que no representan a todos los ciudadanos, tales como la moral pública.

Existen dos cuestiones especialmente problemáticas para las cuales, entendemos, no pueden apuntarse más que criterios generales dado que sus múltiples y variadas implicaciones obligan a atender y analizar caso a caso conforme vayan surgiendo. La primera, relacionada con el mantenimiento del bienestar humano, es la propia identificación de situaciones conflictivas y la necesidad de acudir al derecho penal para resolverlas; la segunda, relacionada con el carácter mediato de la incidencia en el bienestar humano de determinadas conductas, es la determinación del momento anticipado en que, en su caso, deberá intervenir el derecho penal, dado que esa potencial incidencia puede llevar a alejarse mucho de una efectiva lesividad.

Es en este marco donde se introduce o refuerza la protección penal de determinados bienes jurídicos considerados en peligro por el normal funcionamiento de la actividad tecnocientífica propia de las socie-

(13) *Ibíd.*, pp. 473 y 435.

(14) MIR PUIG, S., «Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del Ius puniendi», *Estudios penales y criminológicos*, 14, 1989, p. 212.

dades modernas(15). Se trata de bienes cuya dañosidad, se entiende, va más allá del posible perjuicio para la vida, la integridad física o los bienes de las personas. Están en riesgo intereses que afectan a toda la comunidad e incluso a los de generaciones futuras. Es en este sentido en el que se encamina la protección del medioambiente, la salud pública, la identidad genética y la seguridad colectiva, entre otros.

Como se ha comentado, el propio discurrir de la sociedad actual supone un peligro constante, con un potencial lesivo superior al de sociedades pretéritas(16). Esta potencialidad, no obstante, deberá ser concretada a efectos de determinar si tiene la suficiente entidad como para acudir a la protección penal(17). De este modo, el legislador se enfrenta a la difícil tarea de evaluar los riesgos del modo más objetivo posible, procurando alejarse de las subjetividades, el temor y las presiones que dichas conductas generan(18).

(15) Como señala RUIZ, algunos casos de enorme relevancia «han obligado a los responsables públicos, aún es pronto para afirmar que con éxito, a adoptar políticas de protección de la salud de las personas que reconozcan aquellos avances científicos como una necesidad y, a su vez, como un potencial riesgo para esa salud elevada a interés básico de convivencia y merecedora de la máxima protección», en RUIZ RODRÍGUEZ, L. R., «La reforma penal de los delitos contra la salud pública como respuesta a las innovaciones científicas y tecnológicas», *RECPC*, vol. 18, 19, 2016, p. 2.

(16) En este sentido, FIERRO, G. J., *Causalidad e imputación*, Astrea, Buenos Aires, 2002, p. 379 ss.; DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado», en Manuel Cancio Meliá, Carlos Gómez-Jara Díez (eds.) *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, vol. 1, Edisofer, Madrid, 2006

(17) Sobre el papel de los comités científicos en la determinación del riesgo, véase, en: profundidad, CIERCO SEIRA, C., «El principio de precaución: reflexiones sobre su contenido y alcance en los Derechos comunitario y español», *Revista de administración pública*, 163, 2004; MONTORO CHINER, M. J., «Perspectivas de contraste ante el riesgo ecológico. Agentes que intervienen en la evaluación del riesgo. En especial, los comités científicos», en *Riesgo y Precaución. Pasos hacia una Bioética ambiental*, Residència d'Investigadors CSIC-Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2005. Destaca este último que la reducción de la conflictividad que supone la cesión de las decisiones a un grupo de expertos debido, a su entender, de una doble causa: «el celo y la diligencia con que los expertos, componiendo por lo general un grupo interdisciplinar, se comportan, o la convicción de los particulares de que la simbiosis órganos administrativos-comités de expertos aglutina un nivel de experiencia y de legitimación política difícil de superar», p. 130.

(18) En el ámbito administrativo, cfr. TERRADILLOS BASOCO, J. M., «El ilícito ecológico: sanción penal-sanción administrativa», en *El delito ecológico*, Trotta, Madrid, 1992, p. 79. Aunque, como señala QUINTERO OLIVARES, el derecho penal no es el instrumento adecuado para ofrecer seguridad a la ciudadanía. QUINTERO OLIVARES, G., *Derecho penal ambiental*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013. Sobre la respuesta ofrecida ante la incierta situación generada por el COVID-19, cfr. SOLARI MERLO, M. N., «El negacionismo del Covid-19», Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023.

Conviene recordar que cualquier limitación en materia tecnocientífica supone un obstáculo al propio progreso estatal, no sólo en cuanto al avance del conocimiento se refiere, sino también en torno a la actividad económica que lo rodea. La inversión en investigación debiera ser un interés de primer orden para el Estado, como demuestra el hecho de ser un valor constitucionalmente protegido(19), por lo que toda limitación que este realice supone una rémora contra sus propios intereses(20), excepto que se realice en pos de un valor superior. No se debe olvidar que el ámbito al que hacemos referencia es de una extensión considerable y especialmente globalizado donde operan personas jurídicas –fundamentalmente empresas– fuertemente posicionadas en el ámbito tecnocientífico(21) y generadoras, a su vez, de los riesgos para la salud pública, seguridad colectiva, medioambiente y patrimonio genético, entre otros.

Así, siguiendo la distinción comentada anteriormente sobre la diversa afectación de las conductas al bienestar humano, se analizará la introducción y evolución de las diversas figuras delictivas en el Código penal, prestando especial atención al interés que subyace en cada ámbito y los motivos esgrimidos por el legislador para tipificar las conductas o reformarlas, comparando estos aspectos con los que, efectivamente, se desprenden de la regulación.

2. EVOLUCIÓN TECNOCIENTÍFICA Y BIENES JURÍDICOS

2.1 Nuevas formas de lesión de bienes jurídicos existentes

La salud pública, considerada un bien de carácter colectivo, fue una de las primeras preocupaciones del legislador penal en el ámbito de la tecnociencia. Las actividades relacionadas con las que hoy denominamos industrias farmacéutica y alimenticia, así como los sectores

(19) GRACIA MARTÍN, L.; ESCUCHURI AISA, E., *Los delitos de lesiones al feto y los relativos a la manipulación genética*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005

(20) BELTRÁN GARCÍA-ECHÁNIZ, A., «El desarrollo de la política científica y tecnológica en España», en Carlos María Romeo Casabona, Fernando Guanarteme Sánchez Lázaro (eds.) *La adaptación del derecho penal al desarrollo social y tecnológico*, Comares, Granada, 2010.. Sobre el problema de los falsos positivos, cfr. PRIETO MOLINERO, R. J., *El riesgo de desarrollo: un supuesto paradójico de la responsabilidad por productos*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 444 ss.

(21) En relación a la salud pública, y destacando la relevancia de estos aspectos desde el punto de vista político criminal, cfr. RUIZ RODRÍGUEZ, L. R., «La reforma penal de los delitos contra la salud pública como respuesta a las innovaciones científicas y tecnológicas», *cit.*, pp. 2-4.

que emplean agentes tóxicos y potencialmente nocivos para la salud comparten dos características fundamentales: su existencia desde tiempos remotos y los estrictos controles a los que han estado siempre sometidas por parte de la administración. En este sentido, la regulación penal de estas industrias presenta características similares, como se verá, por afectar a un bien jurídico común cuya protección requiere el empleo de técnicas legislativas muy próximas entre sí.

Pese a que la salud pública es un interés que ha preocupado a los estados desde tiempos pretéritos, su reconocimiento con bien jurídico penal está lejos de ser pacíficamente aceptado. Las discrepancias existentes en los debates no se centran tanto en la necesidad de intervención penal en el sector, mayoritariamente admitida(22), sino en la naturaleza del bien objeto de protección(23). Caracterizarlo de un modo adecuado resulta fundamental puesto que el tipo de intervención penal necesaria para protegerlo variará en función de las cualidades y susceptibilidades de lesión que presente.

(22) ROMEO CASABONA, C. M., «Los delitos contra la salud pública: ¿Ofrecen una protección adecuada de los consumidores?», *Revista de derecho y ciencias penales: Ciencias Sociales y Políticas*, 3, 2001, pp. 220-221.

(23) En profundidad MENDOZA CALDERÓN, S., *La responsabilidad penal por medicamentos defectuosos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, p. 146; QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español. Parte especial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, p. 1057; RUIZ RODRÍGUEZ, L. R., «La reforma penal de los delitos contra la salud pública como respuesta a las innovaciones científicas y tecnológicas», *cit.*; DE LA CUESTA AGUADO, P. M., «Protección penal de los consumidores», *Revista general de derecho*, 668, 2000; GARCÍA RIVAS, N., «Influencia del Principio de Precaución sobre los delitos contra la seguridad alimentaria», en Nicolás García Rivas (ed.) *Protección penal del consumidor en la Unión Europea*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2005; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., *Los delitos contra la salud pública: especial referencia al delito de adulteración y tráfico de animales (art. 364.2)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, p. 22; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal: parte especial*, 22a ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019; PAREDES CASTAÑÓN, J. M.; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, Tirant, Valencia, 1995; CEREZO MIR, J., «Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 10, 2002; GARCÍA ALBERO, R., «Cap. III. De los delitos contra la salud pública», en Gonzalo Quintero Olivares, Fermín Morales Prats (trads.) *Comentarios al Código penal español*, vol. 2, 7a ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2016; DOVAL PAIS, A., «La regulación de los delitos de fraude alimentario nocivo en el Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1992», *Poder Judicial*, 28, 1992; FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Delitos contra la seguridad colectiva: ¿tentativas imprudentes?», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 1, 1997; RUEDA MARTÍN, M. Á., «El bien jurídico protegido en los delitos relativos a productos de consumo masivo», *Estudios penales y criminológicos*, 30, 2010; ÍÑIGO CORROZA, M. E., *La responsabilidad penal del fabricante por defectos de sus productos*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2001.

Debemos comenzar afirmando que la salud pública, sea lo que fuere, es algo distinto de la salud individual. Frente a este último concepto, que nos remite a un individuo concreto, lo «público» hace referencia a aquello que es de todos, que es compartido por –o es accesible a– una generalidad de personas. Luego al introducir esta distinción en el Código penal, claramente se quiere dotar de independencia las conductas que lesionan la salud pública de aquellas lesivas para la salud de un individuo concreto. La protección de estas se lleva a cabo principalmente a través de los delitos de lesiones, donde el bien jurídico atacado tiene un carácter individual. En aquellas, «lo» atacado tiene un carácter colectivo.

Los bienes jurídicos colectivos, según los hemos definido anteriormente, se introducen para proteger ámbitos de la persona relacionados con su bienestar que sobrepasan lo estrictamente individual. Al ceñirnos al ámbito de la salud, comprendido este concepto como un «estado en el que el ser orgánico ejerce normalmente todas sus funciones»(24), podemos entender que su calificación de «pública» hace referencia a aquellas características indispensables para el funcionamiento normal de todo ser orgánico. Humano, hemos de añadir, dado que la protección de bienes jurídicos está fundamentada en el bienestar de la persona. Así, el concepto de salud pública se encuentra estrechamente vinculado al de salud individual puesto que de este derivarán las características que se tutelan en aquel. Dicho de otra forma, en ciertos ámbitos –nos limitaremos en este trabajo al relativo a los medicamentos y alimentos, pero cabe mencionar también el de las drogas ilícitas–, ante la salud individual se introduce un constructo abstracto denominado salud pública mediante el cual se anticipa la intervención penal. La salud pública será ahora el objeto de tutela, bien que se fundamenta en la protección de las «saludes individuales» de todos los individuos. Esto es, un bien jurídico que no resulta completamente autónomo puesto que su contenido material vendrá determinado por aquello que resulte –también– lesivo para la salud individual.

En el caso de la salud pública se observan ciertas características que, como se expondrá en el correspondiente epígrafe, están presentes también en el constructo de seguridad colectiva. En ambos, se trata de una abstracción anticipatoria de la efectiva lesión de otros bienes introducida como una barrera adicional de protección ante una actividad tecnocientífica generadora de riesgos para su integridad. Ahora bien, a diferencia de la seguridad colectiva, el sector que nos ocupa presenta algunas características fundamentales que hacen que la pro-

(24) Definición del DRAE.

tección requiera otro abordaje. En primer lugar, se trata de actividades esenciales para la supervivencia del ser humano⁽²⁵⁾ y, en este sentido, su existencia puede rastrearse hasta las primeras civilizaciones⁽²⁶⁾. En segundo lugar, la extensión del sector en las sociedades actuales –y aquí se debe citar, sin duda, la globalización económica y los nuevos modelos de producción y consumo– supone que los potenciales efectos negativos de su mal funcionamiento alcancen a un número indeterminado de personas, sin que sea posible en la mayoría de los casos, la identificación –concreción– de todas ellas. Asimismo, en tercer lugar, la merma de la salud individual –bien jurídico de referencia– puede no producirse de forma inmediata sino por el consumo prologando en el tiempo de determinados productos y, en algunos casos, por la combinación de diversos compuestos⁽²⁷⁾. Esto nos arroja a un ámbito problemático a afectos de imputación de conductas y relación de causalidad con el resultado lesivo –en términos individuales. Finalmente, la última diferencia fundamental que encontramos es la relativa a la gravedad de los resultados, de mayor alcance en los delitos contra la seguridad colectiva donde las conductas, si bien son menos frecuentes –también es un sector industrial más reducido–, tienen un potencial lesivo mucho mayor. Basta constatar la diferencia de penas que existe entre ambos grupos de delitos para comprobar esto último, considerablemente más elevadas en los delitos contra la seguridad colectiva –de riesgo catastrófico– que en los presentes.

De estas características entendemos que se deriva –o debiera derivarse– el modelo de tipificación adoptado. No es posible exigir un resultado de lesión para el bien jurídico mediatamente protegido puesto que, de producirse un resultado lesivo para un individuo, estaremos ante un delito de lesiones. Su carácter de bien jurídico colectivo, pero con un contenido material indefectiblemente unido a la salud individual –bien jurídico de referencia–, supone que únicamente sea posible su puesta en peligro. Sólo es posible entender que cabe la producción de un resultado de lesión –en sentido jurídico– manteniendo la postura de quienes dotan al bien jurídico de un contenido

(25) En relación a los alimentos, cfr. RUIZ RODRÍGUEZ, L. R., «La reforma penal de los delitos contra la salud pública como respuesta a las innovaciones científicas y tecnológicas», *cit.*, p. 18.

(26) Apunta MUÑOZ que las primeras sociedades los problemas de higiene y sanidad estaban fuertemente unidos a las ideas religiosas o mágicas imperantes y que no fue hasta el progreso de la Medicina moderna cuando se puso en relieve la causa –evitable– de muchas de las epidemias y enfermedades que azotaron a la humanidad. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal*, *cit.*, p. 591.

(27) RUIZ RODRÍGUEZ, L. R., «La reforma penal de los delitos contra la salud pública como respuesta a las innovaciones científicas y tecnológicas», *cit.*, p. 5.

distinto, como JAKOBS o RUEDA. Así, el primero entiende que, puesto que los bienes de referencia únicamente son aprovechables cuando existe certeza de que no se ha alterado su estado biológico, físico o químico, la incerteza que introduce la conducta del autor constituye una perturbación de su aprovechabilidad y, por ende, la producción de un daño(28). RUEDA, por su parte, al entender que el bien jurídico es la calidad del consumo, señala que las conductas producen un resultado lesivo en términos jurídicos que nos sitúa en el ámbito del desvalor del resultado, de lo injusto(29). Como se ha dicho, no entendemos el bien jurídico en estos términos por lo que, de exigir un resultado, tendríamos que hacer referencia al resultado de peligro, pero no de una efectiva lesión.

Ahora bien, el hecho de estar estrechamente unido al concepto de salud individual supone que las conductas prohibidas deban ser, realmente, potencialmente lesivas. Esto es, peligrosas (una potencial lesión es un peligro). Lo cual obliga a alejarse de la técnica del peligro abstracto y exigir que el peligro sea hipotético.

2.2 Nuevos bienes jurídicos descubiertos por la evolución tecnocientífica

Los bienes jurídicos que se recogen en este epígrafe –medioambiente y patrimonio genético humano– carecen de la antigüedad que tiene el reconocimiento de otros intereses, como la salud pública o la seguridad colectiva. En este sentido, se trata de bienes jurídicos novedosos que se encuentran indefectiblemente unidos al progreso de la tecnociencia. Esto es, sólo cuando la actividad científica e industrial alcanzan ciertos niveles de desarrollo surge el potencial de lesión de determinados intereses que, hasta entonces, bien quedaban al margen de toda protección, bien se confiaba en la protección dispensada por otros sectores del ordenamiento jurídico. Ambos comparten también una característica fundamental que radica en que la repercusión en el bienestar humano que suponen puede no producirse de modo directo. Mayoritariamente, es la acumulación de ciertas acciones las que merman el interés protegido. Un interés que, cabe destacar, no sólo afecta a las generaciones presentes sino también a las futuras.

(28) JAKOBS, G., «Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico», en Günther Jakobs (ed.) *Estudios de Derecho penal*, Civitas, Madrid, 1997, p. 308.

(29) RUEDA MARTÍN, M. Á., «El bien jurídico protegido en los delitos relativos a productos de consumo masivo», *cit.*

Así, el medioambiente y el patrimonio genético están íntimamente relacionados con la actividad tecnocientífica, pero, a diferencia de la salud pública o la seguridad colectiva, se trata de nuevos bienes jurídicos. En el primer caso, esta íntima relación viene determinada por ser la potencialidad lesiva del desarrollo industrial la que ha determinado la toma de consciencia sobre la necesidad de proteger el medioambiente por su valor intrínseco como sustento de la vida humana y, en este sentido, su protección adquiere autonomía respecto a otros intereses que se derivan de este, como la propia vida, la integridad o el patrimonio. En el caso de la genética, ha sido el propio desarrollo de la disciplina científica el que «ha descubierto» la existencia del bien jurídico. Esto es, no sólo hablamos de la existencia de la cadena de ADN sino de las implicaciones que puede tener su alteración intencional o accidental. Y esto sólo ha sido posible cuando la disciplina se ha desarrollado en modo tal como para identificar el interés y desarrollar las técnicas potencialmente peligrosas para el mismo. Curiosamente, este reconocimiento supondrá una limitación en su evolución toda vez que resultarán vedadas determinadas actividades y desarrollos científicos, tal y como se verá a continuación.

2.2.1 MEDIOAMBIENTE

Los motivos que hacen plantearse la necesidad de protección jurídico penal del medioambiente han sido sobradamente expuestos por diversas investigaciones y, como tal, se han recogido en la normativa internacional. El acelerado desarrollo tecnológico y la actividad industrial generada por el mismo tiene un impacto transformador en el medioambiente, deteriorando los ecosistemas y agotando los recursos naturales sin que la naturaleza sea capaz de regenerarse debido al acelerado ritmo en el que tienen lugar estos cambios. La transformación del entorno por parte del ser humano no es una cuestión novedosa; el desarrollo de las primeras tecnologías en las incipientes civilizaciones ha estado orientado a la mejora del ambiente para reducir la hostilidad y facilitar la supervivencia de nuestra especie⁽³⁰⁾. Lo novedoso es que el nivel de industrialización y explotación de recursos no sólo ha acelerado este proceso sino que las transformaciones inéditas en nuestro entorno que pueden hacer peligrar nuestra propia superviven-

(30) CUADRADO RUIZ, M. A., «Protección jurídica del medio ambiente (internacional, europea, constitucional y penal)», en *Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 619-621.

cia(31). Es en este marco donde debe situarse la reflexión acerca de la necesidad de proteger penalmente el medioambiente.

Toda la normativa internacional y nacional, tanto de carácter jurídico administrativo como penal, parte de estas consideraciones y de una premisa fundamental: el deterioro irreversible del medioambiente reduce el bienestar del ser humano y, llevado al extremo, puede dificultar su supervivencia. Y se debe partir de esta premisa porque las normas no hacen referencia a estos extremos, lo cual, hasta cierto punto, es habitual en nuestro entorno jurídico. Las normas contienen mandatos, no reflexiones sobre bienes jurídicos. Al bien jurídico se puede acceder a través de la interpretación de las normas y mediante las explicaciones de las mismas proporcionadas por el propio legislador.

Los bienes jurídicos relacionados de modo indirecto con el ser humano, como entendemos que es el que nos ocupa, presentan mayores dificultades de concreción, dificultad que se incrementa cuando los posibles daños que estos han de sufrir tienen un carácter incierto y futuro(32). En materia de medioambiente, el conocimiento científico experimental ha reducido enormemente la incertidumbre. Así, por ejemplo, existen hondos análisis(33) sobre las transformaciones del calentamiento global en el medioambiente y cómo estos cambios repercutirán negativamente en la vida de las personas, dificultando incluso la habitabilidad de determinadas zonas del planeta lo cual, en situaciones de superpoblación como la experimentada, no parece una opción aceptable. Se ha constatado también que el incremento de la actividad industrial ha contribuido enormemente al calentamiento global. Asimismo, según las previsiones, se trata de proyecciones futuras, aunque ese futuro llegue a un ritmo cada vez más acelerado. Dicho en otras palabras, la temperatura media de la tierra se está elevando a un ritmo creciente desde el comienzo de la actividad industrial intensiva

(31) En profundidad, FERNÁNDEZ-ESPINAR y LÓPEZ, L. C., «La superación de los valores límite y la gestión de la calidad del aire en el centro de la acción climática y la responsabilidad de los poderes públicos en la protección de la salud: los principios jurídicos de eficacia y proporcionalidad en la aplicación de la Directiva 2008/50», *Actualidad Jurídica Ambiental*, 102-1 (Junio), 2020.

(32) En este sentido, apuntaba HEINE que «aun no se conocen bastante las condiciones específicas bajo las cuales el perjuicio medioambiental provoca situaciones lesivas, como para poder extraer conclusiones relevantes para el derecho penal» y, quizás, esta sea la causa por la que el legislador adelantó la intervención penal a la protección jurídico penal de medioambiente pero centrándose en bienes jurídicos individuales, tal y como ocurrió originariamente en España en 1983. HEINE, G., «Accesoriedad administrativa en el Derecho Penal del Medio Ambiente», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 46, 1, 1993, p. 292.

(33) En particular, HERMWILLE, (2016); IPCC, (2018); O'BRIEN, (2012); SINGH, (2012), entre otros.

por parte del ser humano. El medioambiente ha comenzado a transformarse desde entonces a un ritmo proporcional al que tiene lugar el calentamiento. La vida de un número considerable de personas se ha visto afectada negativamente por esto, tal es el caso de los refugiados ambientales o climáticos(34), que coincide, «sorprendentemente», con aquellas zonas menos industrializadas del planeta –recuérdese, en esto del riesgo, somos todos iguales, pero algunos son más iguales que otros(35)–. De continuar con los niveles actuales de emisión de CO₂ a la atmósfera, las dificultades de habitabilidad de ciertas zonas se irán repitiendo a lo largo de todo el globo, alcanzando a un mayor número de personas(36). Similar constatación científica existe, entre otros, sobre el agotamiento de los recursos naturales(37) y la contaminación medioambiental(38) provocada por el ser humano. En este sentido, la incertidumbre sobre los riesgos lo es en una mínima medida, así como también lo es el carácter futuro de los mismos.

Como se puede apreciar, partimos de una concepción antropocéntrica del bien jurídico penal entendiendo que sólo se deben prohibir

(34) En profundidad, ALTAMIRANO, T., *Refugiados ambientales: Cambio climático y migración forzada*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2014; LLAIN ARENILLA, S. L.; HAWKINS RADA, C., «Cambio climático y migración forzada», *Migraciones Internacionales*, 11, 2020. Asimismo, en: el ámbito de la acción emprendida por la ONU, cfr., Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. Parte II. *Pacto mundial sobre los refugiados*, A/73/12 (Part II), 2018 y documento del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) escrito por Weerasinghe, S., *Expuestos al daño. Protección internacional en el contexto de las dinámicas de nexos: entre conflicto o violencia y el desastre o cambio climático*, 2018.

(35) Cfr., SOLARI (2022), pp. 185 ss.

(36) Un análisis de la situación actual puede constatararse en el reciente informe *AR6 Climate Change 2021: The Physical Science Basis* publicado por el Intergovernmental Panel On Climate Change (IPCC) asociado a la ONU. Accesible en <https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg1/> [Fecha de consulta: 22 de febrero de 2023]

(37) MAGDOFF (2013); MITTAL y GUPTA (2015); RODRÍGUEZ *et al* (2015).

(38) LOPPI, S.; CORSINI, A.; PAOLI, L., «Estimating Environmental Contamination and Element Deposition at an Urban Area of Central Italy», *Urban Science*, vol. 3, 3, 2019, Multidisciplinary Digital Publishing Institute; SEVER, L. E., «Environmental contamination and health effects: what is the evidence?», *Toxicology and Industrial Health*, vol. 13, 2-3, 1997; Wang, L. K.; Chen, J. P.; Hung, Y.-T.; Shamas, N. K. (eds.), *Heavy Metals in the Environment*, CRC Press, Boca Raton, 2009. but capillary monitoring is often not feasible due to economic constraints. In such cases, the use of living organisms may be very useful to complement the sparse data obtained by physico-chemical measurements. In this study, the bioaccumulation of selected trace elements (Al, As, Cd, Ce, Cr, Cu, Fe, Ni, Pb, S, Sb, Zn) En el ámbito de las instituciones, destaca la Comunicación de la Unión Europea en *Pathway to a Healthy Planet for All EU Action Plan: 'Towards Zero Pollution for Air, Water and Soil'*, COM(2021) 400 final, 2021.

aquellas conductas que tienen una repercusión negativa en el bienestar del ser humano –y no todas, lógicamente sólo aquellas que acarrearán las consecuencias más lesivas. Y esto guarda relación con el debate que durante años ha existido en la doctrina(39) acerca del bien jurídico tutelado en estos delitos, distinguiéndose posturas estrictas –personalistas–(40), amplias –colectivistas–(41) y de carácter mixto(42).

En relación a este debate, y en los términos expuestos anteriormente, entendemos que mantener una postura antropocéntrica no impide la tutela del medioambiente, aun cuando las conductas delictivas no impliquen daños directos –inmediatos– en las personas. Esto es, una protección autónoma. La relación con el ser humano siempre constituirá el sustrato de esta toda vez que el medioambiente –natural o artificial– constituye su hábitat, por lo que su degradación dificultará su existencia. Se trata de una relación indirecta pero, como apuntamos, de carácter fundamental puesto que resulta difícil negar que el endurecimiento de las condiciones de vida, la dificultad para acceder a los recursos, la contaminación atmosférica o la sucesión de catástrofes naturales por cambios climáticos, entre otros, son elementos fundamentales para la propia supervivencia de la especie(43). Así, entendemos que se trata de una concepción antropocéntrica dada la vinculación con la salud, integridad e incluso supervivencia del ser

(39) Una exposición en profundidad en COLÁS TURÉGANO, M. A.; MORELLE HUNGRÍA, E., «El Derecho ambiental frente a los delitos ecológicos: la eficacia y eficiencia penal a debate», *RECPC*, 2021, pp. 10-12.

(40) Cfr. al respecto los profundos análisis de HEFENDEHL (1995), p. 1105; SILVA (1997).

(41) BARREIRO (2005); GARCÍA (1998); GÓRRIZ (2015); MENDO (2009); SOTO (2007); DE VEGA (1992). Se ha llegado incluso a plantear la creación de un delito internacional denominado ecocidio o geocidio con pretensiones de ser el quinto crimen internacional competencia de la Corte Penal Internacional. En profundidad, DE PABLO (2020), pp. 11 ss.

(42) REYNA ALFARO, L. M., «La Protección Penal del Medio Ambiente: Posibilidades y Límites», 2001.. Sobre otras interpretaciones, cfr. FUENTES (2012), pp. 714 ss.

(43) En el mismo sentido, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., «El medio ambiente como bien jurídico tutelado», en *El delito ecológico*, Trotta, Madrid, 1992; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., «La tutela del medio ambiente: análisis de sus novedades más relevantes», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 2, 1996, p. 1551; HEFENDEHL, R., «¿Debe ocuparse el Derecho Penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto», *cit.*, pp. 8-10; DE LA MATA BARRANCO, N. J., «Derecho comunitario y Derecho estatal en la tutela penal del ambiente», *RECPC*, 2000, p. 15; MENDO ESTRELLA, A., *El delito ecológico del artículo 325.1 del Código Penal*, *cit.*; PUENTE ABA, L. M., «El delito ecológico del artículo 325 del Código Penal», *Revista Catalana de Dret Ambiental*, vol. 2, 1, 2011; QUINTERO OLIVARES, G., *Derecho penal ambiental*, *cit.*, pp. 21-46.

humano, sin que el carácter indirecto del objeto –medioambiente– y lejano de las consecuencias lesivas –aunque con un futuro cada vez más próximo– puedan hacer perder de vista esta relación.

En este sentido, cabe recordar el artículo 45 de la Constitución española (CE) que señala que:

«1. Todos tienen el *derecho* a disfrutar de un medio ambiente *adecuado para el desarrollo de la persona*, así como el deber de conservarlo.

2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, *con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida* y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.» (énfasis añadido)

Como apunta Silva(44), se trata de una concepción antropocéntrica y personalista del medioambiente toda vez que se lo concibe como un derecho –no fundamental– necesario para el adecuado desarrollo de la persona, y mantener y mejorar su calidad de vida es el fin que debe guiar la actuación de los poderes públicos en la tutela de los recursos naturales.

Justificado el interés a tutelar y la intervención del derecho, entendemos que la gravedad de las consecuencias de su deterioro justifica también la intervención del derecho penal(45) para castigar aquellas conductas que conlleven resultados lesivos de mayor calado. Esto excluye, en primer lugar y según la concepción del bien jurídico apuntada, el castigo de conductas que, teniendo una repercusión en el medioambiente, no la tengan en la vida de los seres humanos ya que, como se ha dicho, no se debería proteger el medioambiente *per se*, como un ente incólume a preservar libre de transformaciones, sino para evitar cambios que empeoren las condiciones de vida del ser humano. Asimismo, y considerando la profusa normativa administrativa que existe al respecto, se deberá acudir al derecho penal para castigar aquellas conductas más graves entendiendo por tal las que tengan unas consecuencias lesivas constatadas por la comunidad científica y de carácter irreversible o difícil reversión. Entre estas, preferentemente, las que impliquen resultados más cercanos en el tiempo. Esto es, el derecho penal debe mantener ante todo la seguridad jurídica y

(44) SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Delitos contra el medio ambiente*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999. En el mismo sentido, PAREDES (1997), pp. 217 ss.

(45) Cuestión distinta será su eficacia. En prof., TERRADILLOS BASOCO, J. M., «Delitos relativos a la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente», en Juan María Terradillos Basoco (ed.) *Derecho penal del medio ambiente*, Trotta, Madrid, 1997, pp. 40-42.. Sobre la necesidad de otorgar protección penal al medio ambiente, cfr. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., «El medio ambiente como bien jurídico tutelado», cit

constatar la necesidad de su intervención, no llevando esta tarea a cabo con la finalidad de controlar el riesgo «en bruto» sino el peligro, el riesgo una vez que se han eliminado o reducido las notas de incertidumbre y se concreta y acerca al ser humano.

2.2.2 PATRIMONIO GENÉTICO HUMANO

A. *Previo: sobre la distinción*

Antes de adentrarnos en el análisis del bien jurídico, conviene distinguir el análisis de las implicaciones que conlleva la manipulación de genes humanos de la que se realiza sobre genes de otras especies. Aun existiendo serios cuestionamientos asociados a ambas, en esta última los riesgos percibidos han adquirido una relevancia mucho menor en las legislaciones estatales y en el plano internacional. Entendemos que esto se debe, entre otras causas, a que la manipulación de genes humanos puede suponer un cambio en su propia identidad como especie *homo sapiens*, a los peligros eugenésicos y de discriminación que estas técnicas conllevan, así como los relativos a la conformación de seres por clonación, o que dan lugar a híbridos y quimeras.

En el ámbito de la manipulación de genes de otras especies (sin que intervengan genes humanos), los principales peligros detectados pueden sintetizarse en:

- Peligros de liberación de organismos (o microorganismos) genéticamente modificados sin saber las consecuencias que va a tener su interacción en medio.
- Para otras especies animales o vegetales: posible muerte directa o reducción de la biodiversidad.
- Transformación del hábitat o ambiente: con afectación a los recursos naturales.
- Peligros de la interacción con humanos: daños directos, como un virus o bacterias, o indirecto a través del consumo de otras especies modificadas genéticamente o tratadas con productos modificados genéticamente.

El primer grupo de consecuencias lesivas –las asociadas a la manipulación de genes humanos– resulta, sin lugar a duda menos objetivo que el segundo y, aun así, son consideradas de mayor gravedad que las otras. Esto es, las conductas, en sí mismas, no son lesivas para la salud del ser humano; se califican de modo negativo por la valoración ética y moral que se realiza de las mismas. Las consecuencias de la manipulación de genes de otras especies, en cambio, sí pueden ser poten-

cialmente lesivas para el ser humano en términos objetivos por los peligros directos apuntados.

Se puede tomar el ejemplo de la eugenesia, analizado anteriormente, y la valoración negativa que se realiza tanto en su vertiente positiva como negativa. En ambos casos, supone interferir en el proceso natural de traslación de genes de una generación a otra, con la consideración de que la nueva generación estará conformada genéticamente por decisiones adoptadas por generaciones pretéritas, en base a criterios que –en su momento– se consideraron oportunos y sin haber tenido capacidad de decidir en dicha selección. Esto es, el ser humano se convierte en un producto de laboratorio. En su vertiente negativa, se debe añadir, las consideraciones relativas a las posibilidades de discriminación, segregación y hasta genocidas de estas prácticas, que son incompatibles con la dignidad del ser humano, a la igualdad y al respeto a sus derechos fundamentales. Pues bien, como es sobradamente sabido, ni el derecho a decidir, ni la prohibición de discriminación, la dignidad, los derechos fundamentales o la igualdad son entidades que podamos hallar en la naturaleza, esto es, observables de modo empírico. Se trata de constructos del ser humano y que, ni siquiera, lo han acompañado a lo largo de toda su existencia. Si consideramos que el *homo sapiens*, la especie humana, tiene una antigüedad estimada de 200.000 años, y que la Declaración de Derechos humanos data de hace 75 años, la inherencia de estos derechos a la especie humana no resulta tal. Pero si, en cambio, consideramos la historia de la civilización, que ha permitido el progreso de la especie a un ritmo vertiginoso en términos biológicos, la interpretación cambia.

Dicho de otra forma, los primeros *homo sapiens* no se distinguían en gran medida de otros homínidos o, incluso, de otros animales; sólo presentaban pequeñas alteraciones en sus genes que, no obstante, fueron suficientes para permitirle, entre otras cosas, una mejor adaptación al entorno. Este hecho, tras milenios, dio lugar a diversas formas de colaboración a gran escala, aglutinando a un número cada vez mayor de individuos, muy superior al que se puede encontrar en las formas de cooperación de otras especies del reino animal. La convivencia –colaboración– de un gran número de individuos requiere dos elementos fundamentales: un propósito y un orden⁽⁴⁶⁾. La primera se encontró en el bienestar de la especie y en la mejora en términos alimenticios y securitarios, las necesidades más básicas. El orden vino de la mano de las normas, del tipo que fueran. Este invento, el del Derecho, sea inspirado en una divinidad, sea en un ideal de justicia,

(46) Ver una interpretación fundamental en HARARI, Y. N., *Sapiens. De animales a dioses*, 8a ed., Debate, Barcelona, 2016

supone la realización de juicios morales y éticos sobre determinadas situaciones. Entre estos, y tras una larga evolución histórica, la mayoría de los Estados –que representan a los seres humanos que se rigen por sus normas– han llegado a la conclusión de que hay determinadas valoraciones compartidas por todos y, por tanto, deben situarse por encima de cualquier otra. Así, la igualdad de todos los seres humanos, el respeto de sus derechos fundamentales, etc.

Esto es, la ciencia del Derecho, con todas las subjetividades –valoraciones– que conlleva su creación, se sitúa por encima de las ciencias fácticas, y esto se hace en beneficio de la especie. Es irrelevante que aquello de que «todos somos iguales y merecedores de respeto a nuestra dignidad y derechos» no se sostenga por ningún lado en la naturaleza, para el ser humano –hoy– constituye una máxima infranqueable que le impide realizar, por ejemplo, prácticas eugenésicas que descarten características –no patológicas– de otros seres humanos, cualquier sea la causa que pueda apuntar la ciencia al respecto(47).

No obstante, si nos fijamos en la protección dispensada a los genes de otras especies, podemos llegar a una conclusión diferente. Al ser humano le interesa, en sí misma considerada, únicamente la especie humana. La protección de otras especies sólo le importa en tanto pueda afectar a su vida. Así, la prohibición de clonación del ser humano, hibridación con otras especies o de realización de quimeras es hoy tajante e indubitada en todo el mundo. Al margen de las diversas implicaciones que conlleva, dos se alzan por encima de todas: es una degradación para la especie humana y el patrimonio genético humano es intangible. La manipulación de genes de otras especies está permitida siempre que no suponga un riesgo para el ser humano (o conlleve alguna de las consecuencias negativas señaladas). Es posible manipular a otras especies siempre que esto no comprometa nuestra propia existencia o las condiciones que la sustentan(48).

Ante estas consideraciones, no podemos sino distinguir en análisis de la regulación jurídica de ambos asuntos por afectar a intereses distintos. Esto se traduce en la identificación de distintos bienes jurídicos, pero sólo en el caso de las conductas de manipulación genética en seres humanos podemos entender que estamos ante un interés nove-

(47) Esto guarda relación con el modo de operar que tiene el Derecho. Cfr., SOLARI (2022), pp. 123 ss.

(48) Al respecto, resulta especialmente ilustrativo el caso de la muerte de las mariposas monarca y el maíz transgénico, así como el rechazo a la comercialización de estos productos en diversos países. En profundidad, ARRIAGA ARELLANO, E.; LINARES SALGADO, J. E., «La Evaluación del riesgo de las plantas transgénicas: de la regulación a la bioética», *Revista de bioética y derecho*, 27, 2013

dosos. En este sentido, el análisis que se realizará a continuación se centrará en estas conductas remitiéndose el estudio de las implicaciones de la manipulación de los genes de otras especies al epígrafe correspondiente en atención al bien jurídico en el que inciden, que no es otro que la seguridad colectiva.

B. Bien jurídico

Teniendo presente las implicaciones éticas y morales que conlleva la manipulación de genes humanos, así como el principio de intervención mínima y el carácter fragmentario del derecho penal se hace necesario analizar el bien jurídico penal contra el que pueden atentar estas conductas, entendiendo que ejerce una función justificadora y delimitadora a la vez de la intervención del legislador, así como dogmática en la interpretación típica.

Entendemos que las manipulaciones genéticas tienen implicaciones en dos ámbitos distintos: aquellas que afectan a toda la especie humana y las relativas al objeto/sujeto sobre el que se realizan las manipulaciones. Estos distintos ámbitos suponen la consideración de intereses diferenciados, uno colectivo y otro individual⁽⁴⁹⁾, como a continuación se expondrá.

(49) Hay autores que señalan que pueden observarse diversos intereses dignos de protección tras estos preceptos. Así, entre otros, BARREIRO, A. J., «Los delitos relativos a la manipulación genética en sentido estricto», *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, vol. LII, 1999, p. 96; CASTELLÓ NICÁS, N., «El bien jurídico en el delito de manipulaciones genéticas del artículo 159», *RECPC*, 2002; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «Genética y política criminal», *Revue internationale de droit penal*, vol. 78, 3, 2007, p. 536; GARCÍA GONZÁLEZ, J., *Límites penales a los últimos avances de la ingeniería genética aplicada al ser humano*, Instituto de Criminología de Madrid, Madrid, 2001, p. 285; HERNÁNDEZ PLASENCIA, J. U., «La protección penal del embrión preimplantatorio», en Carlos María Romeo Casabona (ed.) *Genética y derecho penal: previsiones en el Código Penal Español de 1995*, Comares, Granada, 2001, p. 123; ROMEO CASABONA, C. M., «Genética y Derecho Penal: los delitos de lesiones al feto y relativos a las manipulaciones genéticas», *DS: Derecho y salud*, vol. 4, 1, 1996, p. 158

En contra de la identificación de diversos intereses protegidos se encuentra DE LA CUESTA, que señala que el carácter abstracto de los bienes forzosamente identificados en la doctrina resulta de poca utilidad tanto político criminal como dogmáticamente. Se inclina la autora por entender que los tipos recogidos en el Código penal en la materia constituyen «límites a las posibilidades tecnológicas... infracciones de deberes de actuación y de precaución», entendiendo por tales, la infracción de un deber de beneficencia propio de las profesiones médicas. Esta interpretación, entendemos, no puede mantenerse si constatamos la regulación del Código penal español puesto que ninguno de ellos se configura como un delito especial, por mucho que en la práctica, efectivamente, sólo unos pocos sujetos tendrán los medios o conocimientos para llevar a cabo las manipulaciones. En cualquier caso, no tienen por qué ser

a) **Ámbito colectivo: La identidad de la especie humana.**

El único elemento común, compartido por todos los miembros de una especie, es su código genético, su genoma. Esto es, la presencia de determinados genes en la estructura cromosómica de un individuo lo identifica como integrante de una especie, diferenciándose de otras por su código genético. Este se transmite de generación en generación de un modo prácticamente inalterado, haciendo que los miembros de la especie continúen compartiendo las características que derivan de los mismos. No obstante, de vez en cuando y de un modo azaroso, se producen alteraciones en esa combinación de genes que dan lugar a ligeras variaciones en su composición.

Preservar la identidad de la especie humana(50) en el elemento más básico al que se puede reconducir, implica el reproche hacia la intervención del ser humano en la natural combinación genética cuando esto afecte a otra generación, esto es, cuando se intervenga en la línea germinal(51). Existe una excepción a nivel normativo español que es la relativa a las intervenciones destinadas a evitar la aparición de una enfermedad o reducir sus efectos negativos(52), lo cual nos

sujetos relacionados exclusivamente con profesiones médicas. DE LA CUESTA AGUADO, P. M., «Protección penal del genoma y preembrión: análisis comparado y propuesta alternativa», *RECPC*, 2019, pp. 20-21.. En el mismo sentido, GRACIA quien entiende que la limitación de sujetos activos tiene sólo un carácter fáctico. En GRACIA MARTÍN, L.; ESCUCHURI AISA, E., *Los delitos de lesiones al feto y los relativos a la manipulación genética*, cit

(50) Interés referenciado también por CORCOY BIDASOLO, M., «Límites y controles de la investigación genética: la protección penal de las manipulaciones genéticas», en Fermín Morales Prats, Gonzalo Quintero Olivares (eds.) *El nuevo derecho penal español: estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Cizur Menor, 2001, pp. 1112 y ss; GARCÍA GONZÁLEZ, J., *Límites penales a los últimos avances de la ingeniería genética aplicada al ser humano*, cit., pp. 214 y ss; GONZÁLEZ GONZÁLEZ, M.; VALLE MUÑIZ, J. M., «Utilización abusiva de técnicas genéticas y Derecho penal», *Poder Judicial*, 26, 1992, pp. 119 y ss; PERIS RIERA, J. M., *La regulación penal de la manipulación genética en España: (principios penales fundamentales y tipificación de las genotecnologías)*, Civitas, Madrid, 1995, p. 8; ROMEO CASABONA, C. M., «Límites penales de las manipulaciones genéticas», en Carlos María Romeo Casabona (ed.) *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, vol. 3, Fundación BBV, Bilbao, 1994, pp. 203 y ss; ROMEO CASABONA, C. M., «Genética y Derecho Penal: los delitos de lesiones al feto y relativos a las manipulaciones genéticas», cit

(51) En el mismo sentido, DE LA CUESTA AGUADO, P. M., «Protección penal del genoma y preembrión», cit., p. 26; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal*, cit., p. 1336

(52) Citado también en el artículo 13.2. c) de la Ley 14/2006 al referirse a «1. Cualquier intervención con fines terapéuticos sobre el preembrión con fines terapéuticos sobre el preembrión vivo in vitro solo podrá tener la finalidad de tratar una enfermedad o impedir su transmisión, con garantías razonables y contrastadas. 2.– La

conduce a considerar que no se trata de proteger cierta integridad o inalterabilidad del patrimonio genético(53) –puesto que sí se permiten intervenciones terapéuticas, por no mencionar que la composición genética va cambiando en la especie de modo natural a lo largo del tiempo–, sino de rechazar la intervención del ser humano en ese proceso natural y, en cierto sentido, azaroso de conformación genética.

En este sentido, lo que se protege es la identidad genética no patológica de la especie humana(54). Así, al margen de las afectaciones concretas que puedan tener lugar en el *nasciturus* la identidad genética protegida es la de la especie humana, lo que conduce a considerar que estamos ante un bien jurídico de carácter colectivo(55). De este modo, siendo el titular de este bien jurídico toda la especie humana, se ha de entender que no toda intervención en los genes de un individuo podrá afectarlo –o ponerlo en peligro. Sólo tendrá capacidad poten-

terapia que se realice en pre embriones in vitro sólo se autorizará si se cumplen los siguientes requisitos: c) Que no se modifiquen los caracteres hereditarios no patológicos, ni se busque la selección de los individuos o de la raza».

(53) Al hablar de la protección de la herencia humana se suele incluir la intangibilidad e inalterabilidad como características a proteger. Así, BARREIRO, A. J., «Los delitos relativos a la manipulación genética en sentido estricto», *cit.*, p. 96; LÓPEZ GARRIDO, D., *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*, Dykinson, Madrid, 1996, p. 99; PERIS RIERA, J. M., *La regulación penal de la manipulación genética en España*, *cit.*, pp. 174 y ss; ROMEO CASABONA, C. M., «Genética y Derecho Penal: los delitos de lesiones al feto y relativos a las manipulaciones genéticas», *cit.*; SÁNCHEZ VILANOVA, M., «A propósito de la inalterabilidad e intangibilidad del patrimonio genético humano como bien digno de protección penal», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 41, 2019; TAMARIT SUMALLA, J. M., «Delitos relativos a la manipulación genética», en Gonzalo Quintero Olivares, Fermín Morales Prats (eds.) *Comentarios a la Parte Especial de Derecho Penal*, 9a ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2011

(54) Interpretación compartida por DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «Genética y política criminal», *cit.*; ROMEO CASABONA, C. M., «Genética y Derecho Penal: los delitos de lesiones al feto y relativos a las manipulaciones genéticas», *cit.*

(55) Si bien no es pacífica su aceptación, lo reconocen como un bien jurídico colectivo BARREIRO, A. J., «Los delitos relativos a la manipulación genética en sentido estricto», *cit.*; BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., *Aspectos jurídico-penales de la reproducción asistida y la manipulación genética humana*, Instituto de Criminología de Madrid, Madrid, 1997; CASTELLÓ NICÁS, N., «El bien jurídico en el delito de manipulaciones genéticas del artículo 159», *cit.*; MORILLAS CUEVA, L.; BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., «Límites penales de la experimentación humana», en Carlos María Romeo Casabona (ed.) *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, vol. 3, Fundación BBV, Bilbao, 1994; PERIS RIERA, J. M., *La regulación penal de la manipulación genética en España*, *cit.*; ROMEO CASABONA, C. M., «Genética y Derecho Penal: los delitos de lesiones al feto y relativos a las manipulaciones genéticas», *cit.*, p. 158.. Otros entienden que se encuentra a medio camino, entre los bienes individuales, pero con una dimensión colectiva. Así, GRACIA MARTÍN, L.; ESCUCHURI AISA, E., *Los delitos de lesiones al feto y los relativos a la manipulación genética*, *cit.*

cialmente lesiva la intervención en genes que puedan transmitirse a la siguiente generación.

La protección de la identidad especie humana se coloca, aparentemente, por encima de la de sus miembros sin que estos puedan tener disponibilidad sobre el bien jurídico, lo cual plantea un importante dilema desde el punto de vista de la libertad individual(56). Así, no correspondería a los integrantes de la especie humana, a título individual, decidir qué hacer con «su» patrimonio genético transmisible porque las consecuencias de tal decisión pueden tener repercusión en toda la especie. *Sensu contrario*, el individuo sí podría decidir cuando la alteración de sus genes afecte únicamente a su persona(57). En la legislación española, no obstante, esto no está permitido.

Señalábamos que el situar a la especie humana por encima de sus miembros es una jerarquización aparente puesto que las intervenciones de diagnóstico y terapéuticas vienen a matizar, en parte, dicha jerarquía. Tanto en el caso de diagnóstico, donde una anomalía genética puede permitir la interrupción del proceso biológico de evolución de un *nasciturus*, como en las intervenciones terapéuticas, donde directamente se puede intervenir en la anomalía genética, se observan dos consecuencias. La primera, que viene a matizar en parte esa jerarquización, radica en que en estos casos se atiende al bienestar del miembro concreto de la especie al evitar que padezca una patología, reduciendo sus consecuencias negativas o evitando su nacimiento, y esto se hace aunque el patrimonio genético de la especie se vea alterado por dicha intervención. Esto es, se coloca al individuo por encima de la especie. Pero decíamos también que esta matización tiene un carácter parcial puesto que, aunque siendo esta una interpretación posible, no se debe olvidar que dichas alteraciones también benefician a la especie humana en su conjunto. Se trata de una forma de «perfeccionar» a la especie humana evitando que determinados genes anómalos (o combinación de los mismos) sigan formando parte del patrimonio genético. Es un modo de desechar aquel material genético defectuoso en el sentido en que resulta lesivo para la especie. Entendemos con esta visión, que no es más que la plasmación de lo permitido por la normativa internacional y nacional, que se produce una forma de eugenesia social y legalmente aceptada, la eugenesia tera-

(56) Sobre esta cuestión, cfr., ESCAJEDO SAN EPIFANIO, L., «Identidad genética y libertad de ciencia», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 17, 2013, pp. 65-66.

(57) Cfr. reflexiones al respecto en PRAT WESTERLINDH, C., «El delito de manipulación genética», *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, 69, 2010.

péutica. Se trata de una mejora biológica e intencional –no azarosa– de la especie humana que, a diferencia de otras formas de eugenesia, está fundamentada en la evitación de una patología genética identificada. Al ser una patología, la práctica se aleja de los criterios subjetivos que pueden acompañar la selección de genes que se realiza en la eugenesia positiva o negativa tal y como se han entendido hasta ahora. Y al ser esta patología genética identificada –por la presencia de dicha composición de genes en un individuo– no se hace referencia a una posible e hipotética combinación futura. Dicho de otro modo, no se permite una alteración genética –en línea germinal– en un individuo para evitar el surgimiento de una enfermedad de la cual, en el momento actual, no se observan signos.

Esta concepción del carácter colectivo de la identidad genética, llevada al extremo, podría acarrear consecuencias altamente lesivas para los individuos, como ha ocurrido toda vez que se ha situado el bienestar de colectividad por encima de la libertad individual y como, de hecho, ofrecen algunas experiencias pasadas. Piénsese, por ejemplo, que ante una patología genética identificada en un individuo, la intervención genética deviene obligatoria, al margen de la voluntad del sujeto portador de dicha patología, sea persona nacida o *nasciturus*. Esto es, se colocaría, sin mayor consideración, el bienestar de la especie humana por encima del individual, al eliminar dicho componente de su patrimonio genético. Sin embargo, como se ha advertido anteriormente, la férrea convicción en los Derechos humanos impide realizar tal consideración, de ahí que la libertad individual constituya un límite infranqueable frente a la protección de la identidad genética colectiva. Como ha señalado el Tribunal Constitucional español (TC), «la aspiración más noble se convierte en ilegítima si conlleva imposiciones impropias de la dignidad humana, y ello aunque el daño lo sufra un sólo niño y el beneficio lo obtengan muchos, porque los derechos humanos no se miden por estadísticas»(58).

Por otra parte, se ha de considerar que el concepto de identidad genética de la especie humana, en el sentido que aquí se emplea, lleva aparejada la protección de la composición genética propia de tal especie, diferenciada de otras. Esto impide la hibridación de la especie humana con otras especies puesto que dicha identidad se perdería, se produciría una transformación que supondría que no podamos hablar ya –en ese concreto ser creado– de especie humana(59). Asimismo, entendemos que la producción de un nuevo ser a partir de su

(58) STC núm. 337/1994, de 23 de diciembre.

(59) Algunos autores hacen referencia a la autenticidad e irrepeticibilidad del ser humano. Así, BARREIRO, A. J., «Los delitos relativos a la manipulación genética en sen-

propio ADN es también una forma de selección de genes puesto que, al no intervenir los genes de otro individuo, no se produce esa combinación natural y azarosa a la que hacíamos referencia anteriormente(60). Lo mismo ocurre con la selección del sexo o de la raza.

b) **Ámbito individual: ¿La dignidad humana?**

Por otra parte, es necesario considerar la protección del objeto de la intervención, esto es, el portador –físico– de los genes sobre los que se realiza la intervención(61). Entendemos que es una cuestión que va indisolublemente unida a la anterior porque toda manipulación de genes ha de realizarse, evidentemente, sobre un sustrato. El bien jurídico identificado en este caso se ha relacionado, no sin problemas, con la dignidad humana(62). Cabe realizar aquí diversas precisiones. En primer lugar, porque el concepto de dignidad, citado en diversas declaraciones de derechos, normas internacionales y en la CE, es altamente impreciso(63). En esta última norma, la referencia se sitúa en el artículo 10.1, al inicio del Tít. I relativo a los derechos y deberes fundamentales, aunque fuera del Cap. II que los contiene. En el precepto se señala que «la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personali-

tido estricto», *cit.*; ESER, M. C. J. A., «¿Genética, “gen-ética”, derecho genético?», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 1, 1986, p. 2

(60) Sobre la clonación y el pretendido derecho a la identidad genética individual, *cfr.*, DE MIGUEL BERIAIN, I., «¿Existe un derecho a la identidad genética?», *Arbor: Ciencia, pensamiento y cultura*, 730, 2008.. Asimismo, señala ESCAJEDO que la identidad genética individual implica el derecho a conocer el origen genético, la irrepitibilidad genética (que convierte a la identidad genética, a su vez, en: el bien jurídico tutelado en el delito de clonación humana reproductiva) y derecho a un patrimonio genético natural (no ser modificado genéticamente en línea germinal). ESCAJEDO SAN EPIFANIO, L., «Identidad genética y libertad de ciencia», *cit.*, pp. 20-65.

(61) Diversos autores reconocen la doble vertiente de este interés protegido. Entre otros, DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «Los llamados delitos de “manipulación genética” en el nuevo Código Penal español de 1995», *Revista de derecho y genoma humano: genética, biotecnología y medicina avanzada*, 5, 1996; GRACIA MARTÍN, L.; ESCUCHURI AISA, E., *Los delitos de lesiones al feto y los relativos a la manipulación genética*, *cit.*; ROMEO CASABONA, C. M., «Genética y Derecho Penal: los delitos de lesiones al feto y relativos a las manipulaciones genéticas», *cit.*

(62) Entre otros, GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996, p. 824; HIGUERA GUIMERÁ, J. F., *El derecho penal y la genética*, Trivium, Madrid, 1995, p. 237. Si bien son posturas que no han tenido acogida en la doctrina.

(63) ESER, M. C. J. A., «¿Genética, “gen-ética”, derecho genético?», *cit.*, p. 2; KAUFMANN, A., *Filosofía del Derecho*, Publicaciones Universidad Externado de Colombia, Santa Fe de Bogotá, 1992, p. 552; ROMEO CASABONA, C. M., «La genética y la biotecnología en las fronteras del Derecho», *Acta bioethica*, vol. 8, 2, 2002, pp. 296-297.

dad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social».

El TC ha señalado que la dignidad de la persona se concibe como «uno de los fundamentos de nuestro sistema constitucional y cuya noción se halla en la base del concepto de derechos fundamentales» (STC núm. 127/2009, de 26 de mayo y 119/2001, de 24 de mayo), «como germen o núcleo de unos derechos que le son inherentes y vinculada íntimamente con el libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 CE); así, la dignidad ‘es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autode-terminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás’ (STC 53/1985, de 11 de abril). La dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad ‘suponen la base de nuestro sistema de derechos fundamentales’ (por todas, SSTC 212/2005, de 21 de julio y 236/2007, de 7 de noviembre» (STC núm. 81/2020, de 15 de julio). Dignidad humana es «(el no) menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona» (SSTC núm. 81/2020, de 15 de julio y 57/1994, de 28 de febrero). Recuerda, asimismo, que, al encabezar el Tít. I de la CE, se configura como el primer límite de la libertad del legislador (SSTC núm. 127/2009, de 26 mayo y 236/2007, de 7 de noviembre).

Sin embargo, apunta el TC, no estamos ante un derecho fundamental. Su ubicación sistemática lo sitúa fuera del Cap. II CE que los recoge, lo que supone, entre otras cosas, que se excluya de la materia del propio TC, según los arts. 53.2 y 161.1, b) CE (SSTC núm. 17/1995, de 24 de enero y 57/1994, de 28 de febrero). Los diversos pronunciamientos sobre la dignidad se asocian, entre otros, con el derecho a la vida (STC núm. 116/1999, de 17 de junio) –incluso cuando el dilema radique en la protección de una única vida o el beneficio de muchos(64)–, derecho a la intimidad, a no sufrir discriminación o situaciones de acoso, derecho al libre desarrollo de la persona –y, en especial, de la sexualidad–, respeto a su integridad física y moral, protección de la salud (STC núm. 99/2019, de 18 de julio), derecho al honor (SSTC núm. 208/2013, de 16 de diciembre, 170/1994, de 7 de junio y 231/1988, de 2 de diciembre), libertad de expresión (STC núm. 208/2013, de 16 diciembre y 176/1995, de 11 de diciembre), prohibición de injerencias ajenas en actos que puedan perjudicar al sujeto (filiación y derecho a un nombre y apellidos en STC núm. 167/2013, de 7 de octubre), prohibición de menoscabar el conte-

(64) STC núm. 337/1994, de 23 de diciembre

nido esencial de un proceso justo (STC núm. 91/2000, de 30 de marzo), prohibición de patrimonialización de donaciones de gametos y preembriones (STC núm. 116/1999, de 17 de junio).

La amplitud en los derechos asociados a la dignidad humana poca utilidad ofrece a efectos de acotar su concepto(65), mas queda claro que, en todos lo caso, se halla indefectiblemente unida a la vulneración de un derecho fundamental concreto en una persona determinada. Esto es, un bien o valor eminentemente individual.

Si atendemos a la normativa internacional(66) y a los estudios sobre la materia(67), la dignidad humana en este ámbito se ha asociado con el no ser objeto de una creación artificial de laboratorio con unas características predefinidas(68). Esto nos aleja de considerar atentatoria contra la dignidad la procreación por técnicas de reproducción asistida puesto que las características genéticas no son seleccionadas. Lo que se reprocha es la selección en base a criterios no médicos, atentando, en el caso anterior, contra el patrimonio genético de la especie humana y, en este, contra la dignidad del ser humano. Esto nos reconduce, una vez más, a un bien o valor de carácter individual.

(65) Apunta MATEO PARDO que se trata de un valor extrajurídico preexistente y reconocido por la Constitución. En prof., MATEO PARDO, R., «La “dignidad de la persona humana” y su significación en la constitución española de 1978 a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en AA. VV. (trad.) *Escritos jurídicos en memoria de Luis Mateo Rodríguez*, vol. 1, Facultad de Derecho de la Universidad de Cantabria, Cantabria, 1993, p. 348.

(66) Así, la Declaración universal de derechos humanos (preámbulo, párrafo primero) y el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales del Consejo de Europa (preámbulo, párrafo cuarto). También, cabe añadir, en: el preámbulo y el artículo 1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

(67) MANTOVANI hace referencia al principio de salvaguarda de la dignidad intrínseca del hombre no definiéndolo pero señalando que es de naturaleza individual. Este principio impediría la realización de determinadas prácticas genéticas como el trasplante de cerebro –creación de un hombre artificial–, la hibernación de personas vivas –para revivirlas cuando las ciencia encuentre solución a sus enfermedades mortales–, prolongación del tratamiento reanimatorio –mantener como «bancos vivientes de órganos» a personas muertas desde un punto de vista cerebral: hombres-vegetales o siemprevivos–, psicocirugía y psicoterapia –para modificar la personalidad de un sujeto–, alquiler de vientre materno, gestación extramaterna –en vientre de animal, masculino o incubadora mecánica–, clonación, selección genética, hibridación hombre-animal». En MANTOVANI, F., «Las nuevas fronteras de la bioética», *RECPC*, 1999, traducido por Jesús Barquín Sanz, p. 3. Cfr. también LÓPEZ GARRIDO, D., *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*, cit., p. 9; ROMEO CASABONA, C. M., «Límites penales de las manipulaciones genéticas», cit., p. 187. Por su parte, MARTÍN MATEO (1987), p. 122, alude a la dignidad de la «especie».

(68) MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal*, cit., p. 136.

Claro que si consideramos, según señala el TC, que la dignidad es un valor o fundamento que no puede vulnerarse de modo independiente a la vulneración de los derechos fundamentales, nos resulta difícil considerar que el derecho penal pueda considerar la dignidad humana como un bien jurídico protegido de carácter autónomo. Cualquier vulneración o puesta en peligro, necesariamente deberá ir unida –concretarse– en algún otro bien jurídico⁽⁶⁹⁾ por lo que debemos concluir que, bien no es un bien jurídico, o bien es un bien jurídico que subyace a todos los otros bienes jurídicos, al que se puede apelar en todos los casos –aunque no en solitario–, por lo que carece de utilidad delimitadora alguna.

Podemos señalar los siguientes aspectos de la manipulación genética que han sido identificados como atentados contra la dignidad humana:

1. Creación de vida potencialmente humana con fines investigación o experimentación, cuando su evolución biológica será interrumpida.
2. Experimentación con seres que no tienen capacidad de decidir, *sea nasciturus* (a) o nacidos (b).
3. Creación de seres de modo alternativo: clonación.
4. Creaciones combinando material genético: hibridación y quimeras.
5. Modificación genética no consentida.
6. Modificación genética consentida.

Partimos de la base indubitada y, en cierto sentido, evidente de que todo ser humano nacido tiene –merece– dignidad humana, al margen de su consideración como bien jurídico. Ocurre que en la vulneración de esa dignidad siempre se ven implicados otros bienes.

Entre las situaciones descritas, la que resulta atentatoria contra la dignidad humana de un modo más claro es la modificación genética no consentida, sea para mejorar o, con mayor gravedad, para empeorar la situación del sujeto (núm. 5). Lo mismo puede decirse en el caso de los nacidos cuando estos no tienen capacidad para decidir (núm. 2.b), dado que equivale a una falta de consentimiento.

(69) CASTELLÓ NICÁS, N., «El bien jurídico en el delito de manipulaciones genéticas del artículo 159», *cit.*. En el mismo sentido, HIGUERA GUIMERÁ, J. F., *El derecho penal y la genética*, *cit.*, p. 237; ROMEO CASABONA, C. M., «La genética y la biotecnología en las fronteras del Derecho», *cit.*, p. 296.. En contra, GARCÍA GONZÁLEZ, J., *Límites penales a los últimos avances de la ingeniería genética aplicada al ser humano*, *cit.*, p. 287; GONZÁLEZ GONZÁLEZ, M.; VALLE MUÑIZ, J. M., «Utilización abusiva de técnicas genéticas y Derecho penal», *cit*

La manipulación genética consentida (núm. 6), no obstante, plantea mayores interrogantes acerca de la afectación de la dignidad humana. En el caso de que se trate de empeorar la situación del sujeto, entendemos que sí hay afectación de la dignidad puesto que no se trata de un bien o valor disponible. Estableciendo un símil, las situaciones de esclavitud se entienden, entre otras cosas, atentatorias contra la dignidad de la persona por más que el sujeto esclavizado consienta. En los supuestos en que se produzca una mejora en el individuo, no entendemos que pueda haber una afrenta a su dignidad como persona(70).

Para responder a las restantes situaciones planteadas –creación de seres con fines experimentales (núm. 1), experimentación con seres no nacidos (núm. 2.a), clonación (núm. 3), hibridación y quimeras (núm. 4)–, tenemos que partir de la consideración previa de que no se trata de personas. Se pueden distinguir así dos situaciones: aquellas en las que el sujeto/objeto no va a ser nunca humano y aquellas otras donde sí va a serlo pero se encuentra en una fase inicial de su desarrollo biológico (antes de los 14 días). En cualquier caso, no considerarlas humanos conlleva una conclusión fundamental y es que resulta imposible que tengan dignidad humana. Carecen del sustrato biológico necesario para sustentar los derechos fundamentales que derivan de la misma. Y, aun así, en las distintas normas se alude a la dignidad humana al referirse a estas situaciones(71).

Pero volviendo a la distinción que mencionábamos, no resulta sencillo analizar qué situación corresponde a una categoría y a otra. En la primera, quienes no serán nunca humanos, podríamos afirmar que se encuentran las hibridaciones y quimeras(72) (núm. 4) y, con mayores dudas, señalaríamos que también se hallan los sujetos clonados(73) (núm. 3). En relación a los individuos no nacidos, entendemos que se

(70) Esto no implica posicionarnos acerca de la tolerancia de dicha conducta, que podrá estar prohibida por múltiples razones que no guardan relación con la dignidad humana.

(71) Claro que está la alternativa de entender que la dignidad humana presuntamente vulnerada es la de la especie, que seríamos todos menos estas producciones. Así, la dignidad humana es lesionada por manipular o mezclar los genes humanos, profesando algo así como «la pureza de la especie». Esta interpretación, entendemos, no podría sustentarse puesto que, según se ha expuesto, la dignidad humana es un valor eminentemente individual asociado al respeto de los derechos fundamentales. No tiene carácter colectivo.

(72) Al respecto, cfr. reflexiones de CUERDA RIEZU, A. R., «Límites jurídicos-penales de las nuevas técnicas genéticas», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 41, 2, 1988

(73) Algunas noticias han señalado el nacimiento de bebés clonados, si bien esto no ha sido confirmado por la comunidad científica. [https://www.elmundo.es/elmundosalud/\(2002\)/12/27/biociencia/1041000313.html](https://www.elmundo.es/elmundosalud/(2002)/12/27/biociencia/1041000313.html)

requiere una nueva distinción atendiendo a si, presumiblemente, nacerán o no. Esto es, si los *nascituri*, al margen de interrupciones no voluntarias de su proceso biológico, están llamados a continuarlo (núm. 2.a) o sí, por el contrario, fueron producidos con fines únicamente experimentales y serán objeto de destrucción (núm. 1).

Esta cuestión planteada remite a las consideraciones relativas al *nasciturus* y al comienzo de la vida. La vida humana no comienza con el nacimiento de la persona sino antes, aunque no existe certeza científica acerca del momento concreto en que esto ocurre. El surgimiento de la vida humana es un proceso evolutivo que se origina con la combinación de células. Con estas primeras fusiones, se origina la vida, pero, según se entiende mayoritariamente, en esos primeros estadios no podemos hablar aún de vida humana. Bien sea con la anidación del preembrión en el útero, bien con la formación de la línea primigenia, sucesos que tienen lugar aproximadamente a los 14 días, es entonces cuando se ha aceptado que podemos hablar de vida humana –en evolución–, embrión, y, en este sentido, merece protección. *Sensu contrario*, no se considera objeto de protección estadios anteriores del desarrollo biológico de un ser humano(74).

Pues bien, aun no siendo humanos ninguno de los dos supuestos –esto es, preembriones y embriones–, el derecho les otorga protección. La protección que recibe el *nasciturus* –etapas de embrión y feto– en el ordenamiento jurídico español el menor a la de una persona nacida y, entendemos, no son titulares de derechos más que los reconocidos de un modo muy limitado y, en cualquier caso, condicionados a su nacimiento y desprendimiento del seno materno. Supervivencia(75). En materia de experimentación, se recuerda:

a) Está prohibida la experimentación con embriones o preembriones que vayan a continuar con el desarrollo biológico. (art. 74.2.c. letras «a» a «d» de la Ley 14/2007, de 3 de julio) (Arts. 13, 16 y 26.2.c.4.^a de la Ley 14/2006, de 26 de mayo).

https://elpais.com/diario/2003/01/05/sociedad/1041721205_850215.html [Fecha de consulta: 22/02/2023]

(74) Cfr. STC núm. 116/1999, de 17 de junio, donde analiza esta cuestión en la ya derogada Ley 35/1988 de reproducción asistida ante un recurso de inconstitucional interpuesto por el Partido Popular llegando a conclusiones similares.

(75) Arts. 29 y 30 del Código civil. Este último señala que «la personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno». Cabe destacar que, con anterioridad a la reforma de 2011 (Ley 20/2011, de 21 de julio), la personalidad estaba condicionada la supervivencia del nacido con figura humana, al menos, durante 24 horas.

b) La experimentación con preembriones que no vayan a continuarlo está permitida si no se cuentan con alternativas animales y siempre que no hayan sido creados a tal fin. (Arts. 14, 33 y 74.2. C.e de la Ley 14/2007, de 3 de julio) (art. 26.2.c.4.^a de la Ley 14/2006, de 26 de mayo).

c) La experimentación con material genético en estadios anteriores de la evolución está permitida. (art. 32 de la Ley 14/2007, de 3 de julio) (art. 14 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo)

Dado que la dignidad humana no puede predicarse del *nasciturus*, porque, al igual que las restantes situaciones analizadas, no se trata de personas, estas prohibiciones mencionadas no pueden sustentarse en su dignidad, especialmente en lo que respecta a la segunda de las mencionadas.

Luego, entre las seis situaciones descritas, en términos objetivos – todo lo objetivo que permite el concepto de dignidad humana–, podemos entender que únicamente la vulneran las intervenciones no consentidas (o sin capacidad de consentir) en nacidos y las consentidas cuando supongan un empeoramiento de su situación. Nos preguntamos entonces cuál es la dignidad humana a la que afectan las restantes situaciones⁽⁷⁶⁾ y debemos concluir en que es la de «nosotros», la de la especie humana. Sentimos afectada nuestra dignidad, como especie, por la creación o experimentación con entes que no son humanos, pero que involucran de algún modo la manipulación de nuestro ADN.

La cuestión, ya de por sí compleja por la imprecisión del concepto de dignidad, entra en un terreno repleto de subjetividades. El ADN adquiere cierto carácter sagrado cuya manipulación –en un amplio sentido– supone una afrenta contra la moral. La moral, constructo indeterminado y altamente subjetivo cuya presencia en las legislaciones se ha ido erradicando. Así, la dignidad parece convertirse en un bien de carácter colectivo, al igual que la identidad humana, con la diferencia de que este último concepto se circunscribe a un ámbito concreto que es la intervención en genes transmisibles genéticamente, mientras que aquél está sujeto a la moral de la especie y, sinceramente, no podemos saber qué caracteres tiene la moral de la especie.

En este sentido, entendemos que en el ámbito penal conviene alejarse del concepto de dignidad toda vez que no pueda individualizarse. Su utilidad como bien jurídico, como se ha mencionado, resulta más que dudosa. Esto no supone privar determinadas situaciones de protec-

(76) Sobre los híbridos se pronunció en STC 116/1999, de 17 de junio, considerándolos «atentatorios contra la dignidad de la persona», aunque sin profundizar en las causas.

ción puesto que, a nivel colectivo, atentan contra la identidad humana, tal y como se ha expuesto. Su dimensión individual sólo puede remitirse a la dignidad humana cuando el objeto de la intervención sea un ser humano nacido y, en cualquier caso, asociándolo con otro interés protegido. En el caso de los no nacidos, objeto de protección penal también, el interés protegido a nivel individual será, en su caso, su integridad – lesiones al feto o aborto–(77), pero en ningún caso su dignidad.

2.3 Nuevos bienes jurídicos creados por la evolución tecnocientífica

Finalmente, cabe hacer referencia a los bienes jurídicos surgidos de la mano de la evolución tecnocientífica; esto es, no descubiertos sino creados como consecuencia del actuar de la tecnociencia. El progreso industrial ha ido exportando los riesgos inherentes a su actividad allí por donde se ha desarrollado. Las conductas que aquí se consideran se encuentran asociadas a sectores desarrollados con posterioridad a las industrias farmacéuticas y alimenticias comentadas anteriormente. El potencial lesivo de la energía nuclear, los organismos genéticamente manipulados o determinadas sustancias se produce una vez que dichas actividades alcanzan cierto nivel de expansión por toda la sociedad. En este sentido, sus implicaciones están asociadas al desarrollo tecnocientífico, al igual que ocurre con los delitos medioambientales o los relativos a la manipulación genética humana. A diferencia de estos, no obstante, la puesta en peligro no se predica de ningún interés novedoso, autónomo, sino sobre constructos artificiales que toman en consideración diversos bienes jurídicos.

En efecto, las conductas que aquí se analizan son potencialmente peligrosas para la denominada «seguridad colectiva» que no es más que la consideración de distintos intereses de carácter individual o colectivo tomados de modo conjunto y, en consecuencia, tutelados de modo anticipado. Es en este sentido que se habla de bienes jurídico compuestos, mas lo controvertido de esta concepción requiere un ulterior análisis, tal y como se realizará a continuación.

Las figuras recogidas en el presente epígrafe, según se desprende de la intervención legislativa, ponen en peligro la seguridad colectiva

(77) En un sentido similar, GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «Manipulación genética y reproducción asistida en la reforma penal española», *Revista de derecho y genoma humano: genética, biotecnología y medicina*, 3, 1995, p. 73.

por su capacidad de generar un riesgo de gran destrucción o daño⁽⁷⁸⁾, esto es, catastrófico. La seguridad colectiva, concepto de referencia según señala el Tít. XVII CP, tiene un reconocimiento relativamente moderno en la legislación española y, según la sistematización del Código penal actual, engloba, junto a las conductas relativas al riesgo catastrófico, los actos de incendio, los atentatorios contra la salud pública –tanto analizados anteriormente como los relativos al tráfico de drogas–, y los que ponen en peligro la seguridad vial. Se trata de un bien jurídico de carácter colectivo, es decir –y según lo entendemos–, un constructo abstracto cuya protección penal está legitimada por tutelar intereses básicos para la supervivencia y el bienestar humano. Este es el fundamento único de la intervención penal que se materializa en la protección de diversos entes –bienes jurídicos– de carácter individual y colectivo. En este sentido, antes de definir la seguridad colectiva, se hace necesario identificar ese interés individual para el ser humano que fundamenta su reconocimiento.

Para realizar esta labor, se puede comenzar constatando que los mencionados cuatro grupos de conductas, recogidos en sendos capítulos que componen el Título, presentan una diferencia fundamental entre sí y es que, mientras que en los últimos dos grupos –salud pública y seguridad vial– se pone el foco de atención en ámbitos parcelados de la vida de los seres humanos –esto es, el ser humano, en contexto, en tanto consumidor de productos lícitos (medicamentos y alimentos) e ilícitos (tráfico de drogas), y el ser humano como partícipe de las sociedades modernas y el tráfico rodado–, los otros dos grupos –riesgo catastrófico e incendios– recogen conductas donde el peligro puede extenderse a todos los ámbitos de su vida. Esta diferenciación nos conduciría a pensar que las personas se exponen a los distintos peligros provenientes de cada ámbito en diferente medida. En las conductas que afectan a ámbitos parcelados, por lógica, únicamente se expondrán a dichos peligros cuando consuman productos o participen en el tráfico. En las conductas que afectan a todos los ámbitos, la exposición es consecuencia de la propia existencia en las sociedades industrializadas modernas, por lo que tiene un carácter «constante». Basta pensar, por ejemplo, en el riesgo de verse expuesto a productos radiactivos por un accidente nuclear, donde los individuos no «deben» hacer nada en concreto para convertirse en potenciales víctimas, y el riesgo de consumir algún producto adulterado, donde se debe realizar una acción concreta.

(78) El DRAE define «catástrofe» como «suceso que produce gran destrucción o daño».

Ahora bien, pese a que esta diferenciación, entendemos, resulta clara desde un punto de vista teórico o abstracto, en la práctica, la distinción pierde peso toda vez que el consumo de los productos es una actividad de primera necesidad para la supervivencia humana y la participación en el tráfico es inevitable en las sociedades actuales. Son ámbitos parcelados, sí, pero esas parcelas se ejercen necesariamente de forma constante.

Otra diferencia que encontramos entre ambos grupos son los bienes jurídicos de referencia. Esto es, como señalábamos anteriormente, existen determinados bienes jurídicos de carácter colectivo que carecen de completa autonomía respecto a los bienes jurídicos de referencia (individuales). Así, a diferencia del medioambiente o la identidad genética –bienes jurídicos autónomos respecto al interés individual de supervivencia y bienestar humano que los fundamenta–, la seguridad colectiva y la salud pública se hallan vinculados a la protección de otros intereses⁽⁷⁹⁾. Pues bien, partiendo de esta base, la distinción que apuntábamos entre ambos grupos radica en que los delitos contra la seguridad vial y la salud pública están vinculados a intereses de carácter exclusivamente individual, mientras que los riesgos catastróficos y los incendios afectan a intereses tanto individuales como colectivos. Realmente, esta diferencia se encuentra unida a la anterior ya que, como mencionábamos, estas últimas conductas no afectan a parcelas concretas sino a todos los ámbitos de la vida y bienestar humano por lo que los intereses tutelados de modo mediato serán su propia integridad pero también la del medio donde habita, cuya lesión o puesta en peligro derivará, de modo indirecto, en una merma de la calidad de vida de las personas. Entendemos que esta es la razón por la que encontramos referencias al medioambiente en estas conductas pero no en las anteriores –salud pública y seguridad vial.

La tutela de la seguridad colectiva, al igual que la salud pública –parcela concreta de la anterior–, supone una anticipación de la intervención penal respecto a los intereses protegidos de modo mediato.

(79) De modo similar, MORALES y GARCÍA que señalan que, si bien la referencia contenida en los preceptos a otros bienes jurídicos –vida, integridad, salud, bienes...– no puede entenderse como la mención al bien jurídico tutelado directamente, ha de servir de «parámetro (certero) de referencia de los juicios de peligro expresados típicamente... el objeto jurídico de protección inmediato es la seguridad colectiva, lo que no obsta para que los referidos bienes jurídicos individuales constituyan un objeto mediato de protección, situado en una relación secuencial valorativa con el bien jurídico supraindividual», MORALES PRATS, F.; GARCÍA SOLÉ, M., «Tít. XVII. De los delitos contra la seguridad colectiva», en Gonzalo Quintero Olivares, Fermín Morales Prats (trads.) *Comentarios al Código penal español*, vol. 2, 7.a ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2016, p. 889

Afirmábamos al comienzo de este epígrafe que el reconocimiento de estos intereses colectivos a los que afectan las conductas de riesgo catastrófico no se producirá hasta el desarrollo de las industrias modernas. Así, carecen de los antecedentes remotos que tienen los delitos contra la salud pública porque ninguna acción podía poner en riesgo –catastrófico– su integridad. Conforme la actividad tecnocientífica se fue expandiendo, los distintos sectores industriales se fueron extendiendo y, con ellos, los riesgos derivados de su mal funcionamiento. El aumento de la tecnificación y el tipo de tecnologías desarrolladas –así, la energía nuclear, por ej.–, supuso que su potencial lesivo fuera mayor, pudiendo afectar no sólo de modo directo a las personas sino también de manera indirecta, mediante la degradación del entorno.

Con estas características en mente, ofrecer una definición del concepto de «seguridad colectiva» se hace complejo. Quienes sostienen su carácter autónomo, lo definen como «el derecho que todos tienen para el desenvolvimiento normal de sus vidas en paz, sosiego, bienestar y tranquilidad»(80), asociándolo con la noción de bienestar general o calidad de vida del conjunto de la ciudadanía(81). La definición en estos términos presenta un problema, apuntado ya por la doctrina(82), y es su falta de concreción. Como bien se señala, son múltiples las causas que pueden perturbar la paz, sosiego, bienestar y tranquilidad de las personas, tales como diversas formas de criminalidad –seguridad ciudadana– o prácticas económicas fuera de control –seguridad económica(83), por lo que una definición que sea aplicable

(80) DE LA CUESTA AGUADO, P. M., *Respuesta penal al peligro nuclear*, Promociones y Publicaciones Universitarias, PPU, Barcelona, 1994, pp. 83 y ss; MORALES PRATS, F.; GARCÍA SOLÉ, M., «Tít. XVII. De los delitos contra la seguridad colectiva», *cit.*, p. 890; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal, cit.*, pp. 563-564. Este último autor hace referencia a la *tranquilidad colectiva*.

(81) QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español. Parte especial, cit.*, pp. 935-936.

(82) Entre otros, VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Sección 3a. De los delitos relativos a riesgo provocados por explosivos y otros agentes», en Gonzalo Quintero Olivares, Fermín Morales Prats (trads.) *Comentarios al Código penal español*, vol. 2, 7a ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 914-6915; GARCÍA RIVAS, N., «Delitos de riesgo catastrófico», en Javier Boix Reig (ed.) *Derecho penal: parte especial*, vol. 3, Iustel, Madrid, 2012, pp. 187-206. No obstante, este último autor identifica la *seguridad nuclear* como objeto de protección entendiendo que «aglutina las condiciones para un uso no nocivo de la energía nuclear, que se encuentra en la legislación internacional con un nivel de reconocimiento más que suficiente para adoptar en torno a ella mecanismos de protección penal», citando, a continuación, la Convención internacional sobre seguridad nuclear de 1994 y la Directiva 2009/71/Euratom, p. 191. Ocurre que, como se verá, los delitos que nos ocupan se insertan en la legislación penal en la década de 1960 por lo que esta identificación de dicho bien jurídico se produciría a posteriori.

(83) *Ibidem*.

a diversas realidades carece de eficacia. Entendemos que la noción de seguridad colectiva no puede perder de referencia los bienes protegidos de modo mediato, pero es más, no encontramos ningún otro interés protegido. Si antes afirmábamos, en relación al bien jurídico salud pública, que su contenido se encuentra estrechamente vinculado a la noción de salud individual –aunque superando de este concepto–, en el presente caso esa unión se intensifica al estar indisolublemente unido a los intereses protegidos.

Ahora bien, existen razones para aceptar este constructo de seguridad colectiva como bien jurídico colectivo. Así, en primer lugar, como se ha comentado, los intereses protegidos «detrás» de la seguridad colectiva son múltiples. Se trata de conductas multiofensivas que ponen en peligro la vida, integridad, salud y patrimonio (bienes jurídicos individuales) de los individuos, pero también el medioambiente (bien jurídico colectivo). Con estas referencias mediatas, que incluyen bienes jurídicos colectivos, la seguridad colectiva necesariamente ha de tener un carácter colectivo. Asimismo, la entidad de los potenciales riesgos en términos de lesividad y alcance, justifica la intervención anticipada del derecho penal por el peligro colectivo –a numerosos individuos– que representa(84).

Así, las conductas de riesgo catastrófico constituyen un riesgo generalizado en las sociedades actuales y, por esta misma razón, necesitado de concreción ante la intervención penal. Como señalamos, el derecho penal no puede prevenir el riesgo porque es consustancial al funcionamiento de las sociedades modernas. La vida actual se vería paralizada. Su intervención debe estar fundada en la lesión o la puesta en peligro. El recurso al peligro, como la concreción de un riesgo para un interés protegido, se fundamenta en estos delitos por el alcance de la lesividad que tendrían los resultados, de materializarse(85). Y es esa necesidad de concreción la que debe suponer el rechazo de los delitos de mera actividad y de peligro abstracto, dada la falta de constatación del potencial lesivo de las conductas.

3. CONCLUSIONES

La evolución tecnocientífica conduce a caminos insospechados en más de una ocasión. Es difícil anticipar al completo sus implicaciones

(84) De modo similar, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal, cit.*, p. 563.

(85) En relación a la evaluación del riesgo derivado de las plantas de energía nuclear mediante la *valoración probabilística de riesgos (VPR)*, cfr. DE LA CUESTA AGUADO, P. M., *Respuesta penal al peligro nuclear, cit.*, pp. 26 ss.

y los riesgos que su desarrollo conllevará. El propio derecho penal, llamado a paliar estos riesgos, se ha visto también imbuido en esta dinámica descubriendo insospechados bienes jurídicos conforme el progreso se abre camino hacia nuevas áreas. La tecnociencia nos ha mostrado nuevos bienes jurídicos a través de su puesta en peligro. Las entidades hoy protegidas, difícilmente pudieran haber adquirido esta consideración años atrás dado que no existía el desarrollo tecnológico necesario como para hacerlas peligrar.

Ahora bien, como disciplina científica autónoma, el derecho penal no puede renunciar a su propio fundamento y parámetros de intervención. En este sentido, la reflexión sobre el bien jurídico ha de ser siempre el elemento al que retornar para evaluar la adecuación y, en su caso, necesidad de prohibición. A la luz de lo expuesto, una certera identificación y definición de los bienes jurídicos implicados en cada caso deberá ser coherente con la protección prioritaria del ser humano y sus necesidades para poder servir de auténtico límite al *ius puniendi* puesto que esta, y no otra, es su principal misión.

4. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALCÁZER GUIRAO, R., *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?: apuntes sobre el concepto material del delito*, Atelier, Barcelona, 2003.
- ALONSO ÁLAMO, M., «Bien jurídico penal: más allá del constitucionalismo de los derechos», en *Bien jurídico penal y derecho penal mínimo de los derechos humanos: estudios*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 2014, pp. 47-76.
- ALTAMIRANO, T., *Refugiados ambientales: Cambio climático y migración forzada*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2014.
- AMELUNG, K., «El concepto “bien jurídico” en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos», en Roland Hefendehl (ed.), Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno (trad.) *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juegos de abalorios dogmáticos?*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 227-264.
- ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., *Los delitos contra la salud pública: especial referencia al delito de adulteración y tráfico de animales (art. 364.2)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002.
- ARRIAGA ARELLANO, E.; LINARES SALGADO, J. E., «La Evaluación del riesgo de las plantas transgénicas: de la regulación a la bioética», *Revista de bioética y derecho*, núm. 27, 2013, pp. 38-57.

- BARREIRO, A. J., «El bien jurídico protegido en los delitos contra el medio ambiente en el CP de 1995», en *Estudios sobre la protección penal del medio ambiente en el ordenamiento jurídico español*, Comares, Granada, 2005, pp. 1-72.
- BARREIRO, A. J., «Los delitos relativos a la manipulación genética en sentido estricto», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LII, 1999, pp. 89-135.
- BECK, U., *La sociedad del riesgo global*, siglo XXI de España, Madrid, 2002.
- BELTRÁN GARCÍA-ECHÁNIZ, A., «El desarrollo de la política científica y tecnológica en España», en Carlos María Romeo Casabona, Fernando Guarnarreme Sánchez Lázaro (eds.) *La adaptación del derecho penal al desarrollo social y tecnológico*, Comares, Granada, 2010, pp. 3-23.
- BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., *Aspectos jurídico-penales de la reproducción asistida y la manipulación genética humana*, Instituto de Criminología de Madrid, Madrid, 1997.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., «El medio ambiente como bien jurídico tutelado», en *El delito ecológico*, Trotta, Madrid, 1992, pp. 41-50.
- BUSTOS RAMÍREZ, J., «Los bienes jurídicos colectivos», *Revista de derecho penal*, vol. 27, núm. 27, 2019, pp. 465-477.
- CASTELLÓ NICÁS, N., «El bien jurídico en el delito de manipulaciones genéticas del artículo 159», *RECPC*, 2002, pp. 04-04.
- CEREZO MIR, J., «Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 10, 2002, pp. 47-72.
- CIERCO SEIRA, C., «El principio de precaución: reflexiones sobre su contenido y alcance en los Derechos comunitario y español», *Revista de administración pública*, núm. 163, 2004, pp. 73-126.
- COLÁS TURÉGANO, M. A.; MORELLE HUNGRÍA, E., «El Derecho ambiental frente a los delitos ecológicos: la eficacia y eficiencia penal a debate», *RECPC*, 2021, pp. 23-13.
- CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., «La tutela del medio ambiente: análisis de sus novedades más relevantes», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 2, 1996, pp. 1550-1555.
- CORCOY BIDASOLO, M., «Límites y controles de la investigación genética: la protección penal de las manipulaciones genéticas», en Fermín Morales Prats, Gonzalo Quintero Olivares (eds.) *El nuevo derecho penal español: estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Cizur Menor, 2001, pp. 1103-1124.
- CRUZ BOTTINI, P., «Principio de precaución, Derecho Penal y sociedad de riesgos», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 7, 2007, p. 1.
- CUADRADO RUIZ, M. A., «Protección jurídica del medio ambiente (internacional, europea, constitucional y penal)», en *Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 619-642.
- CUERDA RIEZU, A. R., «Límites jurídicopenales de las nuevas técnicas genéticas», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 41, núm. 2, 1988, pp. 413-430.

- DE LA CUESTA AGUADO, P. M., «Protección penal de los consumidores», *Revista general de derecho*, núm. 668, 2000, pp. 5607-5620.
- «Protección penal del genoma y preembrión: análisis comparado y propuesta alternativa», *RECPC*, 2019, pp. 21-01.
- *Respuesta penal al peligro nuclear*, Promociones y Publicaciones Universitarias, PPU, Barcelona, 1994.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «Genética y política criminal», *Revue internationale de droit penal*, vol. 78, núm. 3, 2007, pp. 523-563.
- «Los llamados delitos de “manipulación genética” en el nuevo Código Penal español de 1995», *Revista de derecho y genoma humano: genética, biotecnología y medicina avanzada*, núm. 5, 1996, pp. 49-76.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado», en Manuel Cancio Meliá, Carlos Gómez-Jara Díez (eds.) *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, vol. 1, Edisofer, Madrid, 2006.
- DOVAL PAIS, A., «La regulación de los delitos de fraude alimentario nocivo en el Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1992», *Poder Judicial*, núm. 28, 1992, pp. 147-170.
- ESCAJEDO SAN EPIFANIO, L., «Identidad genética y libertad de ciencia», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 17, 2013, pp. 39-74.
- ESER, M. C. J. A., «¿Genética, “gen-ética”, derecho genético?», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 1, 1986, pp. 1140-1147.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Delitos contra la seguridad colectiva: ¿tentativas imprudentes?», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 1, 1997, pp. 2004-2008.
- FERNÁNDEZ-ESPINAR Y LÓPEZ, L. C., «La superación de los valores límite y la gestión de la calidad del aire en el centro de la acción climática y la responsabilidad de los poderes públicos en la protección de la salud: los principios jurídicos de eficacia y proporcionalidad en la aplicación de la Directiva 2008/50», *Actualidad Jurídica Ambiental*, núm. 102-1 (Junio), 2020, pp. 110-135.
- FIERRO, G. J., *Causalidad e imputación*, Astrea, Buenos Aires, 2002.
- FUENTES OSORIO, J. L., «Accesoriedad administrativa y delito ecológico», en *Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 619-642.
- GARCÍA ALBERO, R., «Cap. III. De los delitos contra la salud pública», en Gonzalo Quintero Olivares, Fermín Morales Prats (trads.) *Comentarios al Código penal español*, vol. 2, 7a ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 952-996.
- GARCÍA GONZÁLEZ, J., *Límites penales a los últimos avances de la ingeniería genética aplicada al ser humano*, Instituto de Criminología de Madrid, Madrid, 2001.
- GARCÍA RIVAS, N., *Delito ecológico: estructura y aplicación judicial*, Praxis, Barcelona, 1998.

- GARCÍA RIVAS, N., «Delitos de riesgo catastrófico», en Javier Boix Reig (ed.) *Derecho penal: parte especial*, vol. 3, Iustel, Madrid, 2012, pp. 187-223.
- «Influencia del Principio de Precaución sobre los delitos contra la seguridad alimentaria», en Nicolás García Rivas (ed.) *Protección penal del consumidor en la Unión Europea*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2005, pp. 91-124.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996.
- «Manipulación genética y reproducción asistida en la reforma penal española», *Revista de derecho y genoma humano: genética, biotecnología y medicina*, núm. 3, 1995, pp. 69-90.
- GONZÁLEZ GONZÁLEZ, M.; VALLE MUÑIZ, J. M., «Utilización abusiva de técnicas genéticas y Derecho penal», *Poder Judicial*, núm. 26, 1992, pp. 109-146.
- GÓRRIZ ROYO, E., *Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.
- GRACIA MARTÍN, L.; ESCUCHURI AISA, E., *Los delitos de lesiones al feto y los relativos a la manipulación genética*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005.
- HARARI, Y. N., *Sapiens. De animales a dioses*, 8a ed., Debate, Barcelona, 2016.
- HASSEMER, W., «Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos», en *Pena y Estado: [función simbólica de la pena]*, Editorial Jurídica ConoSur Ltda, Santiago de Chile, 1995, pp. 23-36.
- «¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?», en Roland Hefendehl (ed.), Beatriz Spínola Tártalo (trad.) *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juegos de abalorios dogmáticos?*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 95-104.
- HEFENDEHL, R., «¿Debe ocuparse el Derecho Penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto», *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, vol. 4, núm. 14, 2002.
- HEINE, G., «Accesoriedad administrativa en el Derecho Penal del Medio Ambiente», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 46, núm. 1, 1993, pp. 289-316.
- HERMWILLE, L., «Climate Change as a Transformation Challenge. A New Climate Policy Paradigm?», *GAIA – Ecological Perspectives for Science and Society*, vol. 25, 2016, pp. 19-22.
- HERNÁNDEZ PLASENCIA, J. U., «La protección penal del embrión preimplantatorio», en Carlos María Romeo Casabona (ed.) *Genética y derecho penal: previsiones en el Código Penal Español de 1995*, Comares, Granada, 2001, pp. 109-126.
- HIGUERA GUIMERÁ, J. F., *El derecho penal y la genética*, Trivium, Madrid, 1995.
- HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho: el objeto protegido por la norma penal*, 2a ed., Editorial Jurídica ConoSur, Santiago de Chile, 1992.

- ÍÑIGO CORROZA, M. E., *La responsabilidad penal del fabricante por defectos de sus productos*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2001.
- IPCC, *Global Warming of 1.5°C. An IPCC Special Report on the impacts of global warming of 1.5°C above pre-industrial levels and related global greenhouse gas emission pathways, in the context of strengthening the global response to the threat of climate change, sustainable development, and efforts to eradicate poverty*, 2018.
- JAKOBS, G., «Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico», en Günther Jakobs (ed.) *Estudios de Derecho penal*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 293-324.
- «¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?», *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, vol. 7, núm. 11, 2001, pp. 23-42.
- *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, Civitas, Madrid, 1996.
- KAUFMANN, A., *Filosofía del Derecho*, Publicaciones Universidad Externado de Colombia, Santa Fe de Bogotá, 1992.
- LLAIN ARENILLA, S. L.; HAWKINS RADA, C., «Cambio climático y migración forzada», *Migraciones Internacionales*, núm. 11, 2020, p. 7.
- LÓPEZ GARRIDO, D., *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*, Dykinson, Madrid, 1996.
- LOPPI, S.; CORSINI, A.; PAOLI, L., «Estimating Environmental Contamination and Element Deposition at an Urban Area of Central Italy», *Urban Science*, vol. 3, núm. 3, 2019, Multidisciplinary Digital Publishing Institute, p. 76.
- MAGDOFF, F., «Global Resource Depletion: Is Population the Problem?», *Monthly Review*, vol. 64, 2013, p. 13.
- MANTOVANI, F., «Las nuevas fronteras de la bioética», *RECPC*, 1999, pp. 01-06.
- MARTÍN MATEO, R., *Bioética y derecho*, Ariel, Barcelona, 1987.
- DE LA MATA BARRANCO, N. J., «Derecho comunitario y Derecho estatal en la tutela penal del ambiente», *RECPC*, 2000, pp. 02-04.
- MATEO PARDO, R., «La “dignidad de la persona humana” y su significación en la constitución española de 1978 a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en AA. VV. (trad.) *Escritos jurídicos en memoria de Luis Mateo Rodríguez*, vol. 1, Facultad de Derecho de la Universidad de Cantabria, Cantabria, 1993, pp. 341-358.
- MENDO ESTRELLA, A., *El delito ecológico del artículo 325.1 del Código Penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009.
- MENDOZA CALDERÓN, S., *La responsabilidad penal por medicamentos defectuosos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011.
- De Miguel Beriain, I., «¿Existe un derecho a la identidad genética?», *Arbor: Ciencia, pensamiento y cultura*, núm. 730, 2008, pp. 261-276.
- MIR PUIG, S., «Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del Ius puniendi», *Estudios penales y criminológicos*, núm. 14, 1989, pp. 203-216.

- MIR PUIG, S., «Límites del normativismo en derecho penal», *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 7, 2005, p. 18.
- MIRÓ LLINARES, F., «La criminalización de conductas “ofensivas”», *RECPC*, núm. 17-23, 2015.
- «Lo que queda (y debe quedar) del bien jurídico en Derecho penal», en José Luis González Cussac, José Leon Alapont (eds.) *Estudios jurídicos en memoria de la Profesora Doctora Elena Górriz Royo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 599-620.
- MITTAL, I.; GUPTA, R., «Natural Resources Depletion and Economic Growth in Present Era», *SOCH– Mastnath Journal of Science & Technology (0976-7312)*, vol. 10, 2015, pp. 24-28.
- MONTORO CHINER, M. J., «Perspectivas de contraste ante el riesgo ecológico. Agentes que intervienen en la evaluación del riesgo. En especial, los comités científicos», en *Riesgo y Precaución. Pasos hacia una Bioética ambiental*, Residència d’Investigadors CSIC-Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2005, pp. 125-136.
- MORALES PRATS, F.; GARCÍA SOLÉ, M., «Tít. XVII. De los delitos contra la seguridad colectiva», en Gonzalo Quintero Olivares, Fermín Morales Prats (trads.) *Comentarios al Código penal español*, vol. 2, 7a ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 885-897.
- MORILLAS CUEVA, L.; BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., «Límites penales de la experimentación humana», en Carlos María Romeo Casabona (ed.) *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, vol. 3, Fundación BBV, Bilbao, 1994.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal: parte especial*, 22a ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.
- «Protección de bienes jurídicos como límite constitucional del Derecho penal», en *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Cizur Menor, 2001, pp. 561-574.
- O’BRIEN, K., «Global environmental change II: From adaptation to deliberate transformation», *Progress in Human Geography*, vol. 36, núm. 5, 2012, pp. 667-676.
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., «Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 43, núm. 1, 1990, pp. 5-28.
- DE PABLO SERRANO, A., «El expolio de recursos naturales. De la green criminology a un nuevo y necesario derecho penal internacional del medio ambiente.», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 33, 2020, p. 5, fecha de consulta 26 noviembre 2021,.
- PAREDES CASTAÑÓN, J. M., «Responsabilidad penal y “nuevos riesgos”: el caso de los delitos contra el medio ambiente», *Actualidad penal*, núm. 10, 1997.
- PAREDES CASTAÑÓN, J. M.; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, Tirant, Valencia, 1995.

- PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 8.^a, Tecnos, Madrid, 2003.
- PERIS RIERA, J. M., *La regulación penal de la manipulación genética en España: (principios penales fundamentales y tipificación de las genotecnologías)*, Civitas, Madrid, 1995.
- PRAT WESTERLINDH, C., «El delito de manipulación genética», *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 69, 2010, p. 3.
- PRIETO MOLINERO, R. J., *El riesgo de desarrollo: un supuesto paradójico de la responsabilidad por productos*, Dykinson, Madrid, 2005.
- PUENTE ABA, L. M., «El delito ecológico del artículo 325 del Código Penal», *Revista Catalana de Dret Ambiental*, vol. 2, núm. 1, 2011, pp. 1-41.
- QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español. Parte especial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.
- QUINTERO OLIVARES, G., *Derecho penal ambiental*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.
- REYNA ALFARO, L. M., «La Protección Penal del Medio Ambiente: Posibilidades y Límites», 2001.
- RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.; SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho Penal español parte especial*, Dykinson, Madrid, 1995.
- RODRÍGUEZ, X. A.; ARIAS, C.; RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, A., «Physical versus economic depletion of a nonrenewable natural resource», *Resources Policy*, vol. 46, 2015, pp. 161-166.
- ROMEO CASABONA, C. M., «Genética y Derecho Penal: los delitos de lesiones al feto y relativos a las manipulaciones genéticas», *DS: Derecho y salud*, vol. 4, núm. 1, 1996, pp. 156-179.
- «La genética y la biotecnología en las fronteras del Derecho», *Acta bioethica*, vol. 8, núm. 2, 2002, pp. 283-297.
- «Límites penales de las manipulaciones genéticas», en Carlos María Romeo Casabona (ed.) *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, vol. 3, Fundación BBV, Bilbao, 1994, pp. 173-212.
- «Los delitos contra la salud pública: ¿Ofrecen una protección adecuada de los consumidores?», *Revista de derecho y ciencias penales: Ciencias Sociales y Políticas*, núm. 3, 2001, pp. 219-236.
- RUDOLPHI, H. J., «Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico», *Nuevo pensamiento penal*, vol. 5, núm. 8, 1975, pp. 329-347.
- RUEDA MARTÍN, M. Á., «El bien jurídico protegido en los delitos relativos a productos de consumo masivo», *Estudios penales y criminológicos*, núm. 30, 2010, pp. 395-446.
- RUIZ RODRÍGUEZ, L. R., «La reforma penal de los delitos contra la salud pública como respuesta a las innovaciones científicas y tecnológicas», *RECPC*, vol. 18, núm. 19, 2016.
- SÁNCHEZ VILANOVA, M., «A propósito de la inalterabilidad e intangibilidad del patrimonio genético humano como bien digno de protección penal», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 41, 2019, pp. 136-154.

- SCHÜNEMANN, B., «El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación», en Roland Hefendehl (ed.), María Martín Lorenzo, Mirja Feldmann (trads.) *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juegos de abalorios dogmáticos?*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 197-226.
- SEVER, L. E., «Environmental contamination and health effects: what is the evidence?», *Toxicology and Industrial Health*, vol. 13, núm. 2-3, 1997, pp. 145-161.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Delitos contra el medio ambiente*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.
- «¿Protección penal del medio ambiente? texto y contexto del artículo 325 del código penal», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 3, 1997, pp. 1714-1725.
- SINGH, B. R., *Global Warming – Impacts and Future Perspective*, InTech, Rijeka, 2012.
- SOLARI MERLO, M. N., *Ciencia jurídico penal y ciencias experimentales. Enfoques divergentes ante el riesgo de la tecnociencia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022.
- «El negacionismo del Covid-19», Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 361-390.
- SOTO NIETO, F., «Delito contra el medio ambiente: provocación o realización de ruidos», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 4, 2007, pp. 1476-1477.
- STERNBERG-LIEBEN, D., «Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador», en Roland Hefendehl (ed.), Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno (trad.) *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juegos de abalorios dogmáticos?*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 105-127.
- TAMARIT SUMALLA, J. M., «Delitos relativos a la manipulación genética», en Gonzalo Quintero Olivares, Fermín Morales Prats (eds.) *Comentarios a la Parte Especial de Derecho Penal*, 9a ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 1103-1113.
- TERRADILLOS BASOCO, J. M., «Delitos relativos a la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente», en Juan María Terradillos Basoco (ed.) *Derecho penal del medio ambiente*, Trotta, Madrid, 1997, pp. 35-57.
- «El ilícito ecológico: sanción penal-sanción administrativa», en *El delito ecológico*, Trotta, Madrid, 1992, pp. 79-105.
- «Función simbólica y objeto de protección del Derecho Penal», en *Pena y Estado: [función simbólica de la pena]*, Editorial Jurídica ConoSur Ltda, Santiago de Chile, 1995, pp. 9-22.
- «La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 63, 1981, pp. 123-150.

- DE VEGA RUIZ, J. A., «El presente y futuro del delito ecológico», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 1, 1992, pp. 1035-1047.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Sección 3a. De los delitos relativos a riesgo provocados por explosivos y otros agentes», en Gonzalo Quintero Olivares, Fermín Morales Prats (trads.) *Comentarios al Código penal español*, vol. 2, 7a ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 912-933.
- VON HIRSCH, A., «El concepto de bien jurídico y el “principio del daño”», en Roland Hefendehl (ed.), Rafael Alcácer Guirao (trad.) *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juegos de abalorios dogmáticos?*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 37-52.
- WANG, L. K.; CHEN, J. P.; HUNG, Y.-T.; SHAMMAS, N. K., (eds.), *Heavy Metals in the Environment*, CRC Press, Boca Raton, 2009.

La suspensión del juicio oral por revelaciones o retractaciones inesperadas

ABEL TÉLLEZ AGUILERA

Magistrado de la Audiencia Provincial de Madrid. Doctor en Derecho

RESUMEN

En el presente trabajo hemos llevado a cabo un detallado estudio de la figura procesal de la suspensión del juicio oral por sobrevenir en el mismo revelaciones o retractaciones inesperadas, analizando su evolución histórica, los problemas dogmáticos que presenta y las respuestas dadas por la jurisprudencia, para así, desde dichos parámetros, realizar un análisis crítico de la respuesta que nuestro Derecho da a una situación procesal que en la práctica forense presenta una singular problemática. Para superar estas deficiencias se apuesta por algunas posibles soluciones.

Palabras clave: *Suspensión del Juicio oral. Proceso penal. Revelaciones o retractaciones inesperadas.*

ABSTRACT

In the present paper we have carried out a detailed study of the procedural figure of the suspension of the oral trial due to unexpected revelations or retractions occurring in it, analyzing its historical evolution, the dogmatic problems it presents and the answers given by jurisprudence, in order to do so, from these parameters, by carrying out a critical analysis of the responses that our Law gives to a procedural situation that in forensic practice presents a singular problematic. To overcome these deficiencies, this paper offers some possible solutions.

Keywords: *Suspension of the oral trial. Criminal Procedure. Unexpected revelations or retractions.*

SUMARIO: 1. Introducción.–2. El concepto y los orígenes.–3. Naturaleza.–4. Requisitos: a) Revelaciones inesperadas. b) Retracciones inesperadas. c) Relevancia para el objeto del proceso. i/ Alteración sustancial. ii/ Incidencia en el objeto del proceso. d) Necesidad probatoria o instructora.–5. Finalidad: a) Nuevas pruebas «complementarias». b) Instrucción suplementaria.–6. Aspectos procesales.–7. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Entendido el proceso penal como un conjunto reglado de actos procesales que se suceden progresivamente en el tiempo de acuerdo al orden procedimentalmente establecido hasta culminar con el dictado de la sentencia, existen supuestos en los que dicho devenir queda interrumpido, temporal o definitivamente, surgiendo entonces lo que los procesalistas clásicos llamaban una «crisis procesal de actividad» la cual acarrea la paralización de ese «desarrollo escalonado»(1) que es el proceso(2). Nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECrim) contempla varios supuestos en los que el advenimiento de una «anormalidad procesal»(3) conlleva la suspensión del curso del proceso, pudiendo así citarse como ejemplos de ello, la admisión de una cuestión prejudicial devolutiva (art. 4), la cuestión de competen-

(1) Resaltando la idea de desarrollo «escalonado», como matiz diferenciador del proceso penal frente al civil, señalaba Gómez Orbaneja que «a diferencia del proceso civil, que se constituye de una vez y definitivamente, con unos límites objetivos y subjetivos inalterables, mediante la presentación de la demanda, el proceso penal se desenvuelve escalonadamente». GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Boch, Barcelona, 1947, tomo I, p. 37. En este sentido, la jurisprudencia de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo viene sosteniendo últimamente, de manera harto gráfica, que «el objeto de enjuiciamiento en el proceso penal va cristalizando progresivamente a través de distintas actuaciones». STS núm. 724/2022, de 14 de julio.

(2) Vid. CARNELUTTI, Francesco, *Instituciones del nuevo proceso civil italiano*, traducción al español de Jaime Guasp, Bosch, Barcelona, 1942, p. 397. En la doctrina española, habla de crisis de actividad, entre otros, ARAGONESES ALONSO, Pedro, *Instituciones de Derecho procesal penal*, Gráficas Mesbar, Madrid, 1976, pp. 298 y s., en donde realiza una distinción entre supuestos de interrupción, de detención y de suspensión.

(3) Sobre el concepto de anormalidad procesal como aglutinador de los diversos tipos de crisis procesales véase el referente estudio de GUASP DELGADO, J., «La paralización del proceso civil y sus diversas formas», en *Revista de Derecho Procesal*, VII, 1951, núm. 3, pp. 379 ss. (reproducido en el libro recopilatorio del mismo autor, *Estudios Jurídicos*, edición a cargo de Pedro Aragonese, Civitas, Madrid, 1996, pp. 545 ss.). En la misma línea, y centrado exclusivamente en el proceso penal, ALAMILLO CANILLAS, Fernando, «La teoría de las crisis del proceso aplicada al proceso penal», en *Revista de Derecho Procesal*, 1951, pp. 431 ss.

cia suscitada una vez concluido el sumario (art. 24), la recusación en el supuesto excepcional previsto en el artículo 62, la enajenación mental sobrevinida luego de cometido el delito (art. 383) y la declaración de rebeldía(4), una vez concluido el sumario si fue decretada en fase de instrucción (art. 840) o desde que se acuerde, si ello acontece estando pendiente el juicio oral (art. 841).

Sin embargo, no todas las paralizaciones del proceso penal tienen previstas las mismas consecuencias, siendo aquí donde se ha de distinguir entre causas de suspensión y causas de interrupción(5), pues, dado que «suspender» hace referencia a diferir o demorar la realización de un acto, mientras que «interrumpir» es fracturar o romper por el medio, la suspensión implica que la paralización del proceso es simplemente temporal, sin afectar a la validez de lo actuado hasta ese momento(6), mientras que la interrupción acarrea la pérdida de validez de lo hasta entonces actuado(7). Pese a ello, nuestra Ley de Ritos no es muy precisa a este respecto y engloba, como veremos, bajo la común rúbrica de la suspensión a ambos supuestos, siendo que tampoco ni la práctica ni la doctrina se ha preocupado mayoritariamente de resaltar esta distinción(8).

(4) De la rebeldía en nuestro sistema procesal me he ocupado monográficamente en mi extenso trabajo: «La Rebeldía Penal», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo LXXIV, 2021, pp. 253-431.

(5) Quedarían al margen los supuestos de nulidad de actuaciones porque, en estos casos, lo que se produce es una retroacción que, efectivamente, ralentiza el procedimiento pero que, estrictamente, no lo paraliza.

(6) Recuérdense al respecto lo dispuesto en el artículo 202 LECrim: «Serán improrrogables los términos judiciales cuando la Ley no disponga expresamente lo contrario. Pero podrán suspenderse o abrirse de nuevo, si fuere posible sin retroceder el juicio del estado en que se halle cuando hubiere causa justa y probada. Se reputará causa justa la que hubiere hecho imposible dictar la resolución o practicar la diligencia judicial, independientemente de la voluntad de quienes hubiesen debido hacerlo».

(7) La doctrina procesal gala fue pionera en la formulación moderna de esta distinción, pudiendo señalarse al respecto el clásico Tratado de Hélie (HÉLIE, Faustin, *Traité de l'instruction criminelle u Théorie du Code d'instruction criminelle*, Henri Plon, Imprimeur-Éditeur, Paris, 1867, tome VII, § 3415, p. 495) en donde realizaba tal distinción sobre la interpretación que ofrecía del artículo 353 del Código de Instrucción criminal napoleónico de 1808, precepto que, por cierto, no hacía sino que reproducir lo establecido en el artículo 418 del Código de 3 de brumario del año IV (25 de octubre de 1795). Por lo que se refiere a la doctrina procesal española, por todos, véase, FENECH NAVARRO, Miguel, *Curso elemental de Derecho procesal penal*, Librería Bosch, Barcelona, 1945, tomo II, pp. 22 ss.

(8) Sí que lo hacen de manera definida, por ejemplo, MONTERO AROCA (en MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J. L., MONTÓN REDONDO, A. y BARONA VILAR, S., *Derecho jurisdiccional III. Proceso Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 326 y s) y TOMÉ GARCÍA (en DE LA OLIVA SANTOS, A., ARAGONESES MARTÍNEZ, S., HINOJOSA SEGOVIA, R., MUERZA ESPARZA, J., y TOMÉ GARCÍA, J. A.,

En el caso del juicio oral, la norma procesal parte del principio general de concentración o unidad de acto(9), lo que supone que todas las actuaciones del juicio deben de concentrarse, si ello es posible, en una sola sesión, y no siéndolo, habrán de desarrollarse en varias consecutivas (arts. 744 y 788.1 LECrim), siendo que la razón de ello se fundamenta, junto al principio de celeridad, en la realización del principio de inmediación que permite «que no se borre de la mente de los magistrados lo que de las pruebas haya resultado, ni los informes de los defensores ni la posibles últimas palabras de los procesados»(10). Se parte pues de que, una vez abierto, el juicio oral debe continuar durante todas las sesiones consecutivas que sean necesarias hasta su completa conclusión(11), de tal manera que su suspensión, según las causas del artículo 746 LECrim, ha de considerarse una excepción(12), si bien que la jurisprudencia se preocupa de subrayar el hecho de que el principio de concentración, en cuanto tal y de manera autónoma, carece de rango constitucional al no estar incluido en el derecho a un proceso con todas las garantías previsto en el artículo 24 de la CE(13), lo que no obsta a que reiteradamente se acuda a invocar la proscripción constitucional de dilaciones indebidas para fundamentar la denegación de la solicitud de suspensiones(14).

Derecho procesal penal, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1999, pp. 539 ss. Asimismo, con profundidad y realizando un estudio de la doctrina italiana y alemana al respecto, PESQUEIRA ZAMORA, M.^a J., *La suspensión de los juicios orales*, JM Bosch, Barcelona, 2015, pp. 61 ss.

(9) Respecto a la doble dimensión de este principio, distinguiendo entre lo que se refiere a la actividad procedimental y al propio contenido del proceso, véase FAIRÉN GUILLEN, V., «Notas sobre el principio de concentración», en *Estudios de Derecho procesal*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, pp. 281 ss.

(10) PRIETO-CASTRO y FERRÁNDIZ, L., y GUTIÉRREZ DE CABIEDES y FERNÁNDEZ DE HEREDIA, E., *Derecho procesal penal*, 3.^a ed., Tecnos, Madrid, 1987, p. 342.

(11) Auto de la Sala Penal del Tribunal Supremo, sección 1.^a, de 14 de mayo de 2019 (Causa Especial núm. 20907/2017).

(12) En tal sentido, STS núm. 308/2009, de 23 de marzo.

(13) STS núm. 1085/2004, de 4 de octubre. No obstante, el Tribunal Constitucional en alguna ocasión, ha venido a relacionar el principio de concentración con los principios de inmediación, oralidad y publicidad, siendo así que lo hiciera *obiter dicta* a la hora de analizar la Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre, de enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes (conocido en su momento como «proceso monitorio penal»), señalando al respecto que «Más bien parece que no han existido más trámites de los estrictamente indispensables, dado que, como se ha apuntado, es en la vista oral, con escrupulosa garantía de los principios de inmediación, concentración, oralidad y publicidad, donde se efectúa la práctica de las pruebas y la verdadera acusación – en su caso –, cabiendo incluso la posibilidad de dictar en el acto Sentencia *in voce*». (STC núm. 233/1988, de 24 de noviembre).

(14) Práctica que se observa en la jurisprudencia desde los años ochenta, pudiendo citarse ad exemplum la STS de 19 de diciembre de 1984, en donde leemos:

Pues bien, entre los supuestos de suspensión del juicio oral contemplados en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, vamos a centrar nuestro estudio en el previsto en el número 6 del artículo 746, que dispone: «Procederá además la suspensión del juicio oral en los casos siguientes: 6.º Cuando revelaciones o retractaciones inesperadas produzcan alteraciones sustanciales en los juicios, haciendo necesarios nuevos elementos de prueba o alguna sumaria instrucción suplementaria».

Se trata de un instituto suspensivo «de extraño significado y contenido» que ha sido poco estudiado, y ello pese a «poseer una rica vida procesal por ser hijo de la realidad y nacer al calor de la vida»(15) siendo que, englobado bajo la común rúbrica de «suspensión por instrucción suplementaria», ha llevado a un entendimiento insuficiente y generalizado que pasa por alto los matices que dicho precepto con-

«Que a la vista de tales antecedentes claro se está la desestimación del primer motivo de casación aducido por quebrantamiento de forma, al amparo del núm. 1.º del artículo 850 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, porque la práctica de la información suplementaria, como facultad discrecional de la instancia, es una cuestión totalmente ajena a la casación según una constante doctrina de esta Sala –Sentencias, entre otras, de 26 de marzo de 1926, 21 de febrero de 1933, 4 de abril de 1981, y 26 de enero de 1982–, en tanto que sólo aquellos jueces pueden, en el terreno de lo que es justo e importante, determinar la necesidad y trascendencia de lo que aparece, en principio, como hecho inesperado, siempre evitando no sólo la indefensión de parte sino también la demora innecesaria del proceso; y siendo también manifiesto que esa doctrina está hoy respaldada por el artículo 24 de la Constitución que, entre otros, proclama, como derechos fundamentales, la no indefensión, el derecho a utilizar medios de prueba pertinentes y el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, en el ámbito penal a que esta resolución se refiere, es evidente el acierto de la instancia al denegar la suspensión solicitada porque ni se originó indefensión alguna, esencia natural de todo recurso formal, habida cuenta la abundante prueba practicada y preparada para el plenario, ni era pertinente la suspensión solicitada sobre la base de la supuesta existencia de una tercera persona responsable hasta entonces desconocida, cuando las propias manifestaciones del recurrente, que después no ha creído conveniente solicitar el amparo de la presunción de inocencia, las terminantes declaraciones de las distintas perjudicadas y los reconocimientos en rueda practicados llevaban, sin perjuicio de la adecuada valoración que todo ello tuviera en el juicio oral, a esa no pertinencia procesal y a la innecesaria dilación que, en su caso, ha de evitarse también».

(15) En gráfica expresión de JIMÉNEZ ASENJO, E., *Derecho procesal penal*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, s. f., tomo II, p. 221, donde leemos: «Esta causa de suspensión, que se conoce en el argot forense con el nombre abreviado de “información suplementaria”, posee una rica vida procesal, como lo acredita la práctica diaria y la abundante jurisprudencia recaída sobre ella, de extraño significado y contenido, es hija de la realidad y nacida al calor de la vida, representa como una garantía más de certidumbre y seguridad jurídica provocada en el trance duro y crítico en que se enfrentan los jueces y reos con la solución definitiva, por lo que ante lo decisivo del momento surgen confesiones tardías pero sinceras, o datos ignorados hasta entonces, que vienen a revelar un misterio hasta ese momento mantenido en secreto, y con ello trastocar los términos en que se hallaba planteado el tema procesal».

templa, siendo este el motivo que nos lleva a realizar el presente estudio. Y es que como categóricamente se ha afirmado(16) ni la casuística jurisprudencia que lo aplica, ni la escasa doctrina dedicada a su estudio han acertado a dar una interpretación suficientemente precisa de este instituto.

2. EL CONCEPTO Y LOS ORÍGENES

Para entender cabalmente la causa de suspensión del juicio oral contemplada en el núm. 6.º del artículo 746 LECrim hemos de partir de un trascendental y no siempre bien advertido dato, y es que, en la letra del precepto, y ante la concurrencia de unos mismos presupuestos (la aparición de revelaciones o retractaciones inesperadas), se incluyen dos supuestos suspensivos diferenciados, cuales son la necesidad de nuevos elementos de prueba y la llamada instrucción suplementaria. En otras palabras, no toda revelación o retractación inesperada supone la necesidad de acordar la instrucción suplementaria, pues simplemente puede ocurrir que la necesidad de nuevos elementos de prueba se salve suspendiendo el juicio y realizando un nuevo señalamiento donde dicha prueba pueda practicarse. Sin embargo, como decíamos, la generalización de la expresión «instrucción suplementaria» y su global identificación con el artículo 746.6.º LECrim ha hecho que se desdibuje una distinción que tiene unos orígenes históricos muy concretos que hundan sus raíces en los Derechos francés y austriaco. Y es que, en efecto, el texto del artículo 746.6.º es resultado de la fusión de dos institutos, los «nuevos elementos de prueba» y la «sumaria instrucción suplementaria», que tienen distintos ancestros.

El primero que brota al mundo del Derecho es el de «instrucción suplementaria» y tiene un claro e indiscutible origen francés. En el Derecho procesal galo el término «información» era utilizado desde antiguo como un acto propio de la instrucción preparatoria que contenía la declaración de los testigos, y que venía a equivaler a la «enquête» o «aprise» del proceso civil. Ya se preveía en la Ordenanza criminal dada por Luis XIV en mayo de 1670 (Tít. VI)(17), siendo que el lla-

(16) ORTELLS RAMOS, M., *El proceso penal abreviado (Nueve estudios)*, Comares, Granada, 1997, p. 133.

(17) *Ordonnance de Louis XIV, Roi de France et de Navarre, donnée a Saint Germain en Laye au mois d'August 1670, pour les matieres criminelles*, par ordre de sa Maieste, A Paris, MDCLXX, pp. 30 ss.

mado «cuaderno de información» se configuraba como una pieza independiente de la instrucción que recogía las declaraciones de los testigos y otros elementos probatorios, por lo que la «information supplémentaire» surgía cuando era necesario complementar dicho cuaderno con nuevas declaraciones o pruebas. Siguiendo dicha estela, el *Code d'Instruction Criminelle* de 1808 prevería en su artículo 228 la citada posibilidad que acordarían los jueces, extendiéndola el artículo 235 a los tribunales, siendo así como la jurisprudencia(18), luego seguida por la doctrina(19), comenzaría a admitir la posibilidad de acordar una «instrucción suplementaria» cuando en los debates se hiciera aflorar alguna deficiencia de la instrucción que no fuera posible salvar durante las sesiones del juicio. Esta influencia francesa hizo que, sobre lo estipulado en el artículo 3 del Decreto XXIII de las Cortes de Cádiz de 11 de septiembre de 1820, en donde se establecía la obligación de que toda persona diera en causa criminal su testimonio, no bajo certificación o informe, sino por declaración bajo juramento(20), el artículo 51 del Reglamento Provisional para la Administración de Justicia de 1835 dispusiera en su regla núm. 12(21) que «si dentro de los tres días de conclusa la causa, si el juez hallare en ella defectos sustanciales que subsanar o faltaren algunas diligencias precisas para el cabal conocimiento de la verdad, acordará que para determinar mejor se practiquen sin pérdida de momento todas las que fueren indispensables». Sobre dicha base legal, los jueces que, al examinar las actuaciones que debían sentenciar, encontraban alguna de las citadas deficiencias, comenzaron a dictar lo que vino a denominarse «auto para mejor proveer», en el cual ordenaban que en el término de tres días se practicarán las diligencias que reputaban

(18) Así, en Sentencia del Tribunal de Casación Criminal de 19 de marzo de 1825 (en DALLOZ y TOURNEMINE, *Jurisprudence Générale du Royaume*, Bureau de la jurisprudence générale ou journal des audiences, Paris, 1825-1826, pp. 266 ss.) y en Sentencia de 15 de enero de 1853 (en DALLOZ, *Jurisprudence Général. Recueil périodique et critique de Jurisprudence, de Législations et de Doctrine*, Bureau de la jurisprudence générale ou journal des audiences, Paris, 1853, p. 269, n. 24). Ambas sentencias pueden leerse transcritas, en lo que aquí interesa, en GARCÍA DE LA PUERTA LÓPEZ, M.ª I., *La suspensión del proceso penal por información suplementaria*, El Almendro, Córdoba, 1987, pp. 76 y s.

(19) Vid. GARRAUD, R., *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, Recueil Sirey, Paris, 1912, tome I, n. 309.

(20) *Colección de los Decretos y Órdenes generales de la Primera Legislatura de las Cortes Ordinarias de 1820 y 1821 desde el 6 de julio hasta el 9 de noviembre de 1820, mandada publicar por orden de las mismas*, Imprenta Nacional, Madrid, 1821, tomo VI, p. 101.

(21) Vid. Peláez Del Rosal, M., *Legislación Orgánica y de Administración de Justicia*, Servicio de Reprografía de la Facultad de Derecho, Barcelona, 1974, p. 120.

necesarias, siendo que, una vez ello practicado, se mandaba «llevar la causa a la vista»(22). Con la promulgación de la Ley provisional de Enjuiciamiento Criminal de 1872, la citada previsión de instrucción suplementaria sería llevada expresamente al acto del juicio(23).

El segundo supuesto suspensivo, el de «aparición de nuevas pruebas», encuentra su entronque en el Derecho austriaco y, claro, sobre el mismo sobrevuela el pensamiento de Franz Klein(24), si bien que su primer enraizamiento lo hallamos ya en la Ordenanza del proceso penal de 29 de julio de 1853(25), que en su § 248, y bajo la rúbrica de «interrupción y aplazamiento de los debates» (*Unterbrechung und Bertagung der Schussverhandlung*), preveía como causa de suspensión del juicio oral el supuesto de que el Tribunal entendiera necesario proceder a nuevas investigaciones, practicar nuevas diligencias sumariales u obtener nuevas pruebas(26), precepto que sería luego prácticamente reproducido en el § 276 de la *Strafprozessordnung* de 1873 y desde donde desplegaría su efectividad suspensiva hasta la actualidad(27). Sería pues aquel antecedente remoto de 1853 el que sería llevado por nuestro legislador a la Ley provisional de Enjuiciamiento Criminal de 1872, de donde pasaría al precepto de la de 1882 que hoy

(22) Vid. LÓPEZ DE AZCUTIA, M., *Derecho criminal (Sustanciación de los procesos, leyes, decretos y órdenes vigentes; observaciones al Código y exposición y explicación de casos prácticos dudosos)*, 2.ª ed. (1.ª 1861), Imprenta y Estereotipia de M. Rivadeneyra, Madrid, 1862, p. 79.

(23) Comentarios al respecto en ORTIZ DE ZÚÑIGA, M., *Práctica general forense. Tratado que comprende la constitución y atribuciones de todos los tribunales y juzgados y los procedimientos judiciales*, tomo II, 7.ª ed., Imprenta de José Rodríguez. Madrid, 1874, p. 479.

(24) Con su apuesta por el protagonismo de la oralidad de los debates, con instrucción escrita previa, y la defensa de la celeridad de los procesos con proscripción de «tardanzas inútiles». Véase al respecto, KLEIN, F., «Erläuternde Bemerkungen zum Entwurfe eines Gesetzes über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (Civilprozessordnung)», en *Materialien zu den neuen Österreichischen Civilprozessgesetzen*, K.u. K. Ministerium, Wien, 1897, band I, pp. 288 ss. Ampliamente, FAIRÉN GUILLEN, V., «El Proyecto de la Ordenanza civil austríaca visto por Franz Klein», en *Estudios de Derecho procesal*, cit., pp. 301 ss.

(25) Un año antes del nacimiento de Klein.

(26) «Wenn der Gerichtshof aus irgen einen Unlasse vorläufig noch neue Erhebungen oder Untersuchungshandlungen einsuleiten, oder neue Beweismittel herbeizufchaffen findet».

(27) Vigente Código procesal penal austriaco de 1975 (modificado por Ley núm. 70/2018), § 276: «Eine Vertagung der Hauptverhandlung kann nach Ermessen des Gerichtes auch dann beschlossen werden, wenn der Gerichtshof aus irgendeinem Anlasse vorläufig noch neue Erhebungen oder Untersuchungshandlungen oder die Herbeischaffung neuer Beweismittel anzuordnen findet oder wenn sich wegen äußerer Hindernisse eine zeitweilige Aufschiebung der Verhandlung als notwendig oder zweckmäßig darstellt».

centra nuestra atención. Ahí, pues, encontramos el origen de la causa de suspensión del juicio oral por la necesidad de nuevas pruebas («neuer Beweismittel»), una causa suspensiva que encontrará acomodo asimismo en otros ordenamientos procesales europeos del siglo pasado, como sería en caso del Código procesal portugués de 1929 (art. 443) o el italiano de 1930 (art. 469)(28). En cualquier caso, no debemos dejar de pasar por alto que este concepto de «nuevos elementos de prueba» también lo encontramos en el artículo 954.1 d) de la LECrim, que contempla como supuesto de revisión de las sentencias firmes «cuando después de la sentencia sobrevenga el conocimiento de hechos o elementos de prueba, que, de haber sido aportados, hubieran determinado la absolución o una condena menos grave»(29), requisito este de «*ex capite novorum*» o «*propter nova*», subrayado por la jurisprudencia(30), siendo la doctrina la que ha hecho notar la existencia de una cierta tautología entre las expresiones «hecho nuevo» y «nuevo elemento de prueba», pues ambos «*nova*» son equivalentes, en tanto que un hecho nuevo equivale a un elemento de prueba nuevo, puesto que el hecho por sí mismo nunca puede constituir prueba por sí mismo si no es mediante su calidad de objeto de una prueba determinada(31).

3. NATURALEZA

Tradicionalmente, la doctrina jurisprudencial ha sido unánime a la hora de establecer dos características definitorias de la naturaleza de la causa suspensiva que venimos estudiando y que son, por un lado, su «excepcionalidad» y, por otra, la «discrecionalidad» que preside su adopción.

(28) En este sentido, Manzini precisaba que «son nuevos medios de prueba, en el sentido de los arts. 457 y 469) no sólo los sobrevenidos y desconocidos antes, sino también los aparecidos ya en la instrucción y no presentados de nuevo en el debate», MANZINI, V., *Tratado de Derecho Procesal Penal*, traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín, con prólogo de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, Librería El Foro, Buenos Aires, 1996, tomo IV, p. 409.

(29) Para estos supuestos, el artículo 958 LECrim estipula que «la Sala instruirá una *información supletoria*, de la que dará vista al Fiscal, y si en ella resultare evidenciada la inocencia del condenado, se anulará la sentencia y mandará, en su caso, a quien corresponda el conocimiento del delito, instruir de nuevo la causa». Obsérvese que se utiliza la expresión *información supletoria*, que no *suplementaria*.

(30) Por todas, STS núm. 628/1998, de 6 de mayo.

(31) FENECH NAVARRO, M., *Curso elemental de Derecho procesal penal*, cit., tomo III, p. 293.

En cuanto a la «excepcionalidad», se afirma que la causa de suspensión prevista en el artículo 746.6.^a, que es tildada de «especialísima», tiene dicho carácter debido a que «Nuestro sistema procesal penal responde al principio de unidad de acto en la celebración del juicio oral (artículo 744 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), admitiendo, sin embargo, un número determinado de causas de suspensión, con criterio selectivo, restrictivo y cerrado (*numerus clausus*) que hacen quebrar aquel principio en aras de la consecución de la verdad material que persigue el proceso criminal»(32), por lo que «la suspensión de un juicio sólo puede tener lugar por razones relevantes y por aspectos inesperados o sorprendentes que hagan precisa una instrucción suplementaria, por lo que debe destacarse el carácter excepcional de esta medida y no generalista a ser utilizado ante cualquier tipo de declaración, y más aún cuando se trata de sumariales»(33).

Por lo que se refiere a la «discrecionalidad» a la hora de ser adoptada por los Tribunales, dicha nota ha sido subrayada desde antaño por nuestra jurisprudencia(34), afirmándose a tal respecto que «incumbe exclusivamente al Tribunal de instancia, el cual, a su prudente arbitrio, es decir, discrecional y facultativamente, podrá decidir la referida suspensión o la prosecución del juicio»(35), ya que «es facultad discrecional de la Audiencia, siempre supeditada a que ésta considere o no necesaria la información suplementaria en orden a la importancia y trascendencia de la misma, labor discrecional que necesariamente ha de ser justa y equilibrada para buscar el contenido y los límites de lo que siendo un legítimo derecho, puede convertirse en un descarado abuso»(36), o en otras palabras, «implica una facultad discrecional siempre sometida a que los jueces la consideren, o no, necesaria en función a la importancia y trascendencia de la misma, labor discrecional que habrá de ser justa y equilibrada para proteger un legítimo derecho de la parte y para, a la vez, evitar el abuso jurídico que su invocación irresponsable puede originar»(37), siendo ello así porque, dado «el carácter inesperado de esas revelaciones y su relación con el objeto del proceso, a efectos de ponderar su necesidad en orden a la posibilidad de incidir en alguno de los pronunciamientos del fallo, es

(32) Sentencia de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo de 6 de diciembre de 1985.

(33) STS núm. 98/2023, de 15 de febrero.

(34) Por todas, Sentencias de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 1952, 11 de diciembre de 1957, 16 de enero de 1961, 3 de marzo de 1975, 12 de marzo, 26 de mayo y 18 de junio de 1976, 2 de diciembre de 1977 y 12 de noviembre de 1986.

(35) Sentencia de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo de 29 de enero de 1990.

(36) Sentencia de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo de 15 de abril de 1991.

(37) STS núm. 1059/1999, de 23 de junio.

el órgano judicial que preside el acto del juicio y ha tenido contacto con la prueba ya practicada quien mejor puede determinarlo»(38).

Estas notas de especialidad, excepcionalidad y discrecionalidad llevaron a que una corriente jurisprudencial, que pudiéramos calificar de más tradicional o restrictiva, insistiera en que de las mismas se derivaba la no procedencia de llevarse a cabo ningún control casacional sobre la misma(39). Se llegaba a afirmar que existía una «imposibilidad absoluta» de que el Tribunal Supremo pudiera controlar dicha facultad suspensiva que correspondía en exclusiva a los Tribunales y más concretamente al presidente del tribunal, y ello «en tanto que sólo aquellos jueces pueden, en el terreno de lo que es justo e importante, determinar la necesidad y trascendencia de lo que aparece, en principio, como hecho inesperado, siempre evitando, no sólo la indefensión de la parte, sino también la demora innecesaria del proceso»(40), siendo así por lo que se concluía que «careciendo, ordinariamente, el Tribunal Supremo de elementos de juicio para resolver acerca de aquella procedencia y si con tal negativa se han quebrantado o no las formas esenciales del procedimiento, sin que ni siquiera por vía de la excepcionalidad reconocida a aquellos supuestos en que pudieran consumarse situaciones de indefensión, sea posible en este caso desautorizar a la Sala de instancia»(41).

Sin embargo, la influencia de los derechos constitucionales recogidos en el artículo 24 de la Constitución, muy particularmente el derecho a la prueba y la consecuente proscripción de la indefensión, hicieron que, a partir de la segunda mitad de los noventa, los anteriores postulados jurisprudenciales comenzaran a relajarse, afirmándose así el Tribunal Supremo que «aunque esta Sala reiteradamente ha insistido en la discrecionalidad absoluta del acuerdo no revisable en casación, también se ha matizado esta doctrina, corrigiéndola a la luz de los principios constitucionales que rigen el proceso penal, entre los que destaca con entidad propia la interdicción de toda indefensión para posibilitar el acceso a la casación, lo que, no obstante, se limita a supuestos realmente excepcionales en evitación de que se vulneren los

(38) STS núm. 970/2000, de 5 de junio (con cita expresa de la misma en STS núm. 359/2017, de 19 de mayo).

(39) En este sentido, por ejemplo, en Sentencias de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 1926, 21 de febrero de 1933, 27 septiembre 1952, 11 diciembre 1957, 16 enero 1961, 3 marzo 1975, 12 marzo, 26 mayo y 18 junio 1976, 2 diciembre 1977, 4 abril 1981, 26 enero 1982, 13 noviembre y 19 diciembre 1984, 8 marzo y 29 junio 1985, 12 noviembre 1986, 23 enero 1987, 26 septiembre y 26 diciembre 1989, 29 enero 1990 y 15 abril 1991.

(40) ATS núm. 714/2000, de 15 de marzo.

(41) STS núm. 680/1998, de 16 de mayo.

principios que fundamentan la discrecionalidad»(42), siendo así como comenzó a vincularse la falta de discrecionalidad con los supuestos generadores de indefensión, algo que dejó patente en Tribunal Supremo en el sentencia referida al llamado «caso del padre coraje», al afirmar sin ambages: « La doctrina de esta Sala considera que esta decisión constituye una facultad privativa del Tribunal que, en principio, no es recurrible en casación, salvo que se hayan vulnerado los presupuestos del ámbito de discrecionalidad del Tribunal. En el supuesto actual cabe estimar que nos encontramos ante uno de dichos supuestos excepcionales, atendiendo a la indefensión ocasionada»(43). Se terminaba así por reconocer que «acordar o denegar una información suplementaria en definitiva tiene una estrecha relación con el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes y a la tutela judicial efectiva sin indefensión, derechos fundamentales recogidos en el artículo 24.1 y 2 CE, una vez introducida en nuestras leyes la infracción de precepto constitucional como razón suficiente para recurrir en casación se ha abierto camino la tesis de que, sin desconocer que hay unas importantes facultades más o menos discrecionales en el juzgador para acordar o no la suspensión del juicio oral en razón a estas informaciones suplementarias, sin embargo cabe recurrir en casación para que aquí examinemos la razonabilidad de lo resuelto al respecto, por lo que en estos casos tiene singular importancia la motivación del acuerdo correspondiente»(44).

La discrecionalidad se hace controlable casacionalmente porque queda subordinada al derecho de defensa(45) y en dicho marco conceptual la suspensión del juicio oral por revelaciones o retractaciones inesperadas se concibe ya como una manifestación del derecho de las partes a producir nueva prueba. En este sentido, se manifiesta tajante la moderna doctrina jurisprudencial, al sentar categóricamente que: «el artículo 746.6 LECrim reconoce a las partes, concretando el artículo 24.2 CE el derecho a producir nueva prueba, cuando revelaciones inesperadas produzcan alteraciones sustanciales en los juicios. Sin embargo, la nueva prueba debe ser pertinente en el sentido establecido por la jurisprudencia. Desde este punto de vista solo lo serán las pruebas que guarden relación con el objeto de decisión del proceso. La solicitud de suspensión para la práctica de la información es, en definitiva, una manifestación del derecho a producir prueba, establecido con el rango de fundamental por el artículo 24 CE y consecuente-

(42) SSTS núms. 539/1998, de 11 de mayo y 1059/1999, de 23 de junio.

(43) STS núm. 710/2000, de 6 de julio.

(44) STS núm. 1557/2002, de 17 de octubre.

(45) *Vid.* STS núm. 845/2017, de 21 de diciembre.

mente, en régimen de admisión o inadmisión, al no tratarse de un derecho ilimitado viene determinado por la nota de pertenencia a que se refiere el propio artículo 24 citado, pertenencia que, para este supuesto excepcional viene configurado en la propia norma que lo establece (art. 746.6 LECrim) que tales revelaciones... inesperadas produzcan alteraciones sustanciales en los juicios, lo cual determina la precisión de existencia de un íntimo enlace entre el fin de la información suplementaria y el objeto de la pretensión punitiva»(46), siendo que la necesaria concurrencia de dicho vínculo ha sido subrayado de manera singular(47), pues « desde este punto de vista solo lo serán las pruebas que guarden relación con el objeto de decisión del proceso, siendo además necesaria la aportación de nuevos medios probatorios de manera que, de no efectuarse, no podría quedar establecida la situación que ha de tenerse por acreditada»(48).

Vemos pues, y sintetizando lo expuesto en relación a la naturaleza del instituto suspensivo previsto en el artículo 746.6.º, como «de concebirse éste como una decisión excepcional y discrecional del tribunal ajena a cualquier control casacional, se ha pasado a reconocerse su solicitud y práctica como manifestación del derecho de las partes a producir nueva prueba», siempre y cuando se cumplan los requisitos que vamos a estudiar a continuación.

4. REQUISITOS

Del propio tenor del artículo 746.6.º LECrim se deducen los requisitos o presupuestos primarios que han de concurrir para que pueda procederse a suspender el juicio oral por esta vía:

a) Revelaciones inesperadas.

El propio término «revelar» lleva ínsito en su etimología (*revelum*, quitar el velo) la idea de descubrir o mostrar algo que está oculto, de ahí que en su primera acepción el diccionario de la RAE lo defina como «descubrir o manifestar lo ignorado o secreto», y en la segunda lo haga en el sentido de «proporcionar indicios o certidumbre de algo». Se trata pues del advenimiento del conocimiento de algo que hasta entonces era desconocido, que se produce de forma sorpresiva o imprevista, y que se refiere al *thema decidendi* del proceso, de modo

(46) STS núm. 104/2011, de 1 de marzo.

(47) *Vid.* STS núm. 333/2022, de 31 de marzo (caso Banco de Valencia).

(48) STS núm. 35/2021, de 21 de enero.

que dichas revelaciones introduzcan nuevos hechos al lado de aquellos que constituyen el objeto del proceso, o que modifiquen los hechos ya introducidos antes por las acusaciones o las defensas(49). Por tanto, no será una revelación inesperada aquello que ya había sido tenido en cuenta para configurar el objeto del juicio, por lo que nada de desconocido tiene(50), sin que necesariamente haya de identificarse siempre la citada revelación con la introducción de nuevos hechos punibles, como erróneamente ha sostenido en ocasiones cierto sector doctrinal, pues también será predicable en los casos que afecten a aspectos esenciales de los hechos enjuiciados (por ejemplo necesarios para su calificación legal)(51) y a sus supuestos responsables.

La revelación, pues, hace que algo deje de ser incognito, y ese algo nuevo «debe de dar lugar a una alteración sustancial que ha de referirse a los hechos hasta ese momento conocidos, y que, además, la aportación de nuevos medios probatorios se considere necesaria, es decir que, de no efectuarse, no podría quedar establecida la situación que ha de tenerse por acreditada»(52). Así pues, en primer lugar, la revelación inesperada debe venir referida a un hecho concreto o determinado, por lo que la jurisprudencia ha descartado desde bien antiguo las meras referencias a testigos no debidamente identificados, rumores públicos o simples opiniones personales(53), y en segundo lugar, debe producirse, en principio, en cualquier momento del desarrollo del juicio oral, siendo precisamente por ello por lo que ocasiona la suspensión del mismo. En este último sentido, no han faltado autores de fuste que han sostenido que la revelación inesperada debe aflorar normalmente en la fase probatoria y, en cualquier caso, antes del trámite de conclusiones definitivas(54), pero dicha opinión se nos antoja excesivamente formalista y carente de lógica en muchas ocasiones. Y es que entendemos que nada obsta a que si la revelación, que según la

(49) Resaltando estos extremos STS núm. 1557/2002, de 17 de octubre.

(50) En este sentido, encuentra su cabal significación lo sostenido por Aguilera de Paz cuando se refería a «imposibles de ser tenidos en cuenta oportunamente al proponer las pruebas ordinarias del juicio». AGUILERA DE PAZ, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, tomo V, 2.ª ed., Reus, Madrid, 1924, p. 588.

(51) Resaltando este aspecto ya Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1894. *Vid. Memoria elevada al Gobierno de S. M., en 15 de septiembre de 1894 por el Fiscal interino del Tribunal Supremo Don Juan de Aldana y Carvajal*, Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, Madrid, 1894, p. 166.

(52) SSTs núm. 775/2009, de 6 de julio y núm. 104/2011, de 1 de marzo.

(53) Véanse, así, Sentencias de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo de 2 de junio de 1887, 13 de noviembre de 1890, 16 de febrero de 1892, 16 de noviembre de 1901, 19 de agosto de 1902, 26 de agosto de 1909...

(54) De esta opinión, por ejemplo, AGUILERA DE PAZ, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, tomo V., *cit.*, p. 590.

jurisprudencia no tiene por qué ser necesariamente oral(55), se produce estando simplemente señalado el juicio, no pueda suspenderse tal señalamiento, algo expresamente admitido en alguna ocasión por el Tribunal Supremo(56) y que también pueda adoptarse una vez superado el trámite de conclusiones, por lo que somos de la opinión que, como ya apuntaba la añeja Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1894, la suspensión del artículo 746.6.º «puede y debe hacerse en cualquier estado del juicio en que se acredite su necesidad o utilidad»(57), incluso podría darse el caso de que fuera atendible, a nuestro parecer, en los supuestos en los que la revelación se produjera una vez concluso el juicio oral y estando en plazo de dictado de sentencia, pues razones de economía procesal respaldarían esta aplicación analógica; piénsese, en este sentido, en el caso de que la revelación inesperada fuera la aparición con vida de quien hasta ese momento había sido tenido como víctima de un homicidio. ¿Qué sentido tendría el no atender a esta trascendental revelación no suspendiendo el dictado de una sentencia que se sabe que en todo caso sería objeto de un recurso de revisión que llevaría a su rescisión?

En cualquier caso, debemos subrayar que la revelación inesperada que venimos estudiando puede proceder de cualquiera que tenga conocimiento del dato desvelado, haya sido parte en el proceso (acusado, ofendido o perjudicado, responsable civil) o mero partícipe del mismo (un testigo o un perito), o incluso alguien totalmente ajeno que hace llegar al tribunal lo hasta ahora ignorado, pues lo determinante para el despliegue del efecto suspensivo no es tanto la fuente de la revelación cuanto la trascendencia de la misma. En este último supuesto se incluiría, por ejemplo, el caso en el que fue el propio Juez de Instrucción el que puso en conocimiento del tribunal que venía juzgado a una persona por delito de lesiones, del fallecimiento de la víctima, lo que ocasionó la suspensión del juicio oral a fin de que se practicara una instrucción suplementaria que tuviera por objeto, entre otras diligencias, la autopsia del cadáver, fruto de lo cual se abrió

(55) Admitiendo la revelación manifestada al Tribunal por escrito, véase Sentencia de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1975.

(56) Sentencia de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 1887. En contra, Sentencia de la misma Sala de 10 de mayo de 1890.

(57) Esta conclusión la extrae Aguilera de Paz de la citada Memoria (Cfr. AGUILERA DE PAZ, E., Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tomo V., *cit.*, p. 602), pero en realidad la Circular de 15 de noviembre de 1893 a la que alude no es tan tajante.

nuevo juicio oral por delito de homicidio que fue por el que, finalmente, el acusado fue condenado(58).

b) Retracciones inesperadas.

El artículo 746.6.º de la LECrim prevé como presupuesto o requisito alternativo a las revelaciones inesperadas el referido a las retractaciones de la misma consideración, siendo así que, a diferencia de aquellas, las retractaciones inesperadas presuponen la existencia de una declaración previa de la que ahora quien la prestó se desdice, por lo que las fuentes de dicha retractación ya no pueden ser cualquiera, como en las revelaciones, sino sólo aquellos que ya han prestado declaración en el proceso, sea cual sea en calidad de lo que lo hicieron (investigados, procesados, acusados, perjudicados u ofendidos, testigos, peritos...), siendo que, en principio, tal retractación tendrá lugar, de ordinario, en el propio juicio oral cuya suspensión ha de propiciar. Pero, decimos en principio, porque la jurisprudencia ha admitido que revelaciones o retractaciones inesperadas realizadas en un juicio, puedan tener efectos suspensivos en otro cuando las mismas tengan una directa incidencia al existir entre ambos procedimientos una íntima conexión. Así lo acordó, por ejemplo, la sección 2.ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en su Auto de 26 de septiembre de 2018(59), cuando en una de las piezas separadas del caso Gürtel (Pieza Orange Market), que estaba pendiente de señalar fecha para juicio oral, se entendió procedente aplicar analógicamente el artículo 746.6.º ante las revelaciones realizadas por los acusados y testigos en otro juicio oral (J. O. 12/2016 del Juzgado Central de lo Penal), por entender que entre ambos procedimientos existía una íntima relación, al ser los dos piezas separadas de un mismo asunto, por lo que, en virtud del citado precepto, se acordó devolver el procedimiento al Juzgado Central de Instrucción a fin de que éste reabriera la fase instructora y realizara una instrucción suplementaria.

No obstante, no debemos olvidar que nuestro Ordenamiento procesal prevé un instrumento específico para dar respuesta a los casos en los que durante la declaración plenaria de acusado, testigos o peritos se evidencien contradicciones o retractaciones (totales o parciales)(60)

(58) Sentencia de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 1887 (una reproducción parcial de la misma en GARCÍA DE LA PUERTA LÓPEZ, M.ª I., *La suspensión del proceso penal por información suplementaria*, cit., pp. 138 ss. (en nota núm. 8).

(59) Rollo de Sala P. A. 3/2016, dimanante de las DPA 275/2008 procedente del Juzgado Central de Instrucción núm. 5.

(60) «La contradicción que permite la lectura de las obrantes en el sumario deber recaer sobre aspectos esenciales del testimonio, como afirmaciones contradic-

entre lo que en ese momento se está declarando y lo que se hizo anteriormente en fase instructora. A tal respecto, dispone el artículo 714 de la LECrim que «Cuando la declaración del testigo en el juicio oral no sea conforme en lo sustancial con la prestada en el sumario, podrá pedirse la lectura de ésta por cualquiera de las partes. Después de leída, el presidente invitará al testigo a que explique la diferencia o contradicción que entre sus declaraciones se observe»(61). Si ello es así, ¿cuál es el criterio que marca la diferencia para, ante la constatación de una retractación, aplicar el artículo 714 o el 746.6.º? Pues bien, la respuesta a este interrogante engarza con el tercero de los requisitos exigidos para suspender el juicio oral que a continuación estudiaremos, y que se refiere a la relevancia que la retractación tenga para el objeto del proceso, lo que hace que si la retractación «no produce ninguna alteración esencial en el procedimiento» lo único procedente será la confrontación de declaraciones por la vía del artículo 714 de la Ley de Ritos(62).

torias o retractaciones totales o parciales». STS núm. 1241/2005, de 27 de octubre.

(61) Aunque la letra del artículo 714 se refiere exclusivamente a la declaración de los testigos, la jurisprudencia ha hecho extensible la aplicación de lo en él dispuesto a las contradicciones evidenciadas en las declaraciones tanto de acusados como de peritos. *Vid.*, por todas, SSTS núm. 1562/2005, de 27 de diciembre, 142/2015, de 27 de febrero, 99/2018, de 28 de febrero.

(62) *Vide* STS núm. 677/2022, de 4 de julio, en donde se concluye: «La declaración de la testigo en el juicio oral no introdujo ninguna alteración esencial en el procedimiento. Desde su fase inicial de instrucción se contemplaba como objeto del proceso determinar si la recurrente, con violencia, intimidación, engaño o abuso de necesidad o vulnerabilidad, había captado, transportado y acogido a la menor para explotarla sexualmente. La totalidad de las fuentes de prueba que se recabaron –y que se propusieron después para el juicio oral– buscaron aclarar esta cuestión, con uno u otro alcance. Incluso las intervenciones telefónicas recogían, como la recurrente subraya, cierto vínculo afectivo entre la menor y el hijo de la recurrente, también acusado. Ciertamente es que cuando la menor fue preguntada en sede de instrucción, negó la realidad del abuso. En todo caso, valorando su testimonio en conjunción con las circunstancias de su presencia en España, así como con la prueba pericial, con el testimonio de los agentes, e incluso con las intervenciones telefónicas ya expresadas, la Juez de instrucción consideró que concurrían indicios racionales de responsabilidad criminal en la recurrente. Ese era también el objeto del enjuiciamiento, ante el que las partes propusieron las fuentes de prueba que consideraron conducentes a sus pretensiones. Y en esa realidad procesal, con ocasión de recabarse el relato de la menor durante el juicio oral, se produjo una modificación del contenido de su testimonio que, desdiciéndose de su declaración anterior de descargo, vino a reforzar la tesis acusatoria. Consecuentemente, ninguna alteración se ha producido respecto al sentido del juicio, sin que pueda sostenerse que acontezca porque la prueba personal ofrezca una capacidad incriminatoria que no era inicialmente previsible, sin perjuicio, eso sí, de que la parte pueda indagar, en los términos expresados en el artículo 714 de la LECrim, sobre la diferencia o contradicción entre la versión sustentada en el juicio oral y la previamente expresada en sede sumarial».

c) Relevancia para el objeto del proceso.

En efecto. El tercer requisito que viene definitivamente a perfilar los presupuestos del instituto que estudiamos y que hace que la revelación o la retractación inesperada adquiera virtualidad suspensiva es la relevancia que éstas tengan para con el objeto del juicio o, en palabras del propio artículo 746.6.º, que las mismas «produzcan alteraciones sustanciales en los juicios». Ciertamente y verdad que el legislador no ha estado muy fino a la hora de usar dicha expresión, pues junto a lo genérico de la expresión «alteración sustancial» se hace referencia a un término, «los juicios», que es harto equívoca(63), habiendo sido la jurisprudencia la que ha venido a perfilar ambos conceptos al hilo de subrayar las características que han de presidir a las revelaciones y retractaciones. Así pues, tendríamos una doble exigencia: por un lado, que las revelaciones o retractaciones produzcan una alteración sustancial y, por otro, que ello afecte al «juicio».

i/ Alteración sustancial.

Respecto a la primera exigencia, la jurisprudencia señala que una «alteración sustancial» es «una modificación que sea capaz de incidir de modo importante en algún pronunciamiento de aquellos que han de considerarse esenciales en el proceso penal»(64), de tal manera que ello «produce un vuelco imprevisible en el debate, introduciendo elementos de hecho que dan al traste con la configuración previa del derecho o del diseño de las tácticas de la acusación y de la defensa»(65). Se recalca así que no basta con la existencia de meras retractaciones de un testigo, sino que las mismas han de producir alteraciones sustanciales, cosa que no acontece cuando las mismas nada sustancial aportan a lo ya conocido por referirse a cuestiones accesorias: «Pese a que podemos afirmar que hubo retractación inesperada, entendemos que no existieron alteraciones sustanciales en el desarrollo del juicio oral, ya que nada ajeno al procedimiento se introdujo en esa declaración»(66). Y lo mismo ocurrirá cuando de lo que se trata de conseguir con la «nueva prueba» no es sino aldabonar una documental ya aportada que sólo incumbe valorar al Tribunal(67), siendo que igualmente se descarta que se produzca dicha

(63) En tal sentido, GARCÍA DE LA PUERTA LÓPEZ, M.ª I., *La suspensión del proceso penal por información suplementaria*, cit., pp. 200 y s.

(64) STS núm. 1557/2002, de 17 de octubre.

(65) STS núm. 669/2015, de 29 de octubre.

(66) Vid. STS núm. 308/2009, de 23 de marzo (caso Malaya).

(67) SAP Burgos, secc. 1.ª, de 27 de noviembre de 2001.

alteración sustancial cuando lo revelado o retractado era ya indiciariamente conocido por las partes(68).

Es precisamente la cualidad de «esencial o sustancial» lo que cualifica a la alteración que propicia la aplicación del mecanismo suspensivo del artículo 746.6.º y la diferencia de otras alteraciones o modificaciones previstas por nuestro Ordenamiento, como serían las contempladas en los artículos 788.4 y 732 y siguientes de la LECrim(69). En efecto, como nos recuerda la jurisprudencia(70), el artículo 732 en el procedimiento ordinario y el 788 en el abreviado arbitran la posibilidad de modificación de conclusiones al formularse la calificación definitiva a la vista del resultado arrojado por la prueba practicada en el juicio, pues es esta definitiva calificación donde queda fijado el ámbito del debate y sobre la que se establece la exigencia de correlato entre acusación y fallo. Por ello la ley ofrece la posibilidad de suspender el enjuiciamiento para tomar conocimiento de una modificación de las conclusiones definitivas que suponga una alteración del objeto del proceso (artículo 788.4 de aplicación supletoria al procedimiento ordinario), en el entendido de que queda vedada a la acusación una modificación que suponga alteración sustancial del objeto dentro del proceso precisamente por la adhesión al derecho de defensa, entendiéndose así que por esta vía no caben mutaciones tan esenciales que supongan una alteración de los elementos básicos identificadores de la pretensión penal tal como ésta quedó plasmada provisionalmente en los previos escritos de acusación evacuados en la fase de preparación del juicio oral(71) y si bien dicha modificación cuando es agravatoria no lesiona el derecho a no ser condenado sin conocer la acusación(72) sin embargo sí que pueden vulnerar el derecho de defensa contradictoria si el acusado no ha podido ejercer la defensa de forma plena en el juicio oral, ni proponer las pruebas que estimara pertinentes, al no conocer con carácter previo a su apertura dicha acusación. Ni siquiera, como ha declarado el Tribunal Constitucional(73), esa vulneración se produce con carácter automático derivada de la introducción de modificaciones esenciales en el escrito de calificaciones definitivas, si el

(68) «...puesto que el Ministerio Público siempre ha presumido un ápice de responsabilidad penal en el hoy testigo». SAP Guadalajara núm. 29/2009, de 4 de octubre.

(69) Sobre esta cuestión, véase PESQUEIRA ZAMORA, M.ª J., *La suspensión de los juicios orales*, cit., pp. 214 ss.

(70) STS núm. 215/2023, de 23 de marzo.

(71) En este sentido, por todas, STS núm. 684/2013, de 3 de septiembre.

(72) Doctrina constitucional recogida en, entre otras, SSTC núms. 9/1982, de 10 de marzo o la 228/2002, de 9 de diciembre.

(73) STC núm. 33/2003, de 13 de febrero.

acusado ha ejercido el derecho de defensa contra dicha acusación a partir de su conocimiento. Asimismo, la Ley de Enjuiciamiento Criminal en el marco de la regulación del procedimiento ordinario establece la posibilidad de que se modifiquen las calificaciones provisionales al fijarlas de forma definitiva, pues eso puede resultar necesario en virtud de la prueba practicada (artículo 732) y faculta al órgano judicial, una vez efectuadas las conclusiones definitivas, a someter a las partes una nueva calificación jurídica, si considera que la efectuada incurre en manifiesto error, en cuyo caso puede suspender el juicio oral si las partes indicaren que no están suficientemente preparadas para discutir la propuesta (artículo 733). Y paralelamente prevé la suspensión del juicio oral a instancia de parte «cuando revelaciones o retractaciones inesperadas produzcan alteraciones sustanciales en los juicios, haciendo necesarios nuevos elementos de prueba o alguna sumaria instrucción suplementaria» (artículo 746.6 en relación con el artículo 747). Con mayor precisión, la Ley Procesal prevé para el Procedimiento abreviado (artículo 788.4), que «cuando en sus conclusiones definitivas, la acusación cambie la tipificación penal de los hechos o se aprecie un mayor grado de participación o de ejecución o circunstancias de agravación de la pena, el Juez o Tribunal podrá considerar un aplazamiento de la sesión, hasta el límite de diez días, a petición de la defensa, a fin de que ésta pueda aportar los elementos probatorios y de descargo que estime convenientes. Tras la práctica de una nueva prueba que pueda solicitar la defensa, las partes acusadoras podrán, a su vez, modificar sus conclusiones definitivas». Es por ello que se concluye afirmando que «En suma, no toda modificación de las calificaciones provisionales al fijarse las definitivas que incide en elementos esenciales del hecho constitutivo de delito o que implica una nueva calificación jurídica infringe el derecho de defensa si, utilizando las vías habilitadas al efecto por la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se permite su ejercicio respecto de esos nuevos hechos y su calificación jurídica»(74).

Ahora bien, como afirma la jurisprudencia(75) no toda modificación de conclusiones es admisible. El objeto del proceso, delimitado por el hecho punible y la persona o personas a quienes formalmente se les atribuye, ha de permanecer invariable. No cabe una alteración sub-

(74) STC núm. 33/2003 citada con reflejo en la doctrina del Tribunal Supremo, así en sus SSTs núms. 1185/2004, de 22 de octubre; 203/2006, de 28 de febrero; 1498/2005, de 5 de diciembre; 609/2007, de 10 de julio; 295/2012, de 25 de marzo; 720/2017, de 6 de noviembre; 214/2018, de 8 de mayo; 631/2019, de 18 de diciembre; 192/2020, de 20 de mayo; o 429/2020 de 28 de julio.

(75) STS núm. 215/2023, de 23 de marzo.

jetiva que aboque a la introducción de nuevos responsables penales o civiles, ni tampoco una mutación de identidad sustancial del hecho. La modificación de conclusiones no puede en principio variar el objeto procesal sustituyendo unos hechos por otros distintos desde el punto de vista naturalístico, es decir, hecho entendido como suceso o acontecimiento; pero sí aquellos elementos factuales no sustanciales o su valoración jurídica. Se afirma así que «en todo lo accidental, también en aquello que, no suponiendo variación sustancial fáctica, tiene relevancia jurídica (base factual de las atenuantes o agravantes o del grado de participación o ejecución) la libertad para modificar las conclusiones provisionales carece de límites, aunque está compensada, para ahuyentar cualquier género de indefensión, por el mecanismo del artículo 788.4.º LECrim»(76), por lo que lo único que, en principio, no cabe al formular las conclusiones definitivas «es alterar los hechos o las personas a las que se imputen, por exigencias propias del principio acusatorio, según el cual no pueden traspasarse los límites de la acción ejercitada, constituidos por los hechos y los sujetos a los que se imputen», siendo así que «solamente cuando, en este trámite, se produzca una modificación esencial de los hechos y de la calificación jurídica provisional, podrá lesionarse el derecho de defensa –consecutivo al derecho a conocer la acusación– si la defensa de los acusados ha solicitado la suspensión de la vista y propuesto nuevas pruebas o una sumaria instrucción suplementaria y el Tribunal rechazase sin suficiente fundamento tal pretensión»(77).

Pues bien, en la suspensión por la vía del artículo 746.6.º la alteración en el objeto del proceso es precisamente la que no puede articularse por la vía de la modificación de las conclusiones provisionales, en los términos antes señalados, pues se trata de una modificación no secundaria o accidental sino de una alteración sustancial.

ii/ Incidencia en el objeto del proceso.

Pero ya decíamos que no basta con que la revelación o la retractación inesperada produzca una alteración sustancial en los términos señalados, sino que es necesario que ello tenga una directa incidencia «en el juicio», siendo que por tal, la jurisprudencia, si bien que utilizando diversas expresiones, ha venido a identificarlo con el objeto del proceso. En este sentido se han utilizado expresiones como «pronunciamientos esenciales del proceso penal»(78), «hecho constitutivo del

(76) STS núm. 631/2019, de 18 de diciembre.

(77) STS núm. 1141/2004, de 8 de octubre con reproducción expresa en STS núm. 215/2023, de 23 de marzo.

(78) STS núm. 1557/2002, de 17 de octubre.

delito o de los presupuestos fácticos del mismo»(79), «hecho objeto de procesamiento o enjuiciamiento»(80), «lo sustancial del proceso penal»(81) o «*thema decidendi* del proceso»(82). Se concreta así entendiendo que la alteración sustancial que la revelación o la retracción inesperada produce ha de venir referida «a los hechos objeto de enjuiciamiento y a las responsabilidades penales y civiles derivadas de los mismos, pero no a otros hechos(83) que no han sido objeto del proceso ni han sido imputados al acusado»(84). Y dado que el objeto del proceso penal abarca, en nuestro sistema, tanto la pretensión punitiva como la civil, en principio la suspensión del artículo 746.6.º podría venir referida a los supuestos de alteraciones sustanciales en cualquiera de ambos ámbitos, quedando al margen, por su naturaleza mixta procesal-punitiva, todo lo referido a las costas, así como lo referente a las medidas accesorias. Ahora bien, la misma jurisprudencia que excluye a las costas del concepto de objeto del proceso, a los efectos que aquí nos interesa, se preocupa de subrayar que, en cuanto a las alteraciones sustanciales atinentes a la pretensión civil, cuando la solicitud de suspensión lo sea sólo en lo referente a ella, razones de economía procesal «a fin de evitar los graves trastornos que lleva consigo el procedimiento de la información suplementaria que obliga a retrotraer el trámite incluso a veces hasta la fase de instrucción» hace que «en estos casos parece lo más adecuado hacer uso de las facultades que el artículo 115 CP y el párrafo II del artículo 793.4 LECrim conceden al juzgado o tribunal que conoce del juicio para, determinando en la propia resolución las bases correspondientes, dejar la fijación de esa cuantía para ejecución de sentencia»(85). Es por ello que lleva pues razón la doctrina(86) cuando subraya que debe existir un íntimo enlace con el objeto de la pretensión punitiva el cual tiene lugar cuando puede alterar la calificación de las partes, tanto en lo referido

(79) Sentencia de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1977.

(80) Respectivamente en Sentencias de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 1963 y 27 de abril de 1966.

(81) Sentencia de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo de 23 de enero de 1987.

(82) STS núm. 438/2001 de 14 de marzo, con cita expresa de STS núm. 440/1997, de 4 de abril.

(83) Se ha de entender que se refiere a unos hechos totalmente desvinculados de los que son objeto del juicio, pues los que se hayan en tan íntima conexión con los mismos que requieren de un enjuiciamiento conjunto, sí que podrán dar lugar a la suspensión del juicio oral para la formación de una instrucción suplementaria. Al respecto, nos remitimos a lo que decimos *infra*.

(84) STS núm. 410/2010, de 6 de mayo.

(85) STS núm. 1557/2002, de 17 de octubre.

(86) *Vid.* SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Estudios de Derecho procesal*, Ariel, Barcelona, 1969, p. 787.

a la propia calificación legal del delito como a la responsabilidad atribuida a sus supuestos responsables (nivel de participación, concurrencia de circunstancias extintivas o modificativas de la responsabilidad criminal)(87).

El problema se plantea a la hora de delimitar el alcance de dicha incidencia en el objeto del proceso, y más concretamente en lo que se refiere a si la alteración sustancial del mismo ha de venir referida sólo a cuestiones fácticas (el hecho delictivo con su calificación y circunstancias) o también puede afectar a la dimensión subjetiva del mismo, de tal manera que una sumaria instrucción suplementaria podría llevar a ampliar la acusación a una tercera persona ajena, hasta ese momento, al proceso penal. En el ámbito fáctico cabrá suspender para que la instrucción suplementaria introduzca nuevos hechos siempre que los mismos se hallen en íntima conexión con los hasta ahora juzgados de tal manera que se entienda necesario su enjuiciamiento conjunto, siendo que en caso contrario sólo procederá la deducción del correspondiente testimonio para que los mismos puedan ser, en su caso, objeto de otro proceso. Y en cuanto a la posibilidad de ampliar subjetivamente el objeto del proceso, es decir, en lo referido a los supuestos en los que las revelaciones o retractaciones supongan elementos inculpativos para terceras personas, es admisible que en tales casos la instrucción suplementaria introduzca nuevos responsables penales o civiles(88), debiendo a tal respecto recordarse que nuestra mejor doctrina procesalista clásica resaltaba que de no ser ello posible «la información suplementaria sería ociosa y determinaría sólo una inútil complicación del procedimiento»(89). Por su parte, el Tribunal Constitucional ha avalado la constitucionalidad de tal proceder siempre y cuando se garanticen los derechos procesales de los nuevos investigados que se incorporan al proceso, debiendo por tanto ser informados de los hechos que se les imputan, se les ha de tomar declaración al

(87) Así se ha entendido, por ejemplo, para averiguar la verdadera identidad del acusado en un supuesto de delito de falsedad de documento de identidad (STS núm. 1821/1999, de 21 de diciembre). Contrariamente, se ha sostenido que no procede para simplemente verificar la veracidad de lo que ha declarado un testigo (STS núm. 1674/1994, de 27 de septiembre) ni a probar la peligrosidad del acusado (STS núm. 507/2001, de 26 de marzo).

(88) *Vid.* DEL MORAL GARCÍA, A., «El trámite de calificación definitiva en el procedimiento abreviado», en MORENO VERDEJO, J.; MARCHENA GÓMEZ, M.; ESCOBEDO JIMÉNEZ, R.; DÍAZ CABIALE, J. A.; DEL MORAL GARCÍA, A.; SERRANO BUTRAGUENO, I. y ANDRÉS IBAÑEZ, P., *El juicio oral en el proceso penal (con especial referencia al procedimiento abreviado)*, ed. Comares/Instituto de Estudios Penales Marqués de Beccaria, Granada, 1995, p. 416.

(89) AGUILERA DE PAZ, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, tomo V, *cit.*, p. 607.

respecto y se habrá de dictar un nuevo auto de apertura de juicio oral(90). Por supuesto que para ello será necesario que la solicitud de ampliación subjetiva del objeto del proceso esté debidamente justificada a juicio del tribunal(91). Acordada la suspensión, una vez concluida la instrucción suplementaria y elevada la misma al órgano

(90) STC núm. 182/2001, de 17 de septiembre, en donde leemos: «En efecto, el relato antes reproducido de lo sucedido en las actuaciones judiciales revela que, una vez producidas las revelaciones del coimputado, se retrotrajeron las actuaciones a la fase de instrucción, se oyó en declaración a las recurrentes, se dictó Auto de procesamiento (por cierto, no recurrido por las demandantes), se formuló acusación por el Ministerio Fiscal, de la que tuvieron conocimiento, y se abrió el juicio oral en el que dicha calificación permaneció incólume, siendo condenadas por los mismos hechos que fueron objeto de acusación, los cuales, por otro lado eran esencialmente los mismos que los que en su día se plasmaron por el Juez de Instrucción en el Auto de procesamiento. Consta asimismo que las recurrentes fueron oídas en calidad de imputadas en tres ocasiones (incluso antes de la información suplementaria) y que en el acto del juicio ni siquiera se modificaron las conclusiones. Para las demandantes el hecho de que se produjeran revelaciones del acusado posteriores al Auto de apertura del juicio oral, en la secuencia inmediatamente anterior a la celebración del juicio oral, debió provocar que el Tribunal acordara celebrar el juicio respecto de éste y después iniciar un nuevo y autónomo proceso. Sin embargo, no resulta en absoluto irrazonable concluir que la Ley de Enjuiciamiento Criminal prevé expresamente esta posibilidad y, en todo caso, del hecho de que las recurrentes fueran acusadas después de haberse ordenado una instrucción suplementaria no se desprende la existencia de una quiebra del derecho a ser informadas de la acusación. Al contrario, las dos recurrentes estuvieron al tanto de la instrucción desde el mismo momento en que se inició, de modo que ni se produjo una actuación sorpresiva contra ellas, ni se retrasó la imputación, ni se impidió que las demandantes conocieran los hechos que se les imputaban y los combatieran adecuadamente [STC 19/2000, de 31 de enero, FJ 5 a)]. En consecuencia, no existió quiebra alguna del derecho a ser informadas de la acusación, por lo que procede desestimar el recurso de amparo por este motivo».

(91) Cosa que no ocurrió en el caso de la STS núm. 654/2007, de 3 de julio, en donde se intentaba incriminar a un letrado que supuestamente habría inducido a cometer los hechos al acusado provocándole un error de prohibición: «Procede ahora, alterando el orden propuesto por la parte, examinar el motivo quinto de los alegados para justificar la pretensión de casación. Y es que en éste se reprocha un defecto de forma que, de estimarse, daría lugar a la nulidad por quebrantamiento de forma con reposición de actuaciones. Se invoca el artículo 850.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con el 746.6.º de la misma. El hecho determinante sería no haber suspendido el juicio para practicar una instrucción suplementaria a la vista de datos incriminatorios contra una persona, hasta ese momento, no imputada ni parte en el proceso. La justificación sería que esa persona, aparentando ser Letrado, habría aconsejado al recurrente generándole un error de prohibición». Pues bien, basta considerar que aquella suspensión se condiciona en el artículo 746.6 a la aparición de revelaciones o retractaciones inesperadas. Tal calidad en cuanto a la condición y trascendencia de lo que esa tercera persona pueda haberle dicho al recurrente resulta inaceptable. Al menos desde que el recurrente cuenta con un verdadero Letrado de defensa al que, es de suponer, mantuvo al corriente de los hechos origen del fantasioso error de prohibición».

sentenciador (siempre tratándose de un procedimiento ordinario o abreviado, pues para el procedimiento ante el Tribunal del Jurado, como veremos, el artículo 47 de la Ley del Jurado cierra, en principio, la viabilidad de acordar una instrucción suplementaria), las acusaciones sostendrán la que podríamos denominar, siguiendo la terminología del § 266 de la ley procesal alemana, una acusación adicional, respecto de la cual se defenderán las defensas.

d) Necesidad probatoria o instructora.

A los anteriores presupuestos (revelaciones o retractaciones inesperadas que son relevantes para el objeto del proceso) debemos añadir un último requisito cual es la necesidad de que dichas revelaciones o retractaciones ocasionan respecto a la práctica de nuevas pruebas o una instrucción suplementaria. Y es que, efectivamente, puede ocurrir que haya ocasiones en que las propias retractaciones o revelaciones ya constituyan por sí mismas «elementos probatorios»(92), por lo que no será necesaria ninguna suspensión del juicio oral, sino simplemente lo que procederá será su práctica y consecuente valoración por el tribunal. Piénsese, por ejemplo, en el caso de que unos peritos se retractan en el juicio oral de su informe sobre análisis de la droga para afirmar que lo analizado no alcanza la dosis mínima psicoactiva, o que, estando juzgando un delito de tenencia de armas, lleguen ahora a la conclusión de que lo intervenido no era un arma real sino que, por la falta de determinadas características, deba reputarse un arma simulada; lo mismo podría pensarse en el supuesto en lo que lo desvelado

(92) Sobre la precisión conceptual que lleva a distinguir entre fuentes de prueba, medios de prueba y elemento probatorio, véase STS núm. 128/2006, de 27 de diciembre, en donde leemos: « Si llamamos medios de prueba a las distintas vías por las que en abstracto se puede alcanzar la verdad material o la evidencia; fuente de prueba a aquellos medios que en abstracto se utilizan en un proceso (tal testigo, perito o documento); y prueba o elemento probatorio al acto capaz de dar lugar a un juicio de certeza o destruirlo, declaración concreta de un testigo (o dictamen de un perito o contenido del documento) esto es, aquello de lo declarado que se estime convincente, con fundamento, y sirva para integrar el hecho probado o bien como base de una ulterior inferencia, podemos entender que los medios de prueba, por su carácter genérico, no son susceptibles de clasificación ni por su origen ni por su resultado, que las fuentes de prueba pueden calificarse por su origen, entendido como iniciativa, a propuesta de la acusación, de la defensa, por decisión judicial, pero no por su resultado –el testigo propuesto por la defensa hace declaraciones que no le favorezcan–; y en fin, que las pruebas pueden calificarse por su resultado, cualquiera que sea su origen, y así serán pruebas de defensa las que sean de descargo y de acusación las que lo sean de cargo; esto es, hay que distinguir pruebas de la defensa (o de la acusación) de prueba de defensa o descargo (o prueba acusatoria o incriminatoria). Por ello la prueba de defensa puede ser aportada o no a la defensa y lo mismo puede suceder con la prueba de cargo».

figurara en un nuevo documento que es aportado al juicio(93). En estos supuestos, como decimos, no habría necesidad alguna de proceder a la suspensión prevista en el artículo 746.6.º, por lo que, salvo que se acudiera a admitir o acordar alguna nueva prueba por la vía del artículo 729 de la LECrim, lo único que el tribunal tendrá que hacer es incluir dichas revelaciones o retractaciones en el acervo probatorio que será objeto de valoración para el dictado de la sentencia.

A esta necesidad se ha referido de manera reiterada la jurisprudencia, señalando que se exige siempre que se acredite su necesidad y utilidad, en el entendimiento de que la suspensión del juicio oral lo sea «con la única finalidad de conseguir su esclarecimiento a la vista del posible hecho nuevo o insospechado»(94), subrayándose a este respecto el que no basta con la pertinencia de la prueba que se persigue, sino que se requiere «auténtica necesidad de la misma»(95), por lo que no procederá cuando lo que se pretende demostrar es irrelevante(96).

5. FINALIDAD

Concurriendo los requisitos o presupuestos que prevé el artículo 746.6.º y que hemos estudiado anteriormente (revelaciones o retractaciones inesperadas que producen una alteración sustancial del objeto del proceso que ocasionan una necesidad probatoria o instructora) procedería entonces acordar la suspensión del juicio oral, suspensión que se realizará para alcanzar una doble finalidad alternativa: o bien que se aporten nuevas pruebas o que se realice una información suplementaria. En este sentido, señala la jurisprudencia que «Esta alteración sustancial en los hechos que se están debatiendo en el juicio oral ha de ser de tal naturaleza que haga “necesarios nuevos elementos de prueba (parece que con esta expresión quiere referirse a los casos en que la prueba complementaria puede tener lugar en el mismo trámite del juicio oral sin necesidad de volver al momento procesal de la instrucción del sumario o diligencias previas) o alguna sumaria instrucción suplementaria” (cuando sea preciso devolver el procedimiento a la fase de instrucción)»(97).

(93) En este sentido, puede verse SAP Burgos, secc. 1.ª de 27 de noviembre de 2001.

(94) Sentencia de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo de 6 de diciembre de 1985 y STS núm. 104/2011, de 1 de marzo.

(95) STS núm. 184/2015, de 24 de marzo.

(96) STS núm. 970/2000, de 5 de junio.

(97) STS núm. 1557/2002, de 17 de octubre.

Pasemos, pues, a un análisis separado de ambos supuestos:

a) Nuevas pruebas «complementarias».

Ya adelantábamos al principio de este trabajo que la necesidad de nuevas pruebas tiene raigambre austriaca y en nuestro Derecho encontramos ya un antecedente en el Proyecto de Código de procedimientos en materia criminal elaborado por Seijás en 1841, en cuyo artículo 352 se preveía que «Si el Tribunal creyera que deben ampliarse los debates principados porque encuentre que algún punto importante se ha des-cuidado por las partes en la comprobación, o porque él se haya producido en el curso mismo de los debates, se acordará la práctica de las diligencias que se estimen conducentes para aclarar la verdad y decidir el ánimo de los jueces, teniéndose por principado y no concluido el acto»(98).

Estamos pues en el caso en el que las revelaciones o retractaciones inesperadas hacen necesaria la práctica de unas nuevas pruebas para complementar el cuadro probatorio del juicio, siendo que las mismas se practicarán en el mismo tras acordar su temporal suspensión. Este carácter complementario de las pruebas es lo que ha llevado a que, por parte de la doctrina, y para diferenciarlas de las pruebas suplementarias que requieren de una instrucción, se les atribuya el nombre de pruebas complementarias(99).

Estas pruebas complementarias, lógicamente, han de pasar por el filtro que cualquier prueba debe superar para su admisión: licitud, pertinencia, necesidad y posibilidad(100). Pero lo determinante es que la necesidad de la prueba complementaria surja en el propio juicio oral a través de las revelaciones o retractaciones inesperadas, de tal manera que la jurisprudencia descarta la misma en los supuestos en los que dicha prueba pudo ser propuesta por la parte de forma ordinaria en el momento procesal oportuno, esto es, en los correspondientes escritos o al inicio del juicio(101), descartándose la suspensión cuando se eviden-

(98) SEIJÁS LOZANO, M., *Teoría de las instituciones judiciales con proyectos formulados de Códigos aplicables a España*, tomo I (Proyecto del Código de procedimientos en materia criminal), Librería de la señora viuda de Calleja e hijos, Madrid, 1841, p. 177.

(99) Vid. GARCÍA DE LA PUERTA LÓPEZ, M.^a I., *La suspensión del proceso penal por información suplementaria*, cit., pp. 39 ss.

(100) Por todas, STS núm. 102/2006, de 6 de febrero.

(101) Sentencia de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo de 29 de enero de 1990: «En este caso, el acusado, no propuso la prueba que ahora postula, en el escrito de calificación provisional, ni en los albores del juicio oral, lo que hubiera sido posible de tratarse de procedimiento de urgencia, sino que, como es de ver en el acta del juicio oral, dejó transcurrir el interrogatorio del procesado y una gran parte de la prueba

cia de que la solicitud formulada a tal respecto por una parte no es sino una mera estrategia procesal carente de cualquier justificación(102).

b) Instrucción suplementaria.

La instrucción suplementaria sería, junto a las «pruebas complementarias» ya estudiada, la otra finalidad a la que puede venir avocada la suspensión del juicio oral acordada ex artículo 746.6.º de la LECrim. Y decíamos al inicio de este trabajo que la singularidad de

testifical propuesta por el Ministerio Público, para, en el curso de uno de esos testimonios, interrumpirlo, y, sin transición alguna, proponer ciertas pruebas, unas documentales y otras testificales, aduciendo que, las sesiones del juicio oral deben suspenderse hasta que se haya practicado la citada prueba, formulando, ante la negativa de la Audiencia a la solicitada suspensión la oportuna protesta que figura, en el acta reseñada. Pues bien, si no se produjeron revelaciones o retractaciones inesperadas, que justificaran la suspensión, ésta no podía producirse por otras causas diferentes, ya que, dichos acreditamientos no cabe proponerlos ni practicarlos en momento procesal distinto al prevenido por la Ley. Procediendo, en consecuencia, la desestimación del motivo primero de esta impugnación —el segundo fue inadmitido—, basado en el núm. 1.º del artículo 850 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con el último número del artículo 746 del citado cuerpo legal».

(102) STS núm. 58/2002, de 22 de enero: «El artículo 746.6 LECrim establece que también procederá la suspensión del juicio oral “cuando revelaciones o retractaciones inesperadas produzcan alteraciones sustanciales en los juicios, haciendo necesarios nuevos elementos de prueba o alguna sumaria instrucción suplementaria”. El precepto se refiere indudablemente a cambios sustanciales en las conclusiones fácticas de las partes, es decir, siempre que concurra una mutación de los hechos y por ende del objeto del proceso, esto es lo esencial, lo que conlleva la necesidad de una investigación suplementaria. Ahora bien, la retractación de la versión de los hechos sostenida por el acusado desde el atestado policial hasta el juicio oral, ratificada ante el Instructor en la fase sumarial, revelando hechos nuevos, no es desde luego inesperada desde la perspectiva del propio imputado y su derecho de defensa por cuanto para que ello así fuese sería precisa la existencia de hechos nuevos de los que no tuviese antes conocimiento, lo que no es posible sostener en el presente caso, o bien justificar la existencia de otros hechos determinantes de su voluntad hasta ese momento. No basta la mera retractación del acusado para entender presente el hecho procesal invocado, sino que deberá aportar al Tribunal luz suficiente para que éste pueda discernir la verosimilitud de lo ocultado hasta el momento del juicio oral, pues la retractación ayuna de mayor consistencia es mera argucia o definición de una nueva estrategia procesal. En el presente caso, la propia sentencia dictada por el Presidente del Tribunal del Jurado razona al respecto para desestimar cualquier verosimilitud de la nueva versión cuando señala que “sobre tales múltiples y inóvocos evidencias proyectó el Tribunal la versión exculpatoria ofrecida como novedosa en el juicio por el acusado, cuya inconsistencia y absoluta carencia de soporte, llevó al aludido Tribunal no sólo a negar solvencia a este nuevo e increíble relato sino a ver en esa inconsistencia una reafirmación de la veracidad de la conclusión fáctica a la que de forma inequívoca ya apuntaban los plurales indicios antes analizados”. El Tribunal no sólo ejerce la facultad discrecional que le confiere el precepto citado más arriba, sino que aduce razones suficientes y fundamenta su denegación excluyendo cualquier atisbo de arbitrariedad».

esta finalidad es tal que la ha llevado a alzarse con el protagonismo de esta causa de suspensión, al punto de darle el nombre oficioso por el que es conocida.

Hemos dicho que las revelaciones o retractaciones inesperadas, para que sea reputadas como tales a efectos suspensivos, deben tener una trascendental incidencia en el objeto del proceso (producir «alteraciones sustanciales en los juicios», dice el precepto) de tal manera que ello se puede traducir en posibles modificaciones esenciales en la calificación jurídica del hecho (las no esenciales tienen su acomodo en la simple modificación de las conclusiones provisionales) o en la introducción de nuevos hechos (que se hallan íntimamente conexos con los que venían siendo objeto de juicio) o nuevas personas responsables. Pues bien, si en el caso de la necesidad de «pruebas complementarias» sólo en ocasiones será necesaria una instrucción suplementaria (para practicar una determinada y concreta diligencia), pues lo normal será que la práctica de la nueva prueba se realice, tras acordar la suspensión, en el propio plenario, en los supuestos en los que se pretenda ampliar objetiva (nuevos hechos) o subjetivamente (nuevos responsables) el objeto del proceso, siempre será necesario acordar la formación de una «sumaria instrucción suplementaria». Y hemos de subrayar que «siempre será necesario», porque en nuestro sistema procesal los hechos enjuiciados y sus posibles responsables siempre entran en el proceso por la puerta de la instrucción. La imagen cinematográfica de un testigo confeso que en pleno juicio pasa directamente a sentarse en el banquillo de los acusados es algo inaceptable en nuestro sistema, como por otra parte ocurre en todos los países cuyo ordenamiento procesal penal se rige por el principio acusatorio(103).

Así pues, el tribunal que acuerde la suspensión del juicio por concurrir los presupuestos previstos en el artículo 746.6.º de la LECrim podrá acordar: a/ que se practiquen unas nuevas pruebas por él admitidas en la sesión que se señale o b/ que se realice por el órgano instructor de la causa una instrucción suplementaria, la cual puede venir referida a la práctica de una o varias concretas diligencias, que serán ordenadas específicamente, o a que se lleve a cabo dicha instrucción para investigar unos nuevos hechos o imputar a unos posibles nuevos

(103) En tal sentido, y por lo que se refiere a Alemania, véase, ROXIN, C., *Derecho procesal penal*, traducción de la 25.ª edición alemana realizada por Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor y revidada por Julio B. J. Maier, Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, 2000, pp. 160 y 416 (en esta última con referencia a la posibilidad de ampliación objetiva del objeto del proceso mediante la «acusación suplementaria» a la que se refiere el § 266 de la *Strafprozeßordnung*, la cual, por cierto, requiere el consentimiento del acusado y el dictado de un auto de inclusión de nuevos hechos).

responsables (o las dos cosas), siendo que en este último caso se habrán de respetar las garantías procesales resaltadas por la jurisprudencia constitucional en los términos que antes expusimos.

De la «sumaria instrucción suplementaria» me interesa destacar dos de sus notas significativas y que vienen fielmente reflejadas en el propio nombre. En primer lugar, obsérvese que se habla de instrucción «suplementaria», que no «supletoria» (como hace el artículo 958 LECrim a que ya nos referimos). Y es que la instrucción que debe practicar el juzgado instructor no lo es a los fines de «suplir» o «sustituir» a la ya practicada (como acontece en el supuesto de revisión ex artículo 954.1d), sino sólo para «suplementar» la misma, es decir, aportar un suplemento o complemento. Y eso precisamente condiciona la segunda nota que queremos destacar; el ser una instrucción «sumaria», siendo que con tal adjetivo se hace referencia no a la fase procesal en la que se practica sino a su carácter resumido, pues vendrá circunscrita a unas muy aquilatadas diligencias que le dotarán de una necesaria brevedad temporal que hará posible que la causa de suspensión no tenga que convertirse en causa de interrupción del juicio por sobrepasar el plazo en que se permite mantener la validez de lo ya actuado en el plenario. Por supuesto que ello no obsta a que, teniendo que realizar una instrucción suplementaria, el Juez instructor correspondiente no goce de plena libertad para la práctica y valoración, no solo de las diligencias ordenas, sino de las complementarias que a raíz de las mismas pudieran surgir(104).

Las dos citadas notas, esto es, el carácter sumario y suplementario, acarrear importantes consecuencias. Como ya adelantamos, se exige que las diligencias que se han de practicar en la instrucción suplementaria sean útiles y necesarias, resaltando a tal respecto la jurisprudencia que «necesario es lo que resulte indispensable y forzoso, y cuya práctica resulta obligada para evitar que pueda ocasionarse indefensión. De ahí que haya de examinarse ponderadamente las circunstancias que concurren en cada caso, para decidir sobre la suspensión del acto del juicio oral»(105). De esta exigencia se deriva que la parte que inste la suspensión solicitando la instrucción suplementaria pecha con el deber de indicar expresamente las diligencias de prueba que se han de practicar y la finalidad de las mismas o el contenido de la instrucción suplementaria, y todo ello «en aras a evitar aplazamientos inútiles o suspensiones injustificadas contrarias al derecho a un proceso sin

(104) Resaltando este valor de lo que llama «jurisdicción propia del juez instructor», véase AGUILERA DE PAZ, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, tomo V, *cit.*, p. 607.

(105) STS núm. 184/2015, de 24 de marzo.

dilaciones indebidas»(106) y siempre teniendo muy presente que dicha instrucción suplementaria no está llamada a subsanar «deficitarias estrategias defensivas»(107), salvar instrucciones defectuosas(108) o, simplemente, practicar aquello que bien puede practicarse bien en el propio plenario, bien en fase de ejecución de sentencia(109), por no ser ello conforme con las exigencias que impone la proscripción de las dilaciones indebidas y los rudimentos elementales del principio de economía procesal.

6. ASPECTOS PROCESALES

Para concluir, vamos a continuación a señalar algunos aspectos procesales del instituto suspensivo estudiado que entendemos dignos de especial mención.

En primer lugar, debemos destacar que, en principio, lo dispuesto en el artículo 746.6.º LECrim es aplicable tanto al procedimiento ordinario como al abreviado(110), no sólo por el carácter supletorio que en general tienen las normas del procedimiento ordinario (art. 758), sino también por la referencia expresa que a tal artículo 746 se hace en el apartado 1 del artículo 788 LECrim. Ningún obstáculo se observa, tampoco, para su aplicación en el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos («juicios rápidos») pues, el mismo toma como marco normativo supletorio la regulación del procedimiento abreviado (art. 795.4) y ninguna especificidad al respecto encontramos en el artículo 802. En cuanto al procedimiento seguido ante el Tribunal del Jurado, la llamada genérica a la regulación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Criminal invocada en los arts. 24.2 y 42.1 de la Ley del Jurado y la expresa mención prevista a tal efecto en el artículo 47 aldabonan su aplicabilidad, si bien que, como luego veremos, el plazo máximo de suspensión previsto en este precepto condiciona la viabilidad de una suspensión para practicar una instrucción suplementaria. Mayor singularidad presenta el asunto en el ámbito del procedimiento para el enjuiciamiento de delitos leves, ya que la falta de una autentica fase instructora hace insostenible la suspensión para una instrucción suplementaria, si bien que

(106) STS núm. 200/2017, de 27 de marzo.

(107) SAP León secc. 2.ª núm. 37/1998, de 8 de mayo.

(108) SAP Murcia secc. 1.ª núm. 103/2006, de 24 de noviembre.

(109) STS núm. 1557/2002, de 17 de octubre.

(110) Resaltando tal extremo STS núm. 1557/2002, de 17 de octubre.

nada obstaría, en principio, la suspensión para la práctica, en otra sesión, de pruebas complementarias.

Sea como fuere, y estemos en el procedimiento que estemos, recordar que el artículo 747 LECrim proscribía que la suspensión del juicio oral por la vía del artículo 746.6.º sea acordada de oficio, siendo por tanto preceptiva siempre la instancia de parte. No se alcanza a entender bien las razones que han llevado al legislador a vetar la posibilidad de que sea el propio Tribunal el que, ante la existencia de retractaciones o revelaciones inesperadas que evidencien la necesidad de nuevas pruebas o de una instrucción suplementaria, pueda acordarla de oficio. Tradicionalmente se ha invocado que la prohibición de que la causa de suspensión del artículo 746.6.º sea acordada de oficio responde a las exigencias de garantizar la imparcialidad del Tribunal(111), sin embargo, ello casa mal con las previsiones que al respecto de la adopción de pruebas de oficio se contempla en el artículo 729.2.º LECrim y la jurisprudencia que ha interpretado tal precepto, la cual, como es bien conocido, ha distinguido entre la carga de la prueba, que en exclusiva corresponde a las partes, y el impulso probatorio, permitido al tribunal por el citado artículo 729, que, entendido como «prueba de la prueba», no tiene la finalidad de probar hechos favorables o desfavorables, sino la de verificar su existencia en el proceso desde la perspectiva del artículo 641 LECrim, por lo que su actuación puede considerarse neutral y respetuosa con el principio acusatorio(112), siempre que dicha actividad probatoria «verse sobre un complemento, o elemento de confirmación, de las pruebas propuestas»(113), resaltándose expresamente que dicho cauce es el adecuado «para decidir la práctica de determinadas pruebas cuya necesidad nace del curso de los debates»(114), cauce éste que, conocido igualmente en el Derecho comparado(115), ha sido

(111) AGUILERA DE PAZ, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, tomo V, *cit.*, pp. 592 y s., quien entiende que si se acordara de oficio, «el tribunal saldría de la independiente e imparcial misión que la ley le confiere para entrar en el terreno de las partes, pues a éstas les corresponde apreciar la necesidad o no necesidad de las pruebas que, a su respectivo interés convenga ejecutar, y, por consiguiente, sin que alguna de ellas no solicite, no puede el tribunal acordar la instrucción suplementaria para adicionar con ella el resultado de las pruebas practicadas».

(112) Por todas, véanse, SSTS núms. 1186/2000, de 28 de junio, 328/2001, de 6 de marzo, 480/2009, de 22 de mayo, 629/2011, de 23 de junio, y 280/2018 de 12 junio.

(113) STS núm. 740/2013, de 7 de octubre.

(114) STS núm. 1100/2002, de 13 de junio.

(115) Así en el § 244.2 de la *Strafprozessordnung* alemana, el artículo 340 del *Código do Processo Penal* portugués, el artículo 507 del *Codice di Procedura Penale*

avalado por el Tribunal Constitucional(116). Desde esta atalaya interpretativa, entendemos, que poca explicación tiene que, ante una retractación o revelación inesperada que pueda tener relevancia para el objeto del proceso, el Tribunal tenga que adoptar una actitud impasible, poniéndose de perfil ante la necesidad de esclarecimiento de lo que ante él se expone.

En lo referente al momento procesal en que debe acordarse la suspensión y la forma en que ésta ha de adoptarse, sólo un par de apuntes. En cuanto a lo primero, es lógico que la suspensión siga cronológicamente al momento en el que la revelación o retractación inesperada aflora, siendo que lo normal será que ello suceda durante la práctica de la prueba en el plenario, pero ya adelantábamos al respecto que, en nuestra opinión, y a diferencia de lo sostenido férreamente por cierto sector doctrinal(117), ningún inconveniente existe en aplicar analógicamente, como de hecho ya ha acontecido en la práctica en alguna ocasión(118), antes de iniciarse las sesiones del juicio oral, ni incluso a que se extienda al periodo que media entre la clausura del juicio oral y el dictado de la sentencia, por las lógicas razones que ya expusimos más arriba y a las que ahora nos remitimos. Y por lo que se refiere a la forma que debe adoptar el acuerdo de suspensión, el artículo 748 dispone que el mismo quede reflejado en un auto en el que «se fijará el tiempo de la suspensión, si fuera posible, y se determinará lo que corresponda para la continuación del juicio», previéndose expresamente que contra dicho auto no cabrá recurso alguno. En este sentido, creo que también procede alguna relativización, pues si bien el dictado del auto será ineludible cuando la causa de la suspensión avoque

italiano o el artículo 310 del *Code de procédure pénale* francés.

(116) SSTC núms. 188/2000, de 10 de julio; 130/2002, de 3 de junio; 229/2003, de 18 de diciembre y la 123/2005, de 12 de mayo.

(117) Así, por ejemplo, Aguilera de Paz, quien, rebatiendo el criterio aperturista mantenido por la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1894, antes citada, sostenía que «dado el carácter jurídico que hemos dicho tiene la información suplementaria, pues constituyendo ésta una verdadera prueba, aunque extraordinaria, por razón del momento de su proposición y admisión, sólo puede acordarse su práctica en el periodo de prueba del juicio oral, suspendiendo para ello las sesiones del mismo. Por eso el art. 746 y lo mismo el 749 relacionan la necesidad de su práctica con la suspensión de las indicadas sesiones, lo cual requiere que haya tenido ya principio de dicho acto». AGUILERA DE PAZ, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, tomo V, *cit.*, pp. 603 y s.

(118) Véase supra nota núm. 59 y también STS núm. 706/2013, de 2 de octubre, en donde leemos: «Podría argumentarse que esas previsiones se refieren literalmente a revelaciones o retractaciones producidas ya en el plenario, pero nada impide, excepcionalmente, su aplicación analógica, por evidentes razones prácticas, si las revelaciones son conocidas antes de iniciarse las sesiones del juicio y revisten suficiente consistencia para dar lugar a la suspensión».

a ordenar la formación de una instrucción suplementaria, no lo será tanto cuando de lo que simplemente se trate sea de acordar que se practiquen en el propio plenario unas nuevas pruebas («complementarias»), procediendo a la suspensión para fijar el señalamiento de una nueva sesión, cuya fecha en muchas ocasiones podrá fijarse en la misma Sala, por lo que en estos casos bastará que el acuerdo de suspensión quede reflejado en el correspondiente acta y, a lo sumo, se plasme en una providencia.

Especial interés reviste la cuestión referida al plazo de suspensión y la afectación que ello tiene para la validez de lo actuado en el plenario hasta dicho momento. El párrafo 2.º del artículo 749, en el marco normativo general previsto para el procedimiento ordinario, prevé que si la preparación de los elementos de prueba (lo que llamamos «pruebas complementarias») o la sumaria instrucción suplementaria «exigiere algún tiempo» el tribunal «podrá acordar» dejar sin efecto la parte del juicio celebrada. Obsérvese que no se establece ningún plazo definido y que, a diferencia de lo que el mismo precepto dispone en su párrafo 1.º para otros supuestos de suspensión, aquí la decisión del tribunal es potestativa. Frente a dicha vaguedad reguladora, el artículo 788.1 LECrim, en cuanto a la suspensión acordada en el procedimiento abreviado, dispone que «Excepcionalmente, podrá acordar el Juez o Tribunal la suspensión o aplazamiento de la sesión, hasta el límite máximo de treinta días, en los supuestos del artículo 746, conservando su validez los actos realizados, salvo que se produzca la sustitución del Juez o miembro del Tribunal en el caso del número 4 de dicho artículo. En esos casos siempre que el señalamiento de la reanudación pueda realizarse al mismo tiempo en que se acuerde la suspensión, se hará por el Juez o Presidente, que tendrá en cuenta las necesidades de la agenda programada de señalamientos y las demás circunstancias contenidas en los artículos 182.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 785.2 de la presente Ley».

Como vemos, lo que era un plazo indeterminado y una decisión potestativa en el procedimiento ordinario se convierte, en el abreviado, en un plazo cerrado (treinta días –ha de entenderse procesalmente hábiles-) y una resolución obligatoria. Por su parte, esos treinta días hábiles de suspensión, que marcan la frontera para permitir que lo actuado hasta ese momento en el juicio oral mantenga su validez, se rebaja a quince días en los casos de enjuiciamiento rápido (art. 802.3 LECrim) y en los procedimientos ante el Tribunal del Jurado el plazo que fija el artículo 47 de la Ley del Jurado lo sitúa en cinco días, al señalar expresamente que «Cuando, conforme a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, haya de suspenderse la celebración del juicio oral, el

Magistrado-Presidente podrá decidir la disolución del Jurado, que acordará, en todo caso, siempre que dicha suspensión se haya de prolongar durante cinco o más días», algo que, como dijimos más arriba, condiciona la posibilidad de acordar una suspensión para realizar una instrucción suplementaria con mantenimiento de la validez de lo actuado, siendo así que de acordarse dicha suspensión el resultado de la instrucción se introduciría en un juicio que se reiniciaría desde el principio ante un nuevo jurado.

Ni que decir tiene, que el mantenimiento de la validez de lo actuado en el juicio oral antes de decretar su suspensión viene condicionado, además del respeto de los señalados plazos, a que el tribunal tenga idéntica composición personal de sus miembros, pues de otra manera no podría respetarse el principio de inmediación(119).

Finalmente, no queremos terminar sin hacer mención a un espinoso tema que, afortunadamente ha sido resuelto por la jurisprudencia, y que no es otro que la problemática derivada del cambio de competencia judicial que puede provocar el resultado de la instrucción suplementaria, modificación competencial que puede afectar de lleno a la competencia objetiva; piénsese en el supuesto de que se incluya un nuevo hecho delictivo correspondiente a un tipo penal del que ya no es competente el tribunal que acordó la suspensión, o el caso de un nuevo encausado que fuera, por ejemplo, un aforado. Pues bien, como decimos, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha dado respuesta a esta interrogante, afirmando(120) que «aun cuando ello ocurra excepcionalmente, es posible completar el objeto del proceso con el resultado de una información suplementaria acordada en virtud de revelaciones extraordinarias que produzcan alteraciones sustanciales en el juicio. Y, esto establecido, ningún precepto impide la modificación del órgano competente para el enjuiciamiento en atención al resultado de aquella información y sin que se altere tampoco la posibilidad de que el Ministerio Fiscal plantee la competencia en cualquier estado de la causa».

Espero que en las líneas anteriores haya podido conseguir la meta que me propuse al emprender este trabajo: arrojar luz sobre ese instituto suspensivo «de extraño significado y contenido» que contempla el artículo 746.6.º de la LECrim.

En cualquier caso, el lector tiene siempre el derecho a la última palabra.

(119) Resaltado tal extremo STS núm. 197/1997, de 18 de febrero.

(120) STS núm. 706/2013, de 2 de octubre.

7. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA DE PAZ, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, tomo V, 2.^a ed., Reus, Madrid, 1924.
- ALAMILLO CANILLAS, F., «La teoría de las crisis del proceso aplicada al proceso penal», en *Revista de Derecho Procesal*, 1951, pp. 431 ss.
- ARAGONESES ALONSO, P., *Instituciones de Derecho procesal penal*, Gráficas Mesbar, Madrid, 1976.
- CARNELUTTI, F., *Instituciones del nuevo proceso civil italiano*, traducción al español de Jaime Guasp, Bosch, Barcelona, 1942.
- DE LA OLIVA SANTOS, A., ARAGONESES MARTÍNEZ, S., HINOJOSA SEGOVIA, R., MUERZA ESPARZA, J., y TOMÉ GARCÍA, J. A., *Derecho procesal penal*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1999.
- FAIRÉN GUILLEN, V., *Estudios de Derecho procesal*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.
- FENECH NAVARRO, M., *Curso elemental de Derecho procesal penal*, tomos II y III, Librería Bosch, Barcelona, 1945.
- GARCÍA DE LA PUERTA LÓPEZ, M.^a I., *La suspensión del proceso penal por información suplementaria*, El Almendro, Córdoba, 1987.
- GARRAUD, R., *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, tome I, Recueil Sirey, Paris, 1912.
- GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, tomo I, Boch, Barcelona, 1947.
- GUASP DELGADO, J., «La paralización del proceso civil y sus diversas formas», en *Revista de Derecho Procesal*, VII, 1951, núm., 3, pp. 379 ss. (reproducido en el libro recopilatorio del mismo autor, *Estudios Jurídicos*, edición a cargo de Pedro Aragoneses, Civitas, Madrid, 1996, pp. 545 ss.).
- HÉLIE, F., *Traité de l'instruction criminelle u Théorie du Code d'instruction criminelle*, tome VII, Henri Plon, Imprimeur-Éditeur, Paris, 1867.
- JIMÉNEZ ASENJO, E., *Derecho procesal penal*, tomo II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, s. f.
- KLEIN, F., «Erläuternde Bemerkungen zum Entwurfe eines Gesetzes über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (Civilprozessordnung)», en *Materialen zu den neuen Österreichischen Civilprozessgesetzen*, band I, K.u. K. Ministerium, Wien, 1897.
- LÓPEZ DE AZCUTIA, M., *Derecho criminal (Sustanciación de los procesos, leyes, decretos y órdenes vigentes; observaciones al Código y exposición y explicación de casos prácticos dudosos)*, 2.^a ed., Imprenta y Estereotipia de M. Rivadeneyra, Madrid, 1862.
- MANZINI, V., *Tratado de Derecho Procesal Penal*, traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín, tomo IV, Librería El Foro, Buenos Aires, 1996.
- MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J. L., MONTÓN REDONDO, A., Y BARONA VILAR, S., *Derecho jurisdiccional III. Proceso Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

- MORENO VERDEJO, J.; MARCHENA GÓMEZ, M.; ESCOBEDO JIMÉNEZ, R.; DÍAZ CABIALE, J. A.; DEL MORAL GARCÍA, A.; SERRANO BUTRAGUEÑO, I., y ANDRÉS IBAÑEZ, P., *El juicio oral en el proceso penal (con especial referencia al procedimiento abreviado)*, ed. Comares/Instituto de Estudios Penales Marqués de Beccaria, Granada, 1995.
- ORTELLS RAMOS, M., *El proceso penal abreviado (Nueve estudios)*, Comares, Granada, 1997.
- ORTIZ DE ZÚÑIGA, M., *Práctica general forense. Tratado que comprende la constitución y atribuciones de todos los tribunales y juzgados y los procedimientos judiciales*, tomo II, 7.^a ed., Imprenta de José Rodríguez. Madrid, 1874.
- PELÁEZ DEL ROSAL, M., *Legislación Orgánica y de Administración de Justicia*, Servicio de Reprografía de la Facultad de Derecho, Barcelona, 1974.
- PESQUEIRA ZAMORA, M.^a J., *La suspensión de los juicios orales*, JM Bosch, Barcelona, 2015.
- PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., y GUTIÉRREZ DE CABIEDES Y FERNÁNDEZ DE HEREDIA, E., *Derecho procesal penal*, 3.^a ed., Tecnos, Madrid, 1987.
- ROXIN, C., *Derecho procesal penal*, traducción de la 25.^a edición alemana realizada por Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor y revidada por Julio B. J. Maier, Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, 2000.
- SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Estudios de Derecho procesal*, Ariel, Barcelona, 1969.
- SEIJÁS LOZANO, M., *Teoría de las instituciones judiciales con proyectos formulados de Códigos aplicables a España*, tomo I (Proyecto del Código de procedimientos en materia criminal), Librería de la señora viuda de Calleja e hijos, Madrid, 1841.
- TÉLLEZ AGUILERA, A., «La Rebeldía Penal», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo LXXIV, 2021, pp. 253 ss.

Extranjeros y jurisprudencia constitucional. Posibles aplicaciones penitenciarias(1)

PUERTO SOLAR CALVO

Doctora en Derecho. Jurista de Instituciones Penitenciarias

RESUMEN

El año 2023 ha sido muy fructífero en resoluciones de nuestro TC tendentes a la aplicación de las garantías jurídicas necesarias en el proceso sancionador contra ciudadanos extranjeros. Las siguientes páginas se dedican al análisis de los principales avances que han tenido lugar en la materia para, a continuación, preguntarnos por su aplicación al ámbito del derecho penal y penitenciario. Ello especialmente, en relación a aquellos casos en que concurre expulsión administrativa y cumplimiento de la privación de libertad.

Palabras clave: *Multa, expulsión, principio de proporcionalidad, reinserción, individualización.*

ABSTRACT

The year 2023 has been very fruitful in resolutions of our TC aimed at the application of the necessary legal guarantees in the sanctioning process against foreign citizens. The following pages are dedicated to the analysis of the main advances that have taken place in the matter, asking ourselves about their application to the field of criminal and penitentiary law. Specially, in relation to those cases in which administrative expulsion and deprivation of liberty come together.

Key words: *Fine, expulsión, proportionality, reintegration, individualization.*

(1) Este trabajo se encuadra en el Proyecto de investigación «Identidades colectivas y justicia penal: un enfoque interdisciplinar» (referencia: PID2022-138077OB-I00), UNED, 2024-2025.

SUMARIO: I. Breve viaje por la normativa básica. Primera escala.–II. Evolución de la jurisprudencia constitucional.–III. Breve viaje por la normativa básica. Segunda escala.–IV. ¿Se aplica el principio de proporcionalidad a los extranjeros en el circuito penitenciario?–V. Propuesta normativa.–VI. Bibliografía.

I. BREVE VIAJE POR LA NORMATIVA BÁSICA. PRIMERA ESCALA

Como se observará a lo largo del trabajo, una de las características de la normativa sobre extranjería es su complejidad. Tanto por la extensión de muchos de los preceptos de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante, LOEx), como por lo cambiante del contenido de los mismos(2). Por ello, comenzamos el análisis por un artículo central, o mejor, por una parte concreta del mismo, sobre el que se ha producido una evolución interpretativa muy destacada. Posteriormente, sumaremos otros preceptos y apartados que nos permitan armar la visión del conjunto. Se trata del apartado primero del artículo 57 LOEx, que aborda la expulsión del territorio nacional. De acuerdo con el mismo: «1. Cuando los infractores sean extranjeros y realicen conductas de las tipificadas como muy graves, o conductas graves de las previstas en los apartados a), b), c), d) y f) del artículo 53.1 de esta Ley Orgánica, podrá aplicarse, en atención al principio de proporcionalidad, en lugar de la sanción de multa, la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expe-

(2) Como refiere LEGANÉS GÓME, S., «La expulsión de los penados en el Código Penal de 2015», *Diario La Ley*, n. 8579, Sección Doctrina, 2015, p. 13, tanto en relación a la normativa administrativa, como en cuanto a la normativa penal que afecta a los ciudadanos extranjeros: «Resulta obvio que los continuos cambios legales demuestran las contradicciones en esta materia, en la que no es fácil conjugar expulsión, respeto a ley y no discriminación. Es necesaria una estabilidad de la ley penal y la advertencia de los riesgos inherentes a un proceso continuado de revisión normativa contrario a la seguridad jurídica. Cualquier iniciativa legislativa en esta materia debería ir encaminada a garantizar una situación jurídica y social estable al inmigrante que permita su plena integración en la sociedad española». En la actualidad y a pesar de que los cinco nuevos reglamentos UE parecen focalizados en el asilo, lo cierto es que se espera que traigan cambios en materia de extranjería desde una perspectiva más amplia. Al respecto: <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/eu-migration-policy/eu-migration-asylum-reform-pact/>

diente administrativo y mediante la resolución motivada que valore los hechos que configuran la infracción».

Para conocer los supuestos de infracciones graves en los que se permite optar entre multa y expulsión, acudimos ahora al artículo 53 LOEx que enumera las mismas: «a) Encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente. b) Encontrarse trabajando en España sin haber obtenido autorización de trabajo o autorización administrativa previa para trabajar, cuando no cuente con autorización de residencia válida. c) Incurrir en ocultación dolosa o falsedad grave en el cumplimiento de la obligación de poner en conocimiento de las autoridades competentes los cambios que afecten a nacionalidad, estado civil o domicilio, así como incurrir en falsedad en la declaración de los datos obligatorios para cumplimentar el alta en el padrón municipal a los efectos previstos en esta Ley, siempre que tales hechos no constituyan delito. Cuando cualquier autoridad tuviera conocimiento de una posible infracción por esta causa, lo pondrá en conocimiento de las autoridades competentes con el fin de que pueda instruirse el oportuno expediente sancionador. d) El incumplimiento de las medidas impuestas por razón de seguridad pública, de presentación periódica o de alejamiento de fronteras o núcleos de población concretados singularmente, de acuerdo con lo dispuesto en la presente Ley. [...] f) La participación por el extranjero en la realización de actividades contrarias al orden público previstas como graves en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana».

De este modo, la norma abre la posibilidad de optar entre la sanción de expulsión y multa para determinadas infracciones graves; en cuyo caso es fundamental aplicar el principio de proporcionalidad que, como hemos visto, el propio artículo 57.1 LOEx recoge. Al respecto, el ATC 603/2023, de 21 de noviembre, que versa sobre la propia constitucionalidad del artículo 57.1 LOEx, da idea de la importancia de este principio y su necesaria aplicación práctica. En concreto, el referido ATC inadmite la cuestión de inconstitucionalidad promovida por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n. 5 de Barcelona, que denunciaba la vulneración del derecho a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE), al no incorporar el artículo 57.1 LOEx las circunstancias personales negativas o agravantes que permiten la imposición de la sanción de expulsión, en lugar de la de multa, en los supuestos de estancia irregular del artículo 53.1 a) LOEx. En la reso-

lución, el TC se remite a doctrina ya fijada⁽³⁾ y afirma que no puede exigirse a la Ley «la inclusión de un agotador listado de criterios o circunstancias agravantes, que nunca podría abarcar todas las situaciones posibles, en cuya apreciación es esencial la labor de los órganos jurisdiccionales al examinar las circunstancias de cada caso, en ejercicio de su función revisora de la actuación administrativa». En este sentido, «la norma sancionadora puede dejar un cierto margen a la discrecionalidad judicial o administrativa, sin llegar nunca a quedar “encomendada por entero a ella”, destaca que el artículo 57.1 LOEx no contiene una habilitación en blanco a la administración pues la decisión acerca de la imposición de la sanción de expulsión está sujeta a los criterios que establece la propia LOEx, a saber: por un lado, el artículo 57, apartados 5 y 6, de la LOEx que “acota negativamente el ámbito de aplicación de la sanción de expulsión”, y por otro lado, los criterios de graduación de las sanciones previstos en el artículo 55 LOEx y, muy singularmente, el principio de proporcionalidad»⁽⁴⁾.

De hecho, el ATC encuentra en este principio un argumento más a favor de la constitucionalidad del artículo 57.1 LOEx, teniendo en cuenta cómo aparece expresamente recogido en la redacción vigente: «los pronunciamientos de este tribunal sobre el respeto del principio de legalidad del artículo 25.1 CE por parte del artículo 57.1 LOEx, a los que nos hemos referido, se produjeron en relación con la redacción dada al mismo por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, mientras que aquí se cuestiona la constitucionalidad de la redacción incluida por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Y, en esta última, se incluye expresamente una previsión que sujeta a la administración al deber de actuar de conformidad con unas pautas que ya habían quedado asentadas en la doctrina constitucional, al disponer que “podrá aplicarse, en atención al principio de proporcionalidad, en lugar de la sanción de multa, la expulsión del territorio español, previa

(3) El auto se remite a la doctrina fijada en el ATC 409/2007, de 6 de noviembre; y los AATC 454/2007, 455/2007 y 457/2007, todos ellos de 12 de diciembre, que inadmitieron diferentes cuestiones de inconstitucionalidad en relación al artículo 25.1 CE y el artículo 57.1 LOEx, por no contener éste criterios ni pautas para imponer la sanción administrativa de multa o la de expulsión. Destaca también la STC 260/2007, de 20 de diciembre, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento Vasco contra diversos preceptos de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la LOEx, incluido el que comentamos.

(4) DE LA PEÑA PITA, F., «El Tribunal Constitucional y la tutela de los derechos de los extranjeros en los expedientes de expulsión por estancia irregular», *Actuación Administrativa*, n. 2, Febrero de 2024, p. 3.

la tramitación del correspondiente expediente administrativo y mediante la resolución motivada que valore los hechos que configuran la infracción”. Esto es, la imposición de la sanción de expulsión requiere respetar en todo caso el principio de proporcionalidad, lo que implica una labor de ponderación en la decisión administrativa, y, además, se exige a la administración la tramitación de un expediente, con las debidas garantías, que concluya con una resolución en la que se motive cumplidamente que, en atención a las circunstancias fácticas del caso, procede imponer al extranjero sujeto al expediente la sanción de expulsión y no la de multa prevista inicialmente en el artículo 55 LOEx. Se añade así en la propia Ley un régimen más garantista aún, que refleja la doctrina constitucional derivada de los pronunciamientos de este Tribunal Constitucional en la materia».

Pudiendo estar más o menos de acuerdo con esta visión un tanto reduccionista de la garantía de legalidad sancionadora(5), lo cierto es

(5) Uno de los casos más llamativos de asunción descafeinada del principio de legalidad en la potestad sancionadora es el del régimen disciplinario en centros penitenciarios, que deja la determinación de las infracciones, enteramente, en manos del RP de 1981. La STC 2/1987, de 21 de enero, dio el visto bueno a esta curiosa regulación, basándose en la naturaleza especial de la relación Administración-interno y «el carácter en cierto modo insuprimible de la potestad reglamentaria, expresiva de la autodeterminación correspondiente, para determinar en concreto las previsiones legislativas abstractas sobre las conductas identificables como antijurídicas en el seno de la institución». Sin embargo, otras resoluciones comprometen esta situación que, además, ha sido bastante criticada por la doctrina. Así, la STS 61/1990, que en su FJ 8 señala: «Una cosa es, en efecto que quepan restricciones en el ejercicio de los derechos en los casos de sujeción especial y otra que los principios constitucionales (y derechos fundamentales en ellos subsumidos) puedan ser también restringidos o perder eficacia y virtualidad. No se puede relativizar un principio sin riesgo a suprimirlo. Y siempre deberá ser exigible en el campo sancionatorio (no hay duda en el penal) el cumplimiento de los requisitos constitucionales de legalidad formal y tipicidad como garantía de la seguridad jurídica del ciudadano. Otra cosa es que esos requisitos permitan una adaptación –nunca supresión– a los casos e hipótesis de relaciones Administración-administrado y en concordancia con la intensidad de la sujeción». Al respecto, MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5.ª ed., Aranzadi, Navarra, 2011, pp. 27-28 y 163, respectivamente, advierte que «el principio de legalidad sólo es respetado cuando los reglamentos cumplen con el cometido que tienen asignados en la pirámide normativa y que no es otro que el desarrollo de la ley». De acuerdo con el mismo autor, «la LOGP abusa de la técnica de remisiones, tanto en la cantidad, como en la importancia de los temas remitidos, lo que, en la práctica, ha originado que sea éste y no la ley el que determina y orienta el régimen penitenciario». Como señala CERVELLÓ DONDERIS, V., *Derecho Penitenciario*, 5.ª ed., Tirant lo Blanc, 2022, pp. 36-37: «Las remisiones son en ocasiones excesivas y vulneran la reserva de ley, especialmente en una serie de materias en las que, pese a afectar a derechos fundamentales, son reguladas en el RP o incluso en Circulares e Instrucciones como la sanción de aislamiento en celda, las infracciones disciplinarias o el régimen cerrado».

que, en relación con el artículo 57 LOEx, el principio de proporcionalidad se torna en eje fundamental. Ello, como hemos visto, tanto desde el punto de vista normativo del principio de legalidad, como, en el sentido que veremos a continuación, desde el punto de vista aplicativo o el momento de valorar la imposición de la sanción de expulsión. Las resoluciones que destacamos en el siguiente apartado profundizan en esta idea, aportando pautas y criterios sobre este aspecto que han revolucionado lo que se venía haciendo hasta el momento, en el contexto de los procedimientos sancionadores de extranjería. Y es que, como apunta Palomar Olmeda, «[...] la conexión con la seguridad pública de las políticas públicas sobre los mismos, han llevado, históricamente, a la configuración de un marco en el que lo relevante no era tanto el adecuado ejercicio de la potestad sancionadora sino la enervación del riesgo que producía, en términos de seguridad pública, la presencia en España de quien carece de los documentos y las autorizaciones precisas para ello. Se atendía poco al procedimiento y sus garantías» (6).

II. EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Por su relevancia, nos centramos primero en la STC 47/2023, de 10 de mayo, del Pleno del Tribunal, que declara expresamente que «la imposición de la sanción de expulsión sin la concurrencia de circunstancias de agravación infringe el derecho fundamental a la legalidad sancionadora» (7), al no haberse aplicado el principio de proporcionalidad. Para entender el alcance de esta resolución, veamos sus aspectos más relevantes. Desde un punto de vista general, el TC comienza recordando que el derecho fundamental a la legalidad sancionadora se reconoce en el artículo 25.1 CE, en cuya virtud «nadie puede ser condenado o sancionado por acciones y omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento». Este precepto incorpora «la regla *nullum crimen, nulla poena sine lege*, la extiende al ordenamiento administrativo sancionador y comprende una doble garantía material, de alcance absoluto, y formal, de carácter relativo y expresiva de la necesidad de reserva de ley en la tipificación de ilícitos y sanciones administrativas, sin perjuicio del carácter, en

(6) PALOMAR OLMEDA, A., «Las precisiones de la extranjería y la expulsión en la STS de 13 de diciembre de 2023», *Diario la Ley*, n. 10430, Enero de 2024, p. 2.

(7) PALOMAR OLMEDA, A., *Diario la Ley*, 2024, p. 12.

cierto modo insuprimible, de la potestad reglamentaria en ciertas materias»(8). A su vez, como desarrolla el TC y hemos adelantado en el anterior epígrafe, esta garantía material despliega su eficacia tanto en el plano o ámbito normativo como en el aplicativo. En el plano normativo, el TC recuerda que «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»(9). De este modo, la garantía de certeza opera así, en el momento de elaboración de la norma y tiene al legislador como destinatario principal. El ATC 603/2023, de 21 de noviembre, antes comentado, ejemplifica el análisis de la constitucionalidad del artículo 57.1 LOEx en su vertiente normativa. Pero de modo adicional, esta garantía de certeza despliega asimismo su eficacia en el momento de aplicación de la norma por parte de los órganos sancionadores. En este plano, la vulneración se produce «si la aplicación de la norma sancionadora ha sido irrazonable, bien porque [...] se haya desbordado el límite del sentido literal posible del precepto, bien porque, con ocasión del juicio de subsunción, no se hayan respetado los criterios metodológicos comúnmente reconocidos o los parámetros axiológicos que derivan de nuestro ordenamiento constitucional»(10).

La vulneración en el supuesto de hecho que aborda la STC deriva justamente de esta vertiente aplicativa del principio de legalidad sancionadora. Y de nuevo, en la valoración concreta del caso, el principio de proporcionalidad juega un papel fundamental. Ta y como recoge la STC, «el análisis de la vulneración denunciada debe partir del hecho de que no ha sido objeto de controversia el presupuesto que sirve de base para la sanción administrativa impuesta: la estancia irregular de doña Sofía, respecto de la que no constaba, según la resolución que ordena su expulsión del territorio nacional, que haya solicitado y se halle pendiente de resolver ninguna solicitud de autorización de residencia o trabajo, no acreditándose por otra parte que tenga un especial arraigo familiar o social en nuestro país». Sin embargo, lo que sí se discute es que «la resolución que acuerda la expulsión no alude en su motivación

(8) STC 47/2023, de 10 de mayo, en relación con las SSTC 42/1987, de 7 de abril; 133/1999, de 15 de julio.

(9) STC 47/2023, de 10 de mayo, en relación con la STC 146/2015, de 25 de junio.

(10) STC 47/2023, de 10 de mayo, en relación con las SSTC 219/2016, de 19 de diciembre; 42/2022, de 21 de marzo; 14/2021, de 28 de enero.

a ninguna circunstancia agravante o negativa que pudiera concurrir en la recurrente». Igualmente, «las resoluciones judiciales tampoco reflejaron ningún elemento negativo y confirmaron la resolución de expulsión basándose en la ausencia de arraigo de la ahora demandante de amparo. En efecto, las resoluciones judiciales declararon procedente la expulsión con fundamento en la aplicación directa de lo dispuesto en el artículo 6.1 de la Directiva 2008/115/CE(11) y en que la recurrente carecía de arraigo en España. Pero con tal argumentación, los órganos judiciales dejaron de aplicar las consecuencias previstas en la normativa española para las situaciones de estancia irregular, puesto que en nuestro derecho no está prevista la sanción de expulsión para los supuestos de mera estancia irregular de las personas extranjeras en quienes no se aprecie ninguna circunstancia agravante o negativa».

(11) En el mismo se aborda la decisión de retorno con el siguiente contenido: «1. Los Estados miembros dictarán una decisión de retorno contra cualquier nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio, sin perjuicio de las excepciones contempladas en los apartados 2 a 5». Estas excepciones son, de acuerdo al mismo artículo: «2. A los nacionales de terceros países que se encuentren en situación irregular en el territorio de un Estado miembro y sean titulares de un permiso de residencia válido u otra autorización que otorgue un derecho de estancia expedido por otro Estado miembro se les exigirá que se dirijan de inmediato al territorio de dicho Estado miembro. En caso de que el nacional de un tercer país de que se trate no cumpla esta exigencia, o si fuera necesaria su salida inmediata por motivos de orden público o de seguridad nacional, se aplicará el apartado 1. 3. Los Estados miembros podrán abstenerse de dictar una decisión de retorno contra un nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio si otro Estado miembro se hace cargo del mencionado nacional en virtud de acuerdos o convenios bilaterales vigentes en la fecha de entrada en vigor de la presente Directiva. En ese caso, el Estado miembro que se haya hecho cargo del nacional de un tercer país de que se trate aplicará el apartado 1. 4. Los Estados miembros podrán, en cualquier momento, decidir conceder a un nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio un permiso de residencia autónomo u otra autorización que otorgue un derecho de estancia por razones humanitarias o de otro tipo. En este caso no se dictará ninguna decisión de retorno. De haberse ya dictado, se revocará la decisión de retorno o se suspenderá durante el periodo de validez del permiso de residencia o de otra autorización que otorgue un derecho de estancia. 5. Si el nacional de un tercer país que se halla en situación irregular en el territorio de un Estado miembro tiene pendiente un procedimiento pendiente de renovación del permiso de residencia u otra autorización que otorgue el derecho de estancia, el Estado miembro considerará la posibilidad de abstenerse de dictar una decisión de retorno hasta que finalice el procedimiento pendiente, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 6». Finalmente, conforme a dicho apartado: «La presente Directiva no impedirá a los Estados miembros adoptar una decisión sobre la finalización de la situación regular, unida a una decisión de retorno y/o de expulsión y/o a una prohibición de entrada, en una única decisión o acto de naturaleza administrativa o judicial, si así lo dispone su legislación nacional, sin perjuicio de las garantías procedimentales previstas en el Capítulo III y otras disposiciones pertinentes del Derecho comunitario y nacional».

Como refiere el TC, «esta interpretación de los tribunales españoles que margina la normativa nacional más favorable y que otorgaba un efecto directo inverso a la Directiva de retorno es errónea y contraria a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la eficacia de esta clase de normas en los ordenamientos internos. Como señala la STJUE de 8 de octubre de 2020, «es preciso recordar que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, las directivas no pueden, por sí solas, crear obligaciones a cargo de los particulares, pues los Estados miembros no pueden invocar las disposiciones de las directivas, en su calidad de tales, contra dichas personas» (apartado 35). Nuestro régimen de extranjería solo justificaba y justifica la sanción de expulsión para los casos de estancia irregular, en lugar de la sanción de multa (art. 55.1 b) LOEx), «en atención al principio de proporcionalidad [...], previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo y mediante la resolución motivada que valore los hechos que configuran la infracción» (art. 57.1 LOEx). La compatibilidad de este régimen con la normativa comunitaria fue aclarada por la citada STJUE de 8 de octubre de 2020, cuyo fallo dispuso que «cuando la normativa nacional, en caso de situación irregular de nacionales de terceros países en el territorio de un Estado miembro, imponga, o bien una sanción de multa, o bien la expulsión, teniendo en cuenta que la segunda medida solo puede adoptarse si existen circunstancias agravantes en la persona de dichos nacionales, adicionales a su situación irregular, la autoridad nacional competente no podrá basarse directamente en lo dispuesto en la Directiva para adoptar una decisión de retorno y hacer cumplir dicha decisión aun cuando no existan circunstancias agravantes». Aplicado al supuesto concreto y por el anterior motivo, «con independencia de la interpretación que la jurisdicción ordinaria efectúe sobre la aplicabilidad de la sanción de multa para los supuestos de mera estancia irregular, debe concluirse que, al imponer la administración la sanción de expulsión, se infringió la garantía material del derecho a la legalidad sancionadora de la recurrente a causa de una aplicación irrazonable de la norma sancionadora. La administración impuso la sanción de expulsión del artículo 57.1 LOEx, luego confirmada judicialmente con una interpretación errónea sobre la eficacia de la Directiva de retorno, a una situación de estancia irregular en la que no consta que concurriera ninguna circunstancia agravante o elemento negativo que la hubiese justificado, “en atención al principio de proporcionalidad”, tal y como dicho precepto exige para su aplicación».

Como vemos, el Tribunal Constitucional tiene en cuenta la doctrina del TJUE sobre el efecto directo vertical descendente de las

Directivas comunitarias no transpuestas en plazo, recogida por la STJUE de 8 de octubre de 2020 para un caso como el de autos. Doctrina que impide que una jurisdicción nacional aplique directamente a los particulares una Directiva no transpuesta al ordenamiento interno, cuando la normativa nacional es más favorable. Tal es así que, en el caso de ser aplicada, se vulneraría el derecho fundamental a la legalidad sancionadora(12), en su vertiente aplicativa, al infringir el principio de proporcionalidad que específicamente recoge la normativa interna.

La doctrina constitucional expuesta ha sido reiterada y ampliada en posteriores resoluciones del mismo TC implicando importantes cambios en muchos de los parámetros que se venían aplicando hasta el momento(13). Por su importancia, destacamos dos sentencias. En primer lugar, la STC 87/2023, de 17 de julio, que determina que la resolución sancionadora debe recoger las circunstancias negativas que justifican la expulsión. Este criterio es muy relevante porque se opone a la jurisprudencia del TS que sostenía: «aun cuando en la resolución en que se imponga la expulsión no se hagan constar de manera expresa [las circunstancias personales negativas], en la medida que aparezcan claramente constatadas en el expediente, nada impide que los Tribunales de lo Contencioso, al revisar esas resoluciones, puedan tenerlas en cuenta al examinar su legalidad. Otra cosa sería incurrir en un exceso de formalismo [...]»(14). Criterio que ya ha variado en las SSTs 1312/2023, de 24 de octubre; 1478/2023, de 20 de noviembre; 1537/2023, de 22 de noviembre. A su vez, en esta misma sentencia, el TC también apunta que la simple noticia de detenciones policiales no puede considerarse como circunstancia agravante negativa que justifique la expulsión, pues «se ignora cuál ha podido ser el recorrido judicial de los hechos por los que la recurrente habría sido detenida dos veces, ni desde luego consta que haya sido condenada penalmente por los mismos». Aspecto que ya estaba presente en la jurisprudencia del TS(15) y al que, recordándolo, se otorga una relevancia específica.

(12) PALOMAR OLMEDA, A., *Diario la Ley*, 2024, p. 14.

(13) Resume las diferentes resoluciones, DE LA PEÑA PITA, F., *Actualidad Administrativa*, 2024.

(14) STS 366/2021, de 17 de marzo.

(15) La STS 1247/2022, de 5 de octubre, concluyó que: «para la consideración de tales actuaciones judiciales o policiales a los efectos de que aquí se trata, es preciso que se acredite el resultado de las mismas y que ello se lleve a cabo por la Administración que adopta la decisión de expulsión, pues solo en estas circunstancias podrá valorarse su alcance y, en consecuencia, si constituyen causa que justifique la propor-

En segundo lugar, destacamos también la STC 150/2023, de 20 de noviembre, que considera que la Administración lesionó el derecho de defensa del recurrente. Explica la sentencia que, una vez incoado el expediente sancionador por estancia irregular, fue la propuesta de resolución la que incorporó las circunstancias agravantes o negativas que justificaban la expulsión, sin que tales circunstancias fácticas constasen en el acuerdo de incoación, a pesar de lo cual no se dio trámite de audiencia al interesado. Como señala la sentencia: «Esos hechos nuevos incorporados a la propuesta de resolución no implicaban una nueva calificación jurídica ni tampoco la imposición de una sanción distinta de la anunciada, pero sí eran relevantes desde el punto de vista de la licitud de la opción de la administración en favor de la sanción de expulsión frente a la de multa, pese a lo cual no le fue posible al demandante de amparo cuestionar la relevancia de esa detención mediante los documentos acreditativos del archivo en el procedimiento correspondiente, así como tampoco alegar la falta de notificación de la resolución sancionadora de 2011 y su prescripción, algo que solo pudo hacer en la vía judicial»(16). Además, recoge la resolución que «producida la vulneración del derecho de defensa en el transcurso del procedimiento administrativo sancionador, el hecho de que el demandante de amparo dispusiera posteriormente en el proceso judicial de la posibilidad de alegar y probar cuanto consideró oportuno para la mejor defensa de sus derechos e intereses no subsana la vulneración del derecho a la defensa ocasionada en el previo procedimiento administrativo sancionador, pues la vigencia del principio de contradicción, al igual que sucede con el resto de las garantías constitucionales que ordenan el ejercicio de la potestad sancionadora de la administración, se predica precisamente del procedimiento administrativo sancionador, en el que debe respetarse su ejercicio»(17).

cionalidad en la adopción de la decisión de expulsión». Igualmente, la STS 1334/2022, de 20 de octubre.

(16) La sentencia recuerda y actualiza la STC 145/2011, de 26 de septiembre, que consideró que la omisión del trámite de audiencia en relación con la propuesta de resolución lesiona el derecho de defensa en el procedimiento sancionador, cuando dicha propuesta de resolución incorpora datos fácticos que no figuraban en el acuerdo de incoación y que resultaron relevantes para sustentar la imposición de la sanción de expulsión en lugar de la de multa.

(17) STC 150/2023, de 20 de noviembre, en relación con la STC 35/2006, de 13 de febrero. Sin duda, se trata de una evolución necesaria y todavía pendiente en el ámbito penitenciario. No sólo en relación al régimen disciplinario de las personas privadas de libertad, en el que resulta enormemente difícil contradecir a la Administración, sino también en cuanto al inexistente procedimiento de control judicial de la actividad administrativa. Profundiza, BENÍTEZ YÉBENES, J. R., *El procedimiento de*

Finalmente, analizamos brevemente, la STS de 13 de diciembre de 2023, producto de la evolución jurisprudencial que hemos descrito(18), que no sólo tiene en cuenta lo recogido en la STJUE de 8 de octubre de 2020 –como ya habían hecho resoluciones anteriores–(19), sino también la más reciente STJUE de 2 de marzo de 2022. Lo interesante del caso es que se trata de establecer una relación compatible entre la aplicación de la Directiva 2008/115/CE para el retorno de ciudadanos de terceros países en situación irregular, con el proceso sancionador que emana de la LOEx y que, como venimos exponiendo, permite optar entre multa y expulsión. Y es que, del mismo modo que el TC ha aclarado que la mera existencia de la Directiva de retorno no puede suponer la aplicación automática de la expulsión, lo cierto es que se hace necesario aclarar qué sucede con aquellos ciudadanos que siendo sancionados con una multa permanecen en situación irregular.

Al respecto, el artículo 28 LOEx, establece que: «1. Las salidas del territorio español podrán realizarse libremente, excepto en los casos previstos en el Código Penal y en la presente Ley. La salida de los extranjeros a los que no les sea de aplicación el régimen comunitario, podrá ser registrada por las autoridades españolas a los efectos de control de su período de permanencia legal en España de conformidad con la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. 2. Excepcionalmente, el Ministro del Interior podrá prohibir la salida del territorio español por razones de seguridad nacional o de salud pública. La instrucción y resolución de los expedientes de prohibición tendrá siempre carácter individual. 3. La salida será obligatoria en los siguientes supuestos: a) Expulsión del territorio español por orden judicial, en los casos previstos en el Código Penal. b) Expulsión o devolución acordadas por resolución administrativa en los casos previstos en la presente Ley. c) Denegación administrativa de las solicitudes formuladas por el extranjero para continuar permaneciendo en territorio español, o falta de autorización para encontrarse en España. d) Cumplimiento del plazo en el que un trabajador extranjero se hubiera comprometido a regresar a su país de origen en el marco de un programa de retorno voluntario». Para los casos que abordamos, supuestos de ciudadanos de otros países en situación de irregularidad que puedan verse afectados por el artículo 57.1 LOEx, nos interesa especialmente el supuesto recogido en la letra c) del apartado 3.

actuación ante los órganos de la Jurisdicción de Vigilancia Penitenciaria. (Hacia un Derecho Procesal Penitenciario), Dykinson, Madrid, 2017.

(18) Profundiza en su contenido, PALOMAR OLMEDA, A., *Diario la Ley*, 2024.

(19) Sentencias de 8 de septiembre de 2023, recursos 2251/2021 y 1537/2022.

Sobre esto mismo, la STJUE de 2 de marzo de 2022, a la que la STS de 13 de diciembre se remite, aclara que: «la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, en particular sus artículos 6, apartado 1, y 8, apartado 1, leídos en relación con los artículos 6, apartado 4, y 7, apartados 1 y 2, de la misma, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa de un Estado miembro que sanciona la permanencia irregular de un nacional de un tercer país en el territorio de ese Estado miembro, cuando no concurren circunstancias agravantes, en un primer momento, con una sanción de multa que lleva aparejada la obligación de abandonar el territorio de dicho Estado miembro en el plazo fijado salvo que, antes de que este expire, se regularice la situación del nacional de un tercer país y, en un segundo momento, si no se ha regularizado su situación, con una decisión en la que se ordena obligatoriamente su expulsión, siempre que dicho plazo se fije de conformidad con las exigencias establecidas en el artículo 7, apartados 1 y 2, de esta Directiva».

Por ello, la STS de 13 de diciembre, recoge las siguientes conclusiones: «Primero, que la situación de estancia irregular determina, en su caso, la imposición de la sanción de multa o la sanción de expulsión, siendo preferente la primera cuando no concurren circunstancias que, con arreglo al principio de proporcionalidad, justifiquen la expulsión. Segundo, que cuando la decisión consista en la imposición de una multa, la resolución administrativa que la imponga debe contener una orden de salida de cumplimiento voluntario que concrete el mandato contenido en el artículo 28.3.c) de la LOEx, y en la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular. Tercero, que en ejecución de lo acordado los plazos que se establezcan para la salida efectiva del territorio nacional, sin perjuicio de las excepciones que se establecen en nuestro ordenamiento y en la Directiva, deben ser prudentemente limitados en el tiempo, dentro de los márgenes de los que dispone la Administración, a los efectos de no privar a la Directiva de su efecto útil. Cuarto, que la expulsión, comprensiva de la decisión de retorno y su ejecución, exige, en cada caso y de manera individualizada, la valoración y apreciación de circunstancias agravantes que pongan de manifiesto y justifiquen la proporcionalidad de la medida adoptada, tras la tramitación de un procedimiento con plenas garantías de los derechos de los

afectados, conforme exige la jurisprudencia comunitaria. Quinto, que por tales circunstancias de agravación han de considerarse las que se han venido apreciando por la jurisprudencia en relación a la gravedad de la mera estancia irregular, bien sean de carácter subjetivo o de carácter objetivo, y que pueden comprender otras de análoga significación».

En conclusión, de la misma manera que la Directiva de retorno no puede servir para evitar la imposición de la multa en lugar de la expulsión, si esta opción está prevista en la normativa nacional, la imposición de una multa no puede por sí misma evitar la aplicación de la referida Directiva. Ello a través de una primera oportunidad para la salida voluntaria y con independencia de que durante el plazo otorgado se pueda llegar a regularizar la situación de la persona interesada. Sea como sea, esta conclusión da idea de lo complejo de la normativa descrita y lo rocambolesco de los procedimientos de extranjería. A pesar de paulatinamente se vayan empapando de principios garantistas, lo cierto es que, en uno u otro momento, el interés prioritario por la expulsión acaba resurgiendo.

III. BREVE VIAJE POR LA NORMATIVA BÁSICA. SEGUNDA ESCALA

Continuamos el viaje por la normativa de extranjería, completando el contenido del artículo 57 de la LOEx en lo que afecta al proceso penal y las personas privadas de libertad. Recordando lo que establecía su apartado 1 y el papel destacado que otorga al principio de proporcionalidad, el apartado 2 determina que: «2. Asimismo, constituirá causa de expulsión, previa tramitación del correspondiente expediente, que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados. Por su parte, el apartado 7 se ocupa de los casos en los que el procedimiento sancionar concurre en el tiempo con un proceso penal. En este sentido: «7. a) Cuando el extranjero se encuentre procesado o imputado en un procedimiento judicial por delito o falta para el que la Ley prevea una pena privativa de libertad inferior a seis años o una pena de distinta naturaleza, y conste este hecho acreditado en el expediente administrativo de expulsión, en el plazo más breve posible y en todo caso no superior a tres días, el Juez, previa audiencia del Ministerio Fiscal, la autorizará salvo que, de forma motivada, aprecie

la existencia de circunstancias que justifiquen su denegación. En el caso de que el extranjero se encuentre sujeto a varios procesos penales tramitados en diversos juzgados, y consten estos hechos acreditados en el expediente administrativo de expulsión, la autoridad gubernativa instará de todos ellos la autorización a que se refiere el párrafo anterior. b) No obstante lo señalado en el párrafo a) anterior, el juez podrá autorizar, a instancias del interesado y previa audiencia del Ministerio Fiscal, la salida del extranjero del territorio español en la forma que determina la Ley de Enjuiciamiento Criminal. c) No serán de aplicación las previsiones contenidas en los párrafos anteriores cuando se trate de delitos tipificados en los artículos 312.1, 313.1 y 318 bis del Código Penal». Finalmente, el apartado 8 establece que: «8. Cuando los extranjeros, residentes o no, hayan sido condenados por conductas tipificadas como delitos en los artículos 312.1, 313.1 y 318 bis del Código Penal, la expulsión se llevará a efecto una vez cumplida la pena privativa de libertad».

Se imponen varias precisiones en relación con estos preceptos. En primer lugar, sobre la propia naturaleza jurídica del artículo 57.2 LOEx que, incardinado como está en el régimen administrativo sancionador, parece sin embargo tener una naturaleza distinta de la propia de las sanciones. La STS 30/2022, de 18 de enero, aclara algunos aspectos de interés al respecto. Tal y como incluye en sus fundamentos jurídicos, «en una primera aproximación a la regulación contenida en la LOEx, observamos que, aunque el precepto que analizamos está contenido dentro del Título III “De las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador”, ello no obstante, el legislador, al enumerar el catálogo de infracciones en materia de extranjería –leves, artículo 52, graves, artículo 53 y muy graves, artículo 54–, no incluye en ninguno de sus apartados como infracción administrativa la que aquí se analiza. Asimismo, la ley, tras efectuar en tales preceptos la descripción tipificadora de las infracciones, así como de las sanciones que les corresponden en función de su gravedad (art. 55), dedica su artículo 56 a la prescripción de las mismas referida a dicho catálogo al fijar los plazos de prescripción en función de la respectiva gravedad de las infracciones y sanciones expresada en los artículos anteriores. Por tanto, debe constatar que el legislador no ha incluido la conducta descrita en el artículo 57.2, en el catálogo que ha realizado de infracciones administrativas en materia de extranjería que es al que van expresamente referidos los plazos de prescripción que se contemplan en el artículo 56». A su vez, «la voluntad del legislador de excluir la conducta prevista en el artículo 57.2 del catálogo de infracciones parece deducirse también de la regulación en párrafos distintos del

artículo 57 de la medida de expulsión que cabe imponer en ambos casos, como sanción respecto de algunas de las infracciones contenidas en el catálogo de infracciones de los artículos precedentes (apartado 1 del artículo 57), y como “causa de expulsión” en el apartado 2 del precepto». Por tanto, puede concluirse que la conducta descrita en el artículo 57.2 LOEx no supone una infracción administrativa al uso.

Igualmente, en un segundo nivel de análisis de carácter material, el TS entiende que: «la expulsión que en este caso se prevé anudada a la condena por la comisión de un delito doloso castigado con pena privativa de libertad superior a un año, no persigue el castigo de una conducta ilícita, la sentencia condenatoria es la respuesta punitiva del Estado a la conducta ilícita en que consiste el delito cometido, y la expulsión —con la prohibición de entrada que conlleva— no pretende castigar desde una perspectiva distinta tal conducta ilícita en que el delito consiste. La expulsión de la que aquí tratamos es una medida restrictiva de derechos que se impone en el marco de la política de extranjería para proteger el orden público y la seguridad ciudadana (así se deduce de la Directiva 2001/40, sobre reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países) y garantizar que la permanencia de los extranjeros en España se efectúe en términos de convivencia que permitan la integración con respeto al sistema de derechos y libertades. Tiene, pues, una finalidad distinta de la puramente represiva, retributiva o de castigo(20). Se trata de una decisión del legislador, adoptada en la ley que regula las condiciones de entrada y permanencia en España, de subordinar el derecho a entrar y a residir en nuestro país al cumplimiento de determinadas condiciones como la de no haber cometido delitos de cierta gravedad, como deriva de las Directivas antes mencionadas. [...] No es, por tanto, la finalidad retributiva o de castigo la que subyace a tal medida, y ello excluye que podamos considerarla como una manifestación del ejercicio por la Administración de su potestad sancionadora».

No obstante lo anterior, que el TS haya «excluido la naturaleza sancionadora de la expulsión prevista en el artículo 57.2, no supone en este caso una merma de las garantías procedimentales —que para la potestad sancionadora derivan del artículo 24.2 CE—, pues el pro-

(20) La STS se remite a la STC 236/2007, de 7 de noviembre, que abunda en esta línea. Aunque la resolución constitucional se centra en el análisis de la medida de expulsión prevista en el artículo 57.2 LOEx para descartar el reproche de duplicidad con la sanción penal, sí que determina con claridad su finalidad: «la medida de expulsión obedece a objetivos propios de la política de extranjería que, en todo caso, están relacionados con el control de los flujos migratorios de cara a procurar una integración y convivencia armónicas en el territorio del Estado».

cedimiento para acordar la expulsión prevista en este precepto es el mismo que se sigue para imponerla como sanción para determinadas infracciones (art. 63 LOEx), ni tampoco del deber de motivación, ponderación y respeto al principio de proporcionalidad propios del ejercicio de la potestad sancionadora ya que tales exigencias han de regir, asimismo, en todo caso, aun derivadas de un origen distinto, en la aplicación de la medida de expulsión que ha de estar siempre alejada de cualquier automatismo, como recuerda reiterada y constante jurisprudencia del TEDH, del TJUE y del TC»(21). Ello en la medida en que la necesaria motivación, individualización y respeto al principio de proporcionalidad no aplica tan sólo en el ámbito sancionador, sino que deriva la intensa afeción que la expulsión proyecta sobre derechos fundamentales tan relevantes como el derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18 CE) y otros principios constitucionales (art. 39 CE). Por lo tanto, volviendo a la argumentación del TS «aunque la medida de expulsión prevista en el artículo 57.2 LOEx no revista naturaleza sancionadora, su imposición no deriva “*ope legis*” de forma automática de la condena por delito doloso prevista en el precepto ya que el grado de gravamen que tal medida representa en intereses constitucionalmente salvaguardados impone la necesidad, en todo caso, de motivación, individualización, ponderación de todas las circunstancias personales y familiares concurrentes, y la aplicación del principio de proporcionalidad entre la finalidad perseguida por la medida y los principios constitucionales y derechos fundamentales a los que afecta».

De esta manera y en base a los argumentos expuestos, se crea una nueva categoría jurídica –medida de restricción de derechos– que, al carecer de naturaleza sancionadora alguna, sirve para salvar de raíz su compatibilidad con la pena privativa de libertad impuesta(22). Además, y por esa misma categorización, se evita la prescripción de dicha medida mediante la aplicación del artículo 56 LOEx(23) y, entende-

(21) STS 30/2022 en relación con la STDH de 26 de junio de 2012, caso Kuric y otros contra Eslovenia; SSTJUE de 8 de diciembre de 2011 (asunto C-371/08, apartados 79 a 85) y 7 de diciembre de 2017 (asunto 636/16, apartados 22 a 29); o SSTC 94/1993, 236/2007, 186/2013, 131/2016, 201/2016, 14/2017, entre otras.

(22) STC 236/2007, de 7 de noviembre, antes referida. En contra de esta interpretación, MARTÍNEZ MUÑOZ, C. J., *Aproximación crítica a la expulsión de extranjeros. El derecho penal como herramienta de la política migratoria*, Aranzadi, 2023, p. 241.

(23) Conforme al mismo: «1. Las infracciones muy graves prescribirán a los tres años, las graves a los dos años y las leves a los seis meses. 2. Las sanciones impuestas por infracciones muy graves prescribirán a los cinco años, las graves a los dos años y las impuestas por infracciones leves al año. 3. Si la sanción impuesta fuera

mos, su posible graduación conforme a los criterios de proporcionalidad que el propio artículo 57 LOEx contempla. Esto especialmente, en lo relativo a su apartado 5 que específicamente se refiere a la «sanción de expulsión» que «no podrá ser impuesta, salvo que la infracción cometida sea la prevista en el artículo 54, letra a) del apartado 1, o suponga una reincidencia en la comisión, en el término de un año, de una infracción de la misma naturaleza sancionable con la expulsión, a los extranjeros que se encuentren en los siguientes supuestos: a) Los nacidos en España que hayan residido legalmente en los últimos cinco años. b) Los residentes de larga duración. Antes de adoptar la decisión de la expulsión de un residente de larga duración, deberá tomarse en consideración el tiempo de su residencia en España y los vínculos creados, su edad, las consecuencias para el interesado y para los miembros de su familia, y los vínculos con el país al que va a ser expulsado. c) Los que hayan sido españoles de origen y hubieran perdido la nacionalidad española. d) Los que sean beneficiarios de una prestación por incapacidad permanente para el trabajo como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional ocurridos en España, así como los que perciban una prestación contributiva por desempleo o sean beneficiarios de una prestación económica asistencial de carácter público destinada a lograr su inserción o reinserción social o laboral. Tampoco se podrá imponer o, en su caso, ejecutar la sanción de expulsión al cónyuge del extranjero que se encuentre en alguna de las situaciones señaladas anteriormente y que haya residido legalmente en España durante más de dos años, ni a sus ascendientes e hijos menores, o mayores con discapacidad que no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud, que estén a su cargo»(24).

la de expulsión del territorio nacional la prescripción no empezará a contar hasta que haya transcurrido el período de prohibición de entrada fijado en la resolución con un máximo de diez años».

(24) Los restantes apartados del artículo 57 LOEx, que no parecen referirse a la sanción de expulsión en sentido estricto, incluyen criterios a considerar en la imposición y ejecución de la expulsión cuya aplicación al supuesto del artículo 57.2 LOEx, entendemos, sí estaría más respaldada. En este sentido: «3. En ningún caso podrán imponerse conjuntamente las sanciones de expulsión y multa. 4. La expulsión conllevará, en todo caso, la extinción de cualquier autorización para permanecer legalmente en España, así como el archivo de cualquier procedimiento que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España del extranjero expulsado. No obstante, la expulsión podrá revocarse en los supuestos que se determinen reglamentariamente. En el caso de las infracciones previstas en las letras a) y b) del artículo 53.1 de esta Ley, salvo que concurren razones de orden público o de seguridad nacional, si el extranjero fuese titular de una autorización de residencia válida expedida por otro Estado miembro, se le advertirá, mediante diligencia en el pasaporte, de la obligación

En segundo lugar, más allá del concreto apartado 2 del artículo 57 LOEx y la interpretación que se ha impuesto en relación al mismo, lo cierto es que el resto de apartados destacados merecen una valoración concreta, dado lo curioso de su contenido en relación a la normativa penal y por ende, penitenciaria. Así, el apartado 7 del mismo precepto supedita la actuación penal al interés prioritario de la ejecución de una posible expulsión «cuando el extranjero se encuentre procesado o imputado en un procedimiento judicial por delito o falta para el que la Ley prevea una pena privativa de libertad inferior a seis años o una pena de distinta naturaleza». De modo que, el Juez, previa audiencia del Ministerio Fiscal, habrá de autorizar la expulsión «salvo que, de

de dirigirse de inmediato al territorio de dicho Estado. Si no cumplierse esa advertencia se tramitará el expediente de expulsión, [...] 6. La expulsión no podrá ser ejecutada cuando ésta conculcarse el principio de no devolución, o afecte a las mujeres embarazadas, cuando la medida pueda suponer un riesgo para la gestación o la salud de la madre. [...] 9. La resolución de expulsión deberá ser notificada al interesado, con indicación de los recursos que contra la misma se puedan interponer, órgano ante el que hubieran de presentarse y plazo para presentarlos. 10. En el supuesto de expulsión de un residente de larga duración de otro Estado miembro de la Unión Europea que se encuentre en España, dicha expulsión sólo podrá efectuarse fuera del territorio de la Unión cuando la infracción cometida sea una de las previstas en los artículos 53.1.d) y f) y 54.1.a) y b) de esta Ley Orgánica, y deberá consultarse al respecto a las Autoridades competentes de dicho Estado miembro de forma previa a la adopción de esa decisión de expulsión. En caso de no reunirse estos requisitos para que la expulsión se realice fuera del territorio de la Unión, la misma se efectuará al Estado miembro en el que se reconoció la residencia de larga duración. 11. Cuando, de acuerdo con la normativa vigente, España decida expulsar a un residente de larga duración que sea beneficiario de protección internacional reconocida por otro Estado miembro de la Unión Europea, las autoridades españolas competentes en materia de extranjería solicitarán a las autoridades competentes de dicho Estado miembro información sobre si dicha condición de beneficiario de protección internacional continúa vigente. Dicha solicitud deberá ser respondida en el plazo de un mes, entendiéndose, en caso contrario, que la protección internacional sigue vigente. Si el residente de larga duración continúa siendo beneficiario de protección internacional, será expulsado a dicho Estado miembro. Lo dispuesto en los dos párrafos anteriores será de aplicación para las solicitudes cursadas por autoridades de otros Estados miembros de la Unión Europea respecto a los extranjeros a los que España hubiera concedido la condición de beneficiario de protección internacional. De conformidad con sus obligaciones internacionales, y de acuerdo con las normas de la Unión Europea, España podrá expulsar al residente de larga duración a un país distinto al Estado miembro de la Unión Europea que concedió la protección internacional si existen motivos razonables para considerar que constituye un peligro para la seguridad de España o si, habiendo sido condenado por sentencia firme por un delito de especial gravedad, constituye un peligro para España. En todo caso, cuando la protección internacional hubiera sido reconocida por las autoridades españolas, la expulsión sólo podrá efectuarse previa tramitación del procedimiento de revocación previsto en la normativa vigente en España en materia de protección internacional».

forma motivada, aprecie la existencia de circunstancias que justifiquen su denegación». Esto es, enfrentados ambos intereses –el de expulsión de acuerdo a la normativa de extranjería, y el de condenar y ejecutar la privación de libertad conforme a la normativa penal–, ha de motivarse este último, dándose el primero por supuesto(25).

Por último, y si bien la categorización del artículo 57.2 LOEx como mera medida restrictiva de derechos producto de la política de extranjería, contribuye a su no colisión con el «principio de *non bin in idem*», hay determinados aspectos normativos de la LOEx que ponen en entredicho la auténtica aplicación de este principio, en relación con el «principio de proporcionalidad» en la intervención de los poderes públicos. Es lo que sucede con el apartado 8 del mismo artículo 57 LOEx antes transcrito, que se relaciona con la letra c) del artículo 57.7 LOEx ya comentado. De acuerdo con esta letra c) «no serán de aplicación las previsiones contenidas en los párrafos anteriores cuando se trate de delitos tipificados en los artículos 312.1, 313.1 y 318 bis del Código Penal». Dicho de otro modo, para estos delitos, y ante la disyuntiva que antes planteábamos, prevalece el interés penal. Sin embargo, el apartado 8 que ahora referimos, establece que «cuando los extranjeros, residentes o no, hayan sido condenados por conductas tipificadas como delitos en los artículos 312.1, 313.1 y 318 bis del Código Penal, la expulsión se llevará a efecto una vez cumplida la pena privativa de libertad». Con ello, se consigue una doble respuesta de los poderes públicos que, a pesar de tener fundamentos diferentes –comisión de un delito y concurrir motivo de expulsión– genera dudas sobre la proporcionalidad de la intervención(26). Especialmente, si

(25) Se produce lo que la doctrina ha señalado como una supeditación del derecho penal a la política de extranjería. En general, como apunta, GRACIA MARTÍN, L., ALASTUEY DOBÓN, C., «Suspensión de la ejecución, sustitución de las penas privativas de libertad y libertad condicional», en Gracia Martín, L. (Coord.), *Lecciones de Consecuencias jurídicas del delito*, 5.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 140, «la regulación persigue exclusivamente objetivos de política de extranjería, entre los que se cuentan el de control de la inmigración ilegal, así como el de reducir el número de extranjeros en los centros penitenciarios españoles». De la misma opinión, ANDRÉS LASO, A., *Nos hará reconocernos. La Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria: origen, evolución y futuro*, Premio Nacional Victoria Kent 2015, Ministerio del Interior, Madrid, 2016, p. 404; MARTÍNEZ MÚÑOZ, C. J., 2023, pp. 231-236, donde señala cómo el uso simbólico del derecho penal al servicio de la política de extranjería contradice también su carácter de última ratio.

(26) MARTÍNEZ MÚÑOZ, C. J., 2023, p. 91, señala esta desproporción como ejemplo de las nefastas consecuencias de prever consecuencias penales fuera de la normativa específicamente penal.

ese motivo para la expulsión deriva de la propia comisión del delito como sucede en el caso del artículo 57.2 LOEx(27).

IV. ¿SE APLICA EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD A LOS EXTRANJEROS EN EL CIRCUITO PENITENCIARIO?

Como hemos visto, la STS 30/2022, de 18 de enero, que venimos comentando, destaca que la exclusión de «la naturaleza sancionadora de la expulsión prevista en el artículo 57.2, no supone en este caso una merma de las garantías procedimentales [...], ni tampoco del deber de motivación, ponderación y respeto al principio de proporcionalidad propios del ejercicio de la potestad sancionadora ya que tales exigencias han de regir, asimismo, en todo caso, aun derivadas de un origen distinto, en la aplicación de la medida de expulsión que ha de estar siempre alejada de cualquier automatismo, como recuerda reiterada y constante jurisprudencia». Y es que, recordando lo que antes apuntábamos, la medida de expulsión proyecta una afección directa sobre derechos fundamentales tan relevantes como el derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18 CE) y otros principios constitucionales (art. 39 CE). Por ello, el TS determina que «aunque la medida de expulsión prevista en el artículo 57.2 LOEx no revista naturaleza sancionadora, su imposición no deriva “*ope legis*” de forma automática de la condena por delito doloso prevista en el precepto ya que el grado de gravamen que tal medida representa en intereses constitucionalmente salvaguardados impone la necesidad, en todo caso, de motivación, individualización, ponderación de todas las circunstancias personales y familiares concurrentes, y la aplicación del principio de proporcionalidad entre la finalidad perseguida por la medida y los principios constitucionales y derechos fundamentales a los que afecta».

Sin embargo, la propia STS 30/2022, de 18 de enero, muestra la pobre aplicación del principio de proporcionalidad en aquellos casos en que concurre la ejecución de la expulsión del artículo 57.2 LOEx con el fin de cumplimiento de una pena privativa de libertad. Si aten-

(27) Ciertamente, la expulsión vía artículo 57.2 LOEx no puede considerarse en estos casos, a no ser que se hubieran cometido delitos previos y se hubiera iniciado un expediente de expulsión. No obstante, la previsión del artículo 57.8 LOEx se reproduce en los casos en los que se cumple la pena privativa de libertad por no aplicarse la expulsión penal del artículo 89 CP y, con posterioridad a dicho cumplimiento, se produce la expulsión administrativa por haberse cometido un delito.

demos a su fundamento séptimo, que aborda la aplicación de los anteriores razonamientos a la resolución que venimos comentando:

«La sentencia recurrida se ajusta al planteamiento que hemos dejado expuesto ya que no aprecia naturaleza sancionadora en la medida de expulsión adoptada en este caso al amparo del artículo 57.2 LOEx y, tras exponer un completo panorama jurisprudencial sobre la necesidad de motivación, ponderación individualizada y aplicación del principio de proporcionalidad en la aplicación de tal medida, lleva a cabo desde esta perspectiva un análisis de las circunstancias personales y familiares concurrentes, llegando a la conclusión de que tales circunstancias, así como el arraigo familiar que denotan «no reviste entidad suficiente para enervar el riesgo para el orden público que la conducta de la ciudadana extranjera ha representado y representa», constituida, recordemos, por la condena a una pena privativa de libertad de 4 años y 6 meses, impuesta por sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 22 de julio de 2015, por un delito contra la salud pública de sustancias que causan grave daño a la salud (art. 368 CP), destacando asimismo el especial reproche que merecen las infracciones penales de tráfico de drogas y el menoscabo de un interés fundamental de la sociedad que tales infracciones penales suponen, de conformidad con el artículo 83.1 TFUE en su interpretación por el TJUE.

Aunque ya reflejamos las circunstancias personales y familiares que la Sala de instancia considera acreditadas, conviene reproducirlas de nuevo con la finalidad, no de revisar los hechos que la sentencia ha tenido por acreditados, sino, exclusivamente, de analizar si el obligado juicio de ponderación se ha realizado en los términos que hemos venido exponiendo.

Pues bien, tales circunstancias tenidas por acreditadas por la sentencia recurrida son las siguientes: no acredita ser residente legal en España, pues la última autorización de residencia de la que fue titular está caducada; está casada con un ciudadano boliviano que dispone de autorización de residencia de larga duración en España y que tiene reconocida una discapacidad (del 65%, según consta en los autos) y percibe por tal motivo una prestación no contributiva de invalidez; tiene volante individual de empadronamiento en Madrid cuyo historial se remonta al año 2002; tiene dos nietos de nacionalidad española, nacidos en 2014 y 2016, y una hermana de nacionalidad española; ha trabajado en España; y al incoarse el expediente administrativo, la recurrente estaba interna en el Centro de Inserción Social CIS de Madrid.

Y haciendo uso de la facultad para integrar tales hechos que nos confiere el artículo 93.3 LJCA, de la propia documentación aportada por la recurrente al Juzgado que obra en autos, y más específicamente,

de los informes aportados sobre la situación médica de su esposo (informe de asistencia en el servicio de cardiología del Hospital de Madrid el 26 de abril de 2019) se desprende que el cónyuge de la recurrente «acude desde prisión» de la que «saldrá... en 6 años» para «seguimiento por insuficiencia cardiaca», se efectúa como diagnóstico principal el de «insuficiencia cardiaca crónica con FEVI deprimida, clase funcional III NYA» y se propone como tratamiento «dieta» y que «evite el alcohol y el tabaco».

Las circunstancias personales y familiares de la recurrente que han quedado descritas, sin residencia legal en España, con su cónyuge asimismo en prisión por tiempo dilatado y de cuya patología médica puede seguir tratamiento en prisión, sin hijos menores ni otros familiares a su cargo o cuidado (nada consta acreditado al respecto sobre los nietos de la recurrente), determinan que la ponderación llevada a cabo por la Sala de instancia sobre la proporcionalidad en este caso de la expulsión, desde la perspectiva de su afectación a los intereses constitucionales en juego, deba considerarse respetuosa con las exigencias del artículo 57.5.b) LOEx cuya aplicación se invoca por la parte, al amparo del último párrafo del apartado 5, por ser cónyuge de residente de larga duración y alegar haber residido legalmente en España durante más de dos años y se ajuste, asimismo, a la interpretación que hemos propuesto y, por esta razón, el recurso de casación debe ser desestimado».

Si bien es cierto que se valoran algunos aspectos personales y sociales de la interesada en el procedimiento de expulsión, también lo es que sólo se tiene en cuenta la condena impuesta para motivar la necesidad de la expulsión(28). Aspecto que va de suyo y se deriva de la aplicación del propio artículo 57.2 LOEx. De esta manera, más allá del hecho de la condena, no se analiza ningún aspecto de la misma ni del cumplimiento en sí que, desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, pueda aportar parámetros sobre la necesidad efectiva de la expulsión. Veamos con detenimiento a qué nos referimos. En primer lugar, no se aprecia que la pena impuesta no es grave conforme al artículo 33.2 CP, pues no es superior a cinco años de duración, si no que tiene la consideración de pena menos grave(29). A pesar de ello, la resolución comentada, abstrayéndose de esta circunstancia, entiende que todas las infracciones contra la salud pública merecen del mismo reproche. Recordando el fundamento séptimo antes transcrito, a la par

(28) De hecho, se aporta también como factor negativo que su pareja se encuentre en prisión.

(29) De acuerdo con el artículo 33.3 CP: «Son penas menos graves: a) La prisión de tres meses hasta cinco años».

que refiere «la condena a una pena privativa de libertad de 4 años y 6 meses, impuesta por sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 22 de julio de 2015, por un delito contra la salud pública de sustancias que causan grave daño a la salud (art. 368 CP)», destaca asimismo «el especial reproche que merecen las infracciones penales de tráfico de drogas y el menoscabo de un interés fundamental de la sociedad que tales infracciones penales suponen, de conformidad con el artículo 83.1 TFUE en su interpretación por el TJUE». Precepto que entendemos que sí recoge la especial gravedad de las conductas de tráfico de drogas, pero que no deriva necesariamente en el trato idéntico de todas ellas(30).

En segundo lugar, tampoco se valora la previa no aplicación del artículo 89 CP. Y esto es especialmente relevante, pues del mismo

(30) Conforme a dicho artículo 83: «1. El Parlamento Europeo y el Consejo podrán establecer, mediante directivas adoptadas con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en ámbitos delictivos que sean de especial gravedad y tengan una dimensión transfronteriza derivada del carácter o de las repercusiones de dichas infracciones o de una necesidad particular de combatirlas según criterios comunes. Estos ámbitos delictivos son los siguientes: el terrorismo, la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación de medios de pago, la delincuencia informática y la delincuencia organizada. Teniendo en cuenta la evolución de la delincuencia, el Consejo podrá adoptar una decisión que determine otros ámbitos delictivos que respondan a los criterios previstos en el presente apartado. Se pronunciará por unanimidad, previa aprobación del Parlamento Europeo. 2. Cuando la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros en materia penal resulte imprescindible para garantizar la ejecución eficaz de una política de la Unión en un ámbito que haya sido objeto de medidas de armonización, se podrá establecer mediante directivas normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en el ámbito de que se trate. Dichas directivas se adoptarán con arreglo a un procedimiento legislativo ordinario o especial idéntico al empleado para la adopción de las medidas de armonización en cuestión, sin perjuicio del artículo 76. 3. Cuando un miembro del Consejo considere que un proyecto de directiva contemplada en los apartados 1 o 2 afecta a aspectos fundamentales de su sistema de justicia penal, podrá solicitar que el asunto se remita al Consejo Europeo, en cuyo caso quedará suspendido el procedimiento legislativo ordinario. Previa deliberación, y en caso de que se alcance un consenso, el Consejo Europeo, en el plazo de cuatro meses a partir de dicha suspensión, devolverá el proyecto al Consejo, poniendo fin con ello a la suspensión del procedimiento legislativo ordinario. Si no hay acuerdo dentro de ese mismo plazo, y al menos nueve Estados miembros quieren establecer una cooperación reforzada con arreglo al proyecto de directiva de que se trate, lo comunicarán al Parlamento Europeo, al Consejo y a la Comisión. En tal caso, la autorización para iniciar la cooperación reforzada a que se refieren el apartado 2 del artículo 20 del Tratado de la Unión Europea y el apartado 1 del artículo 329 del presente Tratado se considerará concedida, y se aplicarán las disposiciones relativas a la cooperación reforzada».

modo que el artículo 57 LOEx, el artículo 89 CP une condena penal y necesidad de expulsión, en este caso, penal(31). Si tenemos en cuenta su contenido: «1. Las penas de prisión de más de un año impuestas a un ciudadano extranjero serán sustituidas por su expulsión del territorio español. Excepcionalmente, cuando resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito, el juez o tribunal podrá acordar la ejecución de una parte de la pena que no podrá ser superior a dos tercios de su extensión, y la sustitución del resto por la expulsión del penado del territorio español. En todo caso, se sustituirá el resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español cuando aquél acceda al tercer grado o le sea concedida la libertad condicional. 2. Cuando hubiera sido impuesta una pena de más de cinco años de prisión, o varias penas que excedieran de esa duración, el juez o tribunal acordará la ejecución de todo o parte de la pena, en la medida en que resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito. En estos casos, se sustituirá la ejecución del resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español, cuando el penado cumpla la parte de la pena que se hubiera determinado, acceda al tercer grado o se le conceda la libertad condicional. [...]». Frente a estas posibilidades, el apartado 4 del mismo precepto determina que: «No procederá la sustitución cuando, a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España, la expulsión resulte desproporcionada. La expulsión de un ciudadano de la Unión Europea solamente procederá cuando represente una amenaza

(31) Ofrecen una visión crítica y explicativa del artículo 89 CP tras la LO 1/2015, de 30 de marzo, MENDOZA BUERGO, B., «La determinación de la pena, las instituciones individualizadoras y los sustitutivos de las penas privativas de libertad», epígrafe II, en Lascuraín Sánchez, J. A. (Coord.), *Introducción al Derecho Penal*, 2.ª ed., Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2015, pp. 364-368; MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., «Top manta, ayuda a la inmigración irregular y expulsión de extranjeros: la reforma de los artículos 270 y 274, 311bis, 318bis, 89 y 108 CP», en Álvarez García, F. J.(Dir.), Antón Boix, J. R. (Coord.), *Informe de la Sección de Derechos Humanos del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid sobre los Proyectos de Reforma del Código Penal, Ley de Seguridad Ciudadana y LO del Poder Judicial (Jurisdicción Universal)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 79-97; IGLESIAS RÍO, M. A., «La expulsión de extranjeros», en Quintero Olivares, G. (Dir.), *Comentarios a la reforma de 2015*, Aranzadi, Navarra, 2015, pp. 173-188. Destaca su impacto penitenciario, SOLAR CLAVO, P., «Régimen Penitenciario de Extranjeros: Soluciones que no llegan», *Legal Today*, 27.08.15. De forma extensa, incidiendo en la antinomia normativa que sufren los extranjeros en prisión, *El sistema penitenciario en la encrucijada: Estado actual y propuestas de futuro tras las últimas reformas penales. Por un papel activo de los Juristas de II. PP.*, BOE, 2019, pp. 405 ss.

grave para el orden público o la seguridad pública en atención a la naturaleza, circunstancias y gravedad del delito cometido, sus antecedentes y circunstancias personales. Si hubiera residido en España durante los diez años anteriores procederá la expulsión cuando, además: a) Hubiera sido condenado por uno o más delitos contra la vida, libertad, integridad física y libertad e indemnidad sexuales castigados con pena máxima de prisión de más de cinco años y se aprecie fundamentalmente un riesgo grave de que pueda cometer delitos de la misma naturaleza. b) Hubiera sido condenado por uno o más delitos de terrorismo u otros delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal. En estos supuestos será en todo caso de aplicación lo dispuesto en el apartado 2 de este artículo». Finalmente, de manera similar al artículo 57 LOEx, el apartado 9 contempla que: «No serán sustituidas las penas que se hubieran impuesto por la comisión de los delitos a que se refieren los artículos 177 bis, 312, 313 y 318 bis»(32). Por tanto, y a pesar de que se desestimó la expulsión penal, lo cierto es que la normativa permite la expulsión administrativa tras el cumplimiento de la totalidad de la condena. Lo que sin duda hace la medida más desproporcionada. Con lo anterior, no decimos que todos los casos en que no se aplique el artículo 89 CP tengan necesariamente que derivar en la no aplicación del artículo 57.2 LOEx. Gracias también a la configuración del artículo 57.2 LOEx como mera medida restrictiva de derechos, puede entenderse que los mecanismos de aplicación de uno u otro tipo de expulsión, al menos teóricamente, son

(32) El precepto añadido recoge el delito de trata de seres humanos, introducido en el CP por LO 5/2010, de 22 de junio y modificado por última vez por LO 13/2022, de 20 de diciembre. En lo básico: «1. Será castigado con la pena de cinco a ocho años de prisión como reo de trata de seres humanos el que, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima, la captare, transportare, trasladare, acogiére, o recibiere, incluido el intercambio o transferencia de control sobre esas personas, con cualquiera de las finalidades siguientes: a) La imposición de trabajo o de servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre o a la mendicidad. b) La explotación sexual, incluyendo la pornografía. c) La explotación para realizar actividades delictivas. d) La extracción de sus órganos corporales. e) La celebración de matrimonios forzados. Existe una situación de necesidad o vulnerabilidad cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso. Cuando la víctima de trata de seres humanos fuera una persona menor de edad se impondrá, en todo caso, la pena de inhabilitación especial para cualquier profesión, oficio o actividades, sean o no retribuidos, que conlleve contacto regular y directo con personas menores de edad, por un tiempo superior entre seis y veinte años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta [...]».

distintos. Sin embargo, la proximidad de su fundamento –el haber cometido un hecho delictivo– es innegable. Por ello, entendemos que esta contradicción de hecho –acordar una expulsión administrativa derivada de la comisión de un delito, cuando la posible expulsión penal no se tuvo en cuenta–, sí que requiere una argumentación cualificada de la necesidad de esa expulsión penal que no se contempló previamente. Máxime si, como en el supuesto que se analiza, la ejecución de la condena se ha valorado positivamente desde el punto de vista de la reinserción social.

Y es que, en tercer lugar y para estos casos tan paradigmáticos, el mandato constitucional de reinserción del artículo 25.2 CE es del todo obviado. Ni la resolución que se recurre, ni la que se comenta, valoran el factor positivo de haber accedido la interesada a un régimen de semilibertad, con lo que ello significa desde la perspectiva de la evolución tratamental(33). No es de recibo que el devenir de una persona a lo largo del cumplimiento de la condena no se tenga en cuenta a la hora de decidir sobre su estancia en el territorio nacional. Más aún si la decisión sobre la expulsión se basa en la comisión previa de un delito. De este modo, se obvia toda una realidad de evolución penitenciaria valorada positivamente, justamente en relación a ese hecho causante de la expulsión. Igualmente, incidiendo en el argumento antes expuesto, esta falta de motivación resulta todavía más chocante si tenemos en cuenta que para condenas como las del supuesto de hecho que analizamos y conforme al artículo 89.1 CP, «en todo caso, se sustituirá el resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español cuando aquél acceda al tercer grado o le sea concedida la libertad condicional». Esto es, no habiendo dictado los tribunales penales una expulsión penal a la que normativamente están obligados, ésta se dicte en la vía administrativa sin aportar argumentación cualificada y suficiente al respecto.

V. PROPUESTA NORMATIVA

Como hemos expuesto, el régimen jurídico de los extranjeros en prisión se complica en tanto se trata de un colectivo sobre el que

(33) Para el artículo 65.2 LOGP: «La progresión en el tratamiento dependerá de la modificación de aquellos sectores o rasgos de la personalidad directamente relacionados con la actividad delictiva; se manifestará en la conducta global del interno y entrañará un acrecentamiento de la confianza depositada en el mismo y la atribución de responsabilidades, cada vez más importantes, que implicarán una mayor libertad».

recaen dos cuerpos normativos con finalidades diferentes(34). De un lado, la LOEx, que se dedica principalmente a determinar el régimen de su regularización y, de no alcanzarse ésta, su inevitable expulsión. De otro, la LOGP que tiene como finalidad principal la reinserción de todos los condenados en los términos del artículo 25.2 CE, sean estos nacionales o extranjeros. Así, mientras que la LOE, sobre las premisas establecidas por el TC(35), escoge el concepto de regularización como eje básico en la asignación de derechos a los extranjeros, la norma penitenciaria, además de proveerlos de derechos específicos(36), proclama en su artículo 3 el principio de igualdad sin reservas en cuanto a la asignación y disfrute de los derechos que contempla(37). El conflicto normativo se agrava si tenemos en cuenta

(34) Destaca esta contradicción, GARCÍA GARCÍA, J., «Extranjeros en prisión: aspectos normativos y de intervención penitenciaria», *17 Encuentro Abogacía en Derecho de Extranjería y Asilo*, Pamplona 17 a 19 de mayo 2007, pp. 3-4. Por su parte, resume los motivos de lo que denomina «intersección entre el derecho penal y el administrativo» y, por ende, el derecho administrativo y el penitenciario, LARRAURI PIJUAN, E., «Antecedentes penales y expulsión de personas inmigrantes», *Indret*, n. 2, 2016, p. 5, incluyendo entre ellos no sólo los diferentes tipos de expulsión penal y administrativa que se abordan en estas páginas, sino también la conversión de sanciones administrativas en condenas y la mayor criminalización de conductas ligadas a la inmigración.

(35) El TC, en interpretación del artículo 13 CE diferencia los derechos que por desprenderse de la dignidad humana siempre pertenecen a los extranjeros como el derecho a la vida, integridad física y moral, libertad de ideología y religión, o derecho a la tutela judicial efectiva; aquellos que nunca les pertenecerán como el derecho a participar en asuntos públicos del artículo 23 CE; y aquellos otros que les pertenecerán o no según lo que establezcan las leyes y tratados, siendo estos últimos los de libertad personal, educación, asistencia sanitaria, trabajo, reunión, asociación, sindicación. La LOE es la que ha venido a establecer la manera en la que los extranjeros pueden acceder a la titularidad de estos últimos derechos, escogiendo como criterio su situación de regulares o no. Destacan entre otras, las SSTC 107/84, 99/85, 130/95, 95/2000, 95/2003. Analizan la cuestión, TAJADURA TEJADA, J., «Los Derechos y Libertades de los Extranjeros en el Ordenamiento Constitucional Español», *Anuario da Facultade de Dereito*, marzo 2014, pp. 876-885; RÍOS MARTÍN, J. C., ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, X., PASCUAL RODRÍGUEZ, E., *Manual de ejecución penitenciaria. Defenderse en la cárcel*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2016, pp. 812-813.

(36) Especialmente, el artículo 15.5 RP sobre el derecho de los extranjeros a comunicar su ingreso en prisión a las autoridades diplomáticas y consulares, el artículo 41.7 RP sobre el derecho a que sus comunicaciones se organicen en igualdad con las de los internos nacionales, el artículo 49.3 RP del derecho a comunicar con las autoridades diplomáticas y consulares en locales adecuados, y los apartados 2 a 5 del artículo 52 RP sobre el especial derecho a información de los internos extranjeros.

(37) FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., NISTAL BURÓN, J., *Derecho Penitenciario*, 3.^a ed., Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2016, pp. 929-930; ANDRÉS LASO, A., 2016, p. 401, quienes se remiten al artículo 3 LOGP que proclama que: «La actividad penitenciaria se ejercerá respetando, en todo caso, la personalidad humana de los

que, como hemos visto, lo que es presupuesto de hecho para la aplicación de la LOGP, la entrada en prisión por comisión de un delito, también lo es para la aplicación del régimen de expulsión de la LOE y el consiguiente decaimiento del título habilitante para ser portador de derechos conforme a la normativa de extranjería. Para el caso de los extranjeros que hayan cometido un delito, la LOE establece en su artículo 57.2 LOEx, y a pesar de lo que interesadamente se pueda transmitir a la opinión pública, un régimen de expulsión administrativa severo y prácticamente inevitable.

Como propuesta de conciliación normativa, se exponen dos ideas. La primera, que la jurisprudencia desarrolle y aplique el principio de proporcionalidad del modo que lo ha hecho con carácter general, también para quienes habiendo cometido un delito y tras el cumplimiento total de la condena se encuentran en situación de irregularidad. La segunda, que en ese viaje interpretativo se tenga en cuenta la evolución de estas personas durante el tiempo pasado en prisión. De modo que la concurrencia de un pronóstico de tratamiento favorable sea motivo, si no cualificado, sí al menos valorado para favorecer su regularización. Nos referimos al pronóstico del artículo 67 LOGP cuando dice que: «Concluido el tratamiento o próxima la libertad del interno, se emitirá un informe pronóstico final, en el que se manifestarán los resultados conseguidos por el tratamiento y un juicio de probabilidad sobre el comportamiento futuro del sujeto en libertad, que, en su caso, se tendrá en cuenta en el expediente para la concesión de la libertad condicional», pero también a las decisiones administrativas y judiciales previas que reconocen y consolidan una evolución tratamental (acceso a permisos y régimen abierto). No tiene sentido alguno que una parte de la administración apueste por la reinserción de una persona y, al mismo tiempo, y por el mismo hecho causal por el que interviene la anterior, otra administración trabaje por su expulsión del territorio.

Desde una perspectiva más general, resulta curiosa la relación normativa de los extranjeros con nuestro derecho penal. De un lado, tenemos delitos que específicamente tratan de protegerles(38). De otro, sin embargo, por el mismo hecho de haber sido condenados, les dejamos en un callejón sin salida, en términos de regularización, después

recluidos 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».

(38) Entre otros, los mismos artículos 177 bis, 312, 313 y 318 bis CP que hemos venido destacando.

de haber cumplido la condena. La doctrina viene señalando que «considerando estas diferentes perspectivas es preciso aclarar si el criterio de la vulnerabilidad en el sistema penal funciona siempre adecuadamente como elemento antidiscriminatorio en todos los casos en los que se prevé una ampliación de la respuesta penal con base en el mismo, teniendo en cuenta el dato criminológico objetivo del incremento del riesgo de sufrir un daño mayor en sus bienes jurídicos penales para ciertos sujetos por sus circunstancias o condiciones personales, grupales, sociales o contextuales y/o las menores posibilidades de defender sus derechos en el proceso penal; o si en determinados casos, su uso aunque intencionadamente protector termina siendo un elemento de discriminación y desigualdad para los sujetos individualmente considerados»(39). Esto es, lo que en un principio se regula como elemento normativo protector –en nuestro caso, el hecho de la nacionalidad–, acaba suponiendo un plus de control y, por tanto, discriminación, de quienes se ven incluidos en el grupo seleccionado. Por ello, aplicando el necesario principio de individualización, entendemos que la pertenencia a un colectivo o grupo estructuralmente discriminado no es un motivo suficiente para apreciar de forma general que en todo caso concurre dicha discriminación (ni siquiera para la minoría de edad o la discapacidad lo serían)(40). Pero por ello mismo y de igual modo, sólo una apreciación individualizada de la situación de cada persona deriva en una aplicación de la normativa específica que no resulte perjudicial e indeseablemente discriminatoria.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ANDRÉS LASO, A., *Nos hará reconocernos. La Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria: origen, evolución y futuro*, Premio Nacional Victoria Kent 2015, Ministerio del Interior, Madrid, 2016.

BENÍTEZ YÉBENES, J. R., *El procedimiento de actuación ante los órganos de la Jurisdicción de Vigilancia Penitenciaria. (Hacia un Derecho Procesal Penitenciario)*, Dykinson, Madrid, 2017.

(39) GONZÁLEZ AGUDELO, G., «Debates transversales de la parte especial centrados en los grupos y los sujetos vulnerables», en Ruiz Rodríguez, L. R. (Dir.), Miró Linares, F., Pérez Machío, A. I., González Agudelo, G. (Coords.), *Manual de Política Criminal*, Atelier, 2022, p. , 198. Igualmente, Díez Ripollés, J. L., «Los colectivos identitarios y la tutela penal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2024, núm. 26-01.

(40) GONZÁLEZ AGUDELO, G., «Debates transversales de la parte especial centrados en los grupos y los sujetos vulnerables», en RUIZ RODRÍGUEZ, L. R. et al., 2022, p. , 199.

- CERVELLÓ DONDERIS, V., *Derecho Penitenciario*, 5.ª ed., Tirant lo Blanc, 2022.
- DE LA PEÑA PITA, F., «El Tribunal Constitucional y la tutela de los derechos de los extranjeros en los expedientes de expulsión por estancia irregular», *Actualidad Administrativa*, n. 2, Febrero de 2024.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Los colectivos identitarios y la tutela penal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2024, núm. 26-01.
- FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., NISTAL BURÓN, J., *Derecho Penitenciario*, 3.ª ed., Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2016.
- GARCÍA GARCÍA, J., «Extranjeros en prisión: aspectos normativos y de intervención penitenciaria», *17 Encuentro Abogacía en Derecho de Extranjería y Asilo*, Pamplona 17 a 19 de mayo 2007.
- GONZÁLEZ AGUDELO, G., «Debates transversales de la parte especial centrados en los grupos y los sujetos vulnerables», en Ruiz Rodríguez, L. R. (Dir.), Miró Linares, F., Pérez Machío, A. I., González Agudelo, G. (Coords.), *Manual de Política Criminal*, Atelier, 2022.
- GRACIA MARTÍN, L., ALASTUEY DOBÓN, C., «Suspensión de la ejecución, sustitución de las penas privativas de libertad y libertad condicional», en Gracia Martín, L. (Coord.), *Lecciones de Consecuencias jurídicas del delito*, 5.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- IGLESIAS RÍO, M. A., «La expulsión de extranjeros», en Quintero Olivares, G. (Dir.), *Comentarios a la reforma de 2015*, Aranzadi, Navarra, 2015.
- LARRAURI PIJOAN, E., «Antecedentes penales y expulsión de personas inmigrantes», *Indret*, n. 2, 2016.
- LEGANÉS GÓME, S., «La expulsión de los penados en el Código Penal de 2015», *Diario La Ley*, n. 8579, Sección Doctrina, 2015.
- MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5.ª ed., Aranzadi, Navarra, 2011.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., «Top manta, ayuda a la inmigración irregular y expulsión de extranjeros: la reforma de los artículos 270 y 274, 311bis, 318bis, 89 y 108 CP», en Álvarez García, F. J. (Dir.), Antón Boix, J. R. (Coord.), *Informe de la Sección de Derechos Humanos del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid sobre los Proyectos de Reforma del Código Penal, Ley de Seguridad Ciudadana y LO del Poder Judicial (Jurisdicción Universal)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- MARTÍNEZ MÚÑOZ, C. J., *Aproximación crítica a la expulsión de extranjeros. El derecho penal como herramienta de la política migratoria*, Aranzadi, 2023.
- MENDOZA BUERGO, B., «La determinación de la pena, las instituciones individualizadoras y los sustitutivos de las penas privativas de libertad», epígrafe II, en
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. (Coord.), *Introducción al Derecho Penal*, 2.ª ed., Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2015.
- PALOMAR OLMEDA, A., «Las precisiones de la extranjería y la expulsión en la STS de 13 de diciembre de 2023», *Diario la Ley*, n. 10430, Enero de 2024.

- RÍOS MARTÍN, J. C., ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, X., PASCUAL RODRÍGUEZ, E., *Manual de ejecución penitenciaria. Defenderse en la cárcel*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2016.
- SOLAR CLAVO, P., *El sistema penitenciario en la encrucijada: Estado actual y propuestas de futuro tras las últimas reformas penales. Por un papel activo de los Juristas de II. PP.*, BOE, 2019.
- «Régimen Penitenciario de Extranjeros: Soluciones que no llegan», *Legal Today*, 27.08.15.
- TAJADURA TEJADA, J., «Los Derechos y Libertades de los Extranjeros en el Ordenamiento Constitucional Español», *Anuario da Facultade de Dereito*, marzo 2014.

El contexto jurídico-penal de los delitos de robo y hurto en España a mediados del Siglo XIX

MIGUEL ÁNGEL GONZÁLEZ GALLEGO

Doctor en Historia y Arqueología. Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN

El presente trabajo gira en torno a las cuestiones jurídico-penales de los delitos de robo y hurto a mediados del siglo XIX. A través de éstos pretendemos exponer de manera pormenorizada la variada casuística que encerraba la legislación penal de la época, así como la severidad del legislador para castigar estas conductas delictivas. Bajo el escenario jurídico del Código penal de 1848, y su posterior reforma de 1850, se plasmará la tipificación de estos tipos penales, sus rasgos más distintivos respecto a la legislación anterior (el Código penal de 1822), sin olvidarnos de incluir algunas de las más valiosas aportaciones formuladas en la época por los conocidos comentaristas del Código, autores como Francisco Pacheco, Tomás María Vizmanos, Cirilo Álvarez o José Castro y Orozco, entre otros, los cuales nos han dejado un gran legado sobre el pensamiento penal de la época.

Palabras clave: robo, hurto, delito, propiedad, pena, presidio, Código penal, 1848.

ABSTRACT

The present work concerns the legal-criminal issues of the crimes of robbery and theft in the mid-19th century. Through these, we intend to expose extensively the varied casuistry contained in the criminal legislation of the time, as well as the severity of the legislator in punishing these criminal behaviours. Under the legal scenario of the Penal Code from 1848, and its subsequent reform from 1850, the classification of these criminal types will be reflected, as well as their most distinctive features according to the previous legislation (the Penal Code from 1822), without forgetting

to include some of the most valuable contributions made at the time by the well-known commentators on the Code, authors such as Francisco Pacheco, Tomás María Vizmanos, Cirilo Álvarez or José Castro y Orozco, among others, who have left us a great legacy on the legal thinking from that period.

Key Words: *robbery, theft, crime, property, punishment, prison, Penal Code, 1848.*

SUMARIO: I. Introducción.–II. Los delitos de robo y hurto.–III. El delito de robo con violencia e intimidación. 1. El tipo básico. 2. El tipo agravado. 3. El robo en cuadrilla.–IV. El delito de robo con fuerza en las cosas. 1. El robo con fuerza en iglesia o lugar habitado. 2. El robo con fuerza en lugar no habitado. 3. La presencia de armas en la ejecución del delito.–V. El delito de hurto. 1. El tipo básico. 2. El tipo agravado. 3. El hurto doméstico.–VI. Conclusión.–VII. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

El apoderarse de lo ajeno ha tentado al ser humano desde tiempos inmemoriales, tal y como nos revelan las diferentes legislaciones acaecidas con el paso del tiempo (antiguo derecho romano, Código de las Siete Partidas, Novísima Recopilación, etc.); sin embargo, la cuantificación de los hechos delictivos de los ladrones no se produce hasta la llegada del siglo decimonónico, momento en el que se aprueban los primeros códigos penales del país y se elaboran registros estadísticos sólidos a través de la Administración de Justicia⁽¹⁾. Cuando pensamos en hurtos y robos nos viene a la mente la necesidad que tuvieron algunas personas para llevar a cabo estos delitos, las cuales tendemos a asociar en muchas ocasiones con la pobreza o falta de recursos. Pero al adentrarnos en estudios locales, como el de Pedro Oliver sobre Navarra, observamos un escenario muy distinto, pudiendo comprobar

(1) Las primeras iniciativas estadísticas surgieron en el país durante el Antiguo Régimen (censo de Aranda, Floridablanca, Godoy...); sin embargo, éstas se produjeron de manera discontinua, convirtiéndose esta materia en una de las necesidades que impulsó el Estado liberal, las cuales dieron su fruto a través de la creación de la Comisión de Estadística general del Reino (1856). PRO, J., *La construcción del Estado en España. Una historia del siglo XIX*, Alianza, Madrid, 2019, pp. 406-432.

como la codicia resultó ser el principal motivo(2). Si avanzamos un paso más y extendemos la mirada hacia el conjunto total del país, comprobamos a través de las fuentes judiciales de mediados del siglo XIX como la miseria representó tan sólo una ínfima parte en las causas impulsivas de esta forma de criminalidad, siendo la codicia la más extendida de todas ellas(3).

Dentro del contexto español, la continua práctica delictiva de este tipo de delinquentes condujo a dirigir la legislación penal hacia severas condenas, ideando los gobernantes nuevos castigos con el paso del tiempo(4). Pero la variada penalidad aplicada en los delitos de hurto y robo(5) no evitó su disminución con el paso del tiempo, mucho menos aún su erradicación, viéndose aumentados durante la primera mitad del siglo XIX. Destacaron sobre el conjunto de los delitos, como señaló Rodríguez Devesa, por su «triste supremacía»(6). Destacados liberales como Donoso Cortés o Pacheco, entre otros, apostaron por una elaboración jurídica que permitiera la construcción de un Estado de nueva planta(7), donde la propiedad, como con gran vehemencia defendió Alcalá Galiano, simbolizara un pilar fundamental(8). La mala situación económica que arrastraba el país durante décadas, se vio acompañada durante este tiempo por la ines-

(2) OLIVER OLMO, P., *Cárcel y sociedad represora: la criminalización del desorden en Navarra (siglos XVI-XIX)*, Servicio Editorial Universidad del País Vasco, Bilbao, 2001, pp. 260-261.

(3) *Estadística de la Administración de Justicia en lo Criminal, en la Península e islas adyacentes*, Imprenta Nacional, Madrid, 1859-1862.

(4) Entre otros muchos castigos impuestos, podemos citar el referido a las minas de Almadén, donde brillantemente en un reciente artículo del profesor Esteban Mestre, se detalla el análisis que realizó Rafael Salillas en el siglo XIX, apuntando que la mayor parte de los penados en Almadén habían sido condenados por la comisión de delitos de robo y hurto. MESTRE DELGADO, E., «Utilización de penados en los trabajos de laboreo de las minas de Almadén. Otra contribución de Salillas a la historia penitenciaria», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. Extra 4, 2023, p. 42. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8998446>

(5) Una buena aproximación histórica para la diferenciación entre ambos delitos desde el derecho Romano hasta la Novísima Recopilación, puede consultarse en: RODRÍGUEZ MOURULLO, G., «La distinción hurto-robo en el derecho histórico español», en *Anuario de historia del derecho español*, núm. 32, 1962, pp. 25-112.

(6) RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., «Consideraciones generales sobre los delitos contra la propiedad», en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, t. 13, 1960, p. 40.

(7) AURELL, J., «El Estado liberal español», en *Historia Contemporánea de España*, vol. I, Ariel, Madrid, 2004, p. 144.

(8) SÁNCHEZ GARCÍA, R., «Alcalá Galiano y el partido moderado», en *Historia y política: Ideas, procesos y movimientos sociales* núm. 8, 2002, pp. 256-257. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=294375> Para conocer la figura de Alcalá Galiano a través de la edificación liberal en España, véase SÁNCHEZ

tabilidad política. El pueblo español estaba cansado de soportar continuas revueltas, deseando a toda costa un período de calma y asentamiento. Estas ideas quedaron perfectamente reflejadas en el discurso de Isabel II ante las Cortes el 10 de mayo de 1844: «los españoles están cansados de alternativas y trastornos, desean, con ansia disfrutar de tranquilidad y sosiego bajo el imperio de las leyes y a la sombra tutelar de la Corona»(9).

Durante los debates en el Congreso sobre el Código penal, el ministro de Gracia y Justicia Lorenzo Arrazola quiso recordar igualmente los vaivenes que había sufrido el país durante medio siglo: «llevamos cincuenta años de guerra y trastornos... y es una fortuna que no hayan degenerado más nuestras costumbres»(10). La inestabilidad del sistema fue aprovechada durante décadas por ladrones y salteadores de caminos, que actuaban libremente y sin temor en muchas zonas del país, provocando durante décadas una inseguridad constante entre la población. Tras años de guerras, pronunciamientos, fracasos constitucionales y jurídicos, por fin llegaba una era de relativa estabilidad. Fue entonces con la llegada de los moderados al poder cuando los principios defendidos por muchos liberales lograron materializarse, encarnando la propiedad uno de los cimientos del nuevo estado liberal, hecho que puede verse reflejado en la legislación penal de la época (Código penal de 1848(11) y su reforma

GARCÍA, R., *Alcalá Galiano y la construcción del liberalismo en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.

(9) COMELLAS GARCÍA-LLERA, J. L., *Historia de España contemporánea*, Rialp, Madrid, 2002, p. 184.

(10) Diario de Sesiones del Congreso (a partir de ahora, DSC), legislación 1847-48, sesión 10 de marzo de 1848, núm. 79, p. 1729. Disponible en: https://app.congreso.es/est_sesiones/

(11) El consenso entre los mejores penalistas, pasados y presentes, es rotundo en cuanto a la relevancia otorgada al Código penal de 1848 dentro de la codificación penal española, habiendo sido identificado como incuestionable y referente fuente». Cfr. GARCÍA VALDÉS, C., «La Codificación penal y las primeras recopilaciones legislativas», en *Anuario de historia del derecho español*, núm. 82, 2012, p. 51. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4546507> Esta norma ocupa un lugar destacado dentro de la codificación penal española, pues en ella sobresalen su calidad jurídica e influencia en los posteriores códigos penales españoles, incluyendo al actual Código penal vigente en España (1995). Además, debemos resaltar su extensa y duradera proyección, desde la Península Ibérica hasta Iberoamérica y Filipinas, lugares donde rige hasta la actualidad (con mayores o menores modificaciones). BRAVO LIRA, B., «La fortuna del código penal de 1848, historia en cuatro actos y tres continentes: de Mello Freire y Zeiller a Vasconcelos y Seijas Lozano», en *Anuario de historia del derecho español*, núm. 74, 2004, p. 23.

de 1850(12)), a través de la cual detallaremos a continuación las figuras delictivas de los delitos de robo y hurto.

II. LOS DELITOS DE ROBO Y HURTO

En el Código penal de 1848 las figuras delictivas del robo y el hurto se insertaron en el Título XIV, denominado delitos contra la propiedad(13). El bien jurídico protegido era la propiedad, aunque indirectamente también se incluyeron la vida o la integridad física de las personas en los hechos punibles del robo con violencia. El extenso articulado previsto en los delitos contra la propiedad(14), así como su férrea penalidad, principalmente en los referidos a robos y hurtos, reflejan la protección de los intereses de la oligarquía agraria y burguesa en defensa de la propiedad(15). Ciertamente es que se aplicó sobre éstos una mayor severidad respecto a otras infracciones penales; no obstante, conviene señalar que el carácter autoritario del Código no fue un aspecto circunscrito a dichas conductas delictivas, sino extendido a lo largo del mismo. Como excelentemente nos resume en época actual García Valdés(16), «el criterio preventivo-general y aún el viejo espíritu eminentemente retributivo, se imponen claramente en el texto penal sobre la prevención especial que, obstante, no se desecha, sino que se reservará para la incipiente legislación penitenciaria»(17). Se

(12) Desde su aprobación en 1848, el Código penal sufrió varias transformaciones a través de varios Reales Decretos. En 1850 se publicó una edición oficial que recogió todas las reformas acaecidas hasta entonces, incluyendo 57 reglas para la aplicación de las disposiciones del Código.

(13) El Título XIV englobó los siguientes delitos: robos, hurtos, usurpación, defraudaciones, alzamientos, quiebras e insolvencias punibles, estafas y otros engaños, maquinaciones para alterar el precio de las cosas, casas de préstamo sobre prendas, incendios y otros estragos y daños. Todos estos delitos, tal y como nos recuerda Rodríguez Devesa, «se resienten en su ascendencia romana». El hurto tendría su ascendente en el *furtum*, el robo en la rapiña... RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *op. cit.*, p. 39.

(14) Seguido de los delitos contra la seguridad interior del Estado, representó el más extenso del Código (56 artículos).

(15) IÑESTA PASTOR, E., *El Código Penal Español de 1848*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 730-731.

(16) Al adentrarnos en la penología, resulta obligatorio señalar la figura de Carlos García Valdés. Al margen de su excelente trayectoria profesional y académica, no hay parangón con otro autor en el ámbito del Derecho respecto a la extensa aportación que nos ha brindado con sus obras durante décadas en el panorama penitenciario y penal español.

(17) GARCÍA VALDÉS, C., *op. cit.*, p. 53.

ha de subrayar que, a pesar del esfuerzo legislativo realizado, la realidad fue que estos delitos siguieron aumentando con el paso del tiempo, alcanzando sus cotas más altas entre los años 1857 y 1861, período en el que cerca de las dos terceras partes de la población reclusa en España cumplía condena por este motivo(18). Además, la cifra real de delincuentes bajo dichas conductas delictivas tuvo que ser aún mayor, pues como muy oportunamente señaló Martínez Ruiz, se produjeron una gran cantidad de delitos que no pudieron resolverse debido a que sus autores nunca fueron descubiertos(19).

Se estableció una marcada distinción a la hora tipificar las conductas penales que caracterizaba al robo, diferenciándose entre el realizado con violencia o intimidación en las personas, respecto al ejecutado con fuerza en las cosas. Esta división es originaria del legislador del 48, perdurando en los siguientes Códigos penales hasta llegar a la actualidad. En ambos delitos (robo y hurto) el sujeto activo (autor del ilícito penal) podía ser cualquier persona, exceptuando el dueño de la cosa; sin embargo, el sujeto pasivo (víctima) residía sólo en el propietario, dueño del bien o poseedor legítimo. Son delitos dolosos, donde la intención residía en sustraer una cosa mueble con conocimiento de la ajenidad del bien a apropiarse definitivamente, sin autorización o voluntad de su dueño y con ánimo de lucro, cuya intención era incorporar lo sustraído al patrimonio del sujeto activo. Aunque en ambos lo que se penaba era atentar contra la propiedad, la diferencia radicaba en su ejecución; mientras que en el robo debía emplearse violencia o fuerza, y en el hurto estos elementos eran sustituidos por la astucia del delincuente.

III. EL DELITO DE ROBO CON VIOLENCIA E INTIMIDACIÓN

El legislador del 48 no siguió los pasos del Código penal de 1822 para precisar qué se entendía por violencia o intimidación(20). Doc-

(18) GONZÁLEZ GALLEGO, M. A., *El presidio del Canal de Isabel II en el contexto jurídico y penitenciario de la España isabelina*, Tesis doctoral leída en la Universidad Complutense de Madrid el 1 de febrero de 2020.

(19) MARTÍNEZ RUIZ, E., *La delincuencia contemporánea: introducción a la delincuencia isabelina*, Universidad de Granada, 1982, p. 158.

(20) El Código de 1822 concebía como fuerza o violencia en la persona, «los malos tratamientos de obra, las amenazas, la orden de entregar ó manifestar las cosas, la prohibición de resistir ó de oponerse a que se quiten, y cualquiera acto que pueda naturalmente intimidar, ú obligar á la manifestación o entrega. Entiéndase que hace fuerza o violencia á la persona el que roba fingiéndose ministro de justicia ó funcio-

trinalmente para Castro y Orozco apoderarse por la fuerza de algo se manifestaba de la siguiente forma: «...la fuerza ejercida de hecho, las amenazas de cualquier clase, el simple porte de armas, bien de fuego, blancas, palos... la mera superioridad numérica de parte de los bandidos, y aun el mayor valor natural, o sea, la osadía propia aun del menor número de estos últimos, comparada con el aturdimiento y pusilanimidad de las víctimas que cobarde o prudentemente cedieron a sus intimaciones»(21). Se aplicó una especial contundencia en la penalidad de estos ilícitos, al tenerse en cuenta tanto el ataque propio a la propiedad, como la gravedad del atentado que se ejerciera contra las personas, aspecto en el que coincidieron todos los comentaristas del Código(22).

1. El tipo básico

Aunque la violencia o intimidación en las personas era requisito *sine qua non* en esta infracción penal, las circunstancias de su ejecución en este tipo básico podemos considerarlas como leves debido a varios factores. Por un lado, no se tenía en cuenta el escenario del delito, por tanto, éste podía producirse en una zona poblada o des poblada; por otro lado, tampoco se valoraba la concurrencia numérica de los asaltantes, por lo que podía ser ejecutado por una o más personas. La única exigencia era que los ladrones no estuvieran inmersos en alguna de las situaciones que describiremos más adelante en relación a los tipos agravados. Dentro de este contexto, el delincuente que fuera detenido y juzgado por ello era condenado a cadena temporal, una pena que equivalía a estar encerrado en presidio(23) entre 12 y 20 años(24). Pero además el rígido escarmiento impuesto al reo era aún mayor. Junto al elevado número de años que se impusieron en la sen-

nario público de cualquier clase, ó alegando una orden falsa de alguna autoridad». CP de 1822, artículo 725.

(21) CASTRO y OROZCO, J. y ORTIZ DE ZÚÑIGA, M., *Código penal explicado, para la común inteligencia y fácil aplicación de sus disposiciones*, Imprenta de Manuel Sanz, Granada, 1848, t. II, p. 412.

(22) IÑESTA PASTOR, E., *op. cit.*, p. 733.

(23) La pena de presidio obligaba al penado a su encierro dentro de un establecimiento penal a realizar trabajos forzados y durante el tiempo que indicara la condena. *Diccionario de los delitos y de las penas*, Imprenta de Don Baltasar González, Madrid, 1848, p. 212.

(24) Al tener que describirse un gran número de cifras a lo largo del texto en referencias con las penas (de prisión y económicas), hemos obviado las recomendaciones de la RAE, optando por la elección de cifras y no letras para una mejor calidad y concisión.

tencia, se acompañaban penas accesorias. Por un lado, se establecía durante el tiempo de condena la interdicción civil(25); por otro lado, afectaba a los cargos públicos o derechos políticos, para los cuales quedaba inhabilitado de manera perpetua. Incluso después de terminar la condena aún no gozaba de los mismos derechos que el resto de personas, al estar sujeto a la vigilancia de la autoridad, lo que implicaba la obligación de fijar su domicilio dando conocimiento a la misma y a adoptar un oficio si no tuviera medios de subsistencia(26).

Una parte considerable de la población presidiaria del país se vio afectada por esta drástica punibilidad. Entre los diferentes establecimientos penitenciarios existentes, cabe destacar el presidio del Canal de Isabel II, lugar donde muchos de sus reclusos habían sido condenados a cadena temporal(27). Sufrir este riguroso tormento implicaba llevar a cabo penosos trabajos en beneficio del Estado(28), pero éstos resultaban aún peor debido a la forma en la que tenían que realizarse, pues el preso debía soportar el lastre de una cadena al pie, enganchada a su cintura o al pie de otro presidiario(29). Sin lugar a dudas representó una punición excesiva, superando incluso a la de otros ilícitos del Código penal en su tipo básico(30). Sirva como ejemplo los refe-

(25) La interdicción civil se imponía como una pena accesoria a otras penas principales graves, como lo era la cadena temporal. De esta manera el confinado quedaba privado de una serie de derechos civiles que no podía ejercer y que estaban representados por la patria potestad, la autoridad marital y la administración de sus bienes, así como el derecho de disponer de los mismos por actos inter-vivos. CP de 1848, artículo 41.

(26) *Ibid.*, artículo 42.

(27) El presidio del Canal de Isabel II fue el establecimiento de todo el país que mayor número de reos albergó con penas de cadena temporal (un promedio de 332 reos para el período 1857-1861), superando incluso a otros centros que presentaban una mayor cifra de reclusos en su conjunto, como el presidio de Cartagena. La explicación a este hecho lo encontramos en las obras de abastecimiento de agua a Madrid, para cuyos trabajos era necesario construir la presa del Pontón de la Oliva (en el término municipal de Patones, Madrid). Para levantar esta enorme obra hidráulica, sin parangón en España en aquella época, se precisaba de un gran número de años de trabajo, motivo por el que se decidió enviar a dicho lugar a aquellos penados cuyas condenas fueran más extensas, lo que aseguraría la continuidad de los trabajos por muchos de los mismos hombres. GONZÁLEZ GALLEGO, M. A., *El presidio del Canal de Isabel II (1851-1867)*, Círculo Rojo, Madrid, 2022, p. 346.

(28) Los presidiarios condenados a la pena de cadena temporal fueron empleados por el Estado en trabajos de obras públicas de diferente índole: construcción de carreteras, caminos, canales, presas, puertos, etc.

(29) CP de 1848, artículo 9.

(30) A pesar de la importancia que representaban en la época las conductas delictivas contra la religión, la paz o la independencia del Estado, fueron sin embargo castigadas con menor dureza.

ridos a la inobservancia de los preceptos religiosos(31) o la tentativa para pasar a un país enemigo cuando lo hubiera prohibido el gobierno(32); ambos hechos eran castigados con prisión correccional, cuya pena máxima podía alcanzar los 3 años de condena, es decir, una abultada diferencia de 17 años respecto al grado máximo que suponía la cadena temporal en los casos de robo con violencia(33). Incluso los tipos agravados de los delitos que atentaran contra la libertad y la seguridad, así como aquellos que encerraran o detuvieran ilegalmente a otra persona privándole de su libertad(34), no alcanzaban a superarlos, siendo sancionados con prisión mayor, pena máxima que podía alcanzar los 12 años, esto es, una diferencia de 8 años respecto al *maximum* del robo con violencia.

Esta situación varió con la reforma de 1850, al introducirse un nuevo factor en la valoración de la pena, diferenciándose si hubiera existido o no gravedad en la violencia o intimidación ejercida(35); de haberse producido, se reducía a presidio mayor(36). De este modo, el *minimum* pasó a ser de 7 años(37) y el *maximum* a 12 años, es decir, se produjo una reducción de 5 y 8 años respecto a la legislado en el texto de 1848. Indudablemente constituyó una modificación relevante, debido al menor tiempo de privación de libertad del reo. Pero esto sólo sería posible si el juez o tribunal apreciara la existencia o no de la gravedad señalada; en caso de no observarla, el castigo seguiría por el mismo que el fijado en el Código del 48, la pena de cadena temporal(38).

(31) *Código Penal de 1848*, artículo 130 (en adelante, CP).

(32) *Ibid.*, artículo 153.

(33) La cadena temporal (al igual que todas las penas divisibles) comprendía tres grados: mínimo (12-14 años), medio (15-17 años) y máximo (18-20 años).

(34) *Ibid.*, artículo 395. Este delito quedaba reducido a prisión correccional en su tipo básico, produciéndose cuando el autor de los hechos pusiera a su víctima en libertad dentro de los 3 días siguientes a su detención sin logrado el objeto que se propusiera.

(35) CP de 1850, artículo 427.

(36) Un tipo de pena que abarcaba de los 7 a los 12 años en presidio. Su cumplimiento debía llevarse a cabo en la Península e islas Baleares o Canarias. CP de 1848, artículo 104.

(37) Es posible apuntar en esta reforma un cierto paralelismo con el Código penal de 1822, al fijar ambos textos la pena inferior en su grado mínimo de 7 años. El Código de 1822 tipificó el grado mínimo cuando el robo no se hubiera producido en camino público fuera poblado, ni en casa o edificio habitado, pero en este caso la condena estaba dirigida al trabajo de obras públicas. CP de 1822, artículo 728. Disponible en: <https://bvpb.mcu.es/es/consulta/registro.cmd?id=403657>

(38) Ejemplo de esta situación, entre los muchos casos existentes, fue el del presidiario José Fernández Madroño, condenado a 18 años por este delito al demostrarse la gravedad en los hechos. Cumplió su condena en el presidio del Canal de

A pesar de la novedad de esta reforma, creemos que resultó insuficiente, pues siguió sin legislarse un tipo atenuado. No se tuvo en cuenta el valor de lo sustraído, el número de intervinientes y el escenario del delito. Debido a ello, el referido *minimum* de 7 años, podía ser aplicado tanto para el ratero que sustraía a una persona un objeto de escaso valor en una zona de pública concurrencia, como para el numeroso grupo de ladrones que acometieran en despoblado a varias personas despojándolas de todos sus bienes. Por otro lado, no logró alterar el lugar de reclusión impuesto a los penados, y éstos siguieron siendo enviados a los arsenales de marina u obras de fortificación, caminos y canales(39), a la vez que siguió sin valorarse establecimientos concretos para cada tipo de pena, tal y como regulaba la legislación(40).

2. El tipo agravado

Si la disciplina punitiva del legislador en el tipo básico ya era muy rigurosa, no es de extrañar la especial severidad que encontramos inmersa en el Código en sus tipos agravados(41), donde se atendía al resultado lesivo producido y a la forma de ejecución(42). En este caso el legislador desestimó mitigar la pena como hizo para el tipo básico. Si al cometerse el robo la víctima sufría alguna de las conductas lesivas de homicidio(43), violación o mutilación(44), el delincuente

Isabel II. Archivo General de la Guardia Civil, *Boletín Oficial de la Guardia Civil* núm. 21, 1 de enero de 1859, p. 6533.

(39) La pena se extendía tanto a la Península como a las islas adyacente. CP de 1848, artículo 95.

(40) El Estado liberal aspiraba a que cada tipo de pena se cumpliera en un centro diferente, motivo por el que el legislador del 48 estableció un gran número de penas diferentes. Pero la arquitectura penitenciaria no se había desarrollado para llevar a efecto este modelo, careciendo el país de establecimientos especiales que pusieran en práctica lo legislado. Debido a ello, el pequeño ratero, el ladrón profesional, así como el asesino, aunque hubieran sido condenados a penas diferentes, las cumplieron igualmente en un presidio de idénticas características. La mezcla de unos presidiarios con otros, sin tener en cuenta la naturaleza de los delitos cometidos, constituyó uno de los males que sufrió durante muchos años el sistema penitenciario español.

(41) Entiéndase cómo tipo agravado o *cualificado* a aquel que por estar rodeado de circunstancias especialmente graves era castigado con mayor dureza respecto al tipo básico del mismo delito.

(42) A continuación, detallamos dos de los cuatro tipos agravados recogidos en el artículo 415 del Código penal de 1848. Los dos últimos serán descritos en las páginas siguientes al abordar el robo en cuadrilla, al que consideramos una modalidad cualificada muy específica dentro de los tipos agravados que conviene se explicada de manera separada para su mejor comprensión.

(43) Era necesario que ese estableciera una relación entre ambas conductas.

(44) Tenía que ser causada de propósito.

sufriría el peor de los castigos, no solamente para los comprendidos dentro de los delitos de robo, sino también para todos aquellos relacionados contra la propiedad: cadena perpetua a muerte⁽⁴⁵⁾ (constituían las dos peores sanciones dentro del marco de las penas aflictivas)⁽⁴⁶⁾. En este sentido, el legislador del 48 reflejó una dureza superior que la contemplada en el Código de 1822, donde el máximo castigo a aplicar era el de trabajos perpetuos, descartándose la pena capital. La irrupción del pensamiento ilustrado supuso una nueva forma de entender la pena, promoviéndose cierta humanización, que en el caso de España logró la eliminación de la horca. Sin embargo, la cultura punitiva a la que se aspiraba tardaría todavía años en llegar. Es por ello, que no dejó de sucederse la más drástica de las sanciones punitivas, la pena de muerte, lo que demuestra la relevancia que otorgó el Estado liberal a la propiedad.

Se trataba de un tipo penal indefinido, pues no se incluyó una graduación de la violencia o intimidación producida en el delito, por ende, la pena impuesta era imperfecta, al no tenerse en cuenta la gravedad del suceso. El legislador únicamente se limitó a señalar el resultado producido por la misma, sin distinguir igualmente el grado de culpabilidad de cada uno de los sujetos implicados, quedando todo ello reducido a la subjetividad de los jueces. Esta situación podía implicar que un delincuente tuviera que asumir una pena mayor por los actos que hubiera llevado a cabo su compañero durante la acción ilícita. Si dos ladrones hubieran acordado cometer un robo con violencia y sin muerte en la víctima, pero durante el transcurso de los hechos uno de ellos actuara de manera unilateral cometiendo finalmente homicidio sobre ella, ambos resultaban igual de culpables, ya que como hemos apuntado, la norma reguló únicamente el resultado ocasionado, situación que así fue entendida por ilustres abogados, como Alejandro de Bacardí⁽⁴⁷⁾.

(45) Id.

(46) Las penas aflictivas eran las de mayor severidad y duración que albergaba el Código, las cuales estaban reservadas para los delitos calificados como graves. ELÍAS, J. A., *Aplicación práctica del Código penal de España*, Imprenta de Ramón Martínez Indar, Barcelona, 1848, p. 28. Disponible en: <https://idus.us.es/handle/11441/113123>

(47) BACARDÍ, A. DE y SARDÁ, J., *Código Penal de España, enmendado con arreglo a los Reales decretos de 21 y 22 de septiembre de 1848 y comentado por D. J. S. y D. A. de B., abogados de los tribunales del reino y del ilustre colegio de esta ciudad*, Imprenta de Don Ramón Martín Indar, Barcelona, 1848, p. 176. Alejandro de Bacardí fue abogado de los Tribunales del Reino y ejerció toda su vida en representación del Colegio de Barcelona. Fue autor de varias obras de legislación mercantil y militar, pionero en España en ese sentido. Disponible en: <https://www.bvfe.es/es/autor/9266-bacardi-y-janer-alejandro-de.html>

La pena de cadena perpetua se estableció igualmente para el delito de robo con violencia. Si bien la diferencia entre ésta y la prevista para el tipo básico (cadena temporal) radicaba en su duración (una perpetua y la otra temporal), no debemos dejarnos engañar respecto a la dureza a la que se sometían los presidiarios, puesto que la penalidad tenía los mismos efectos en ambas. El mal causado por el ladrón era directamente proporcional al castigo recibido, distinguiéndose dichas penas (después de la muerte) por ser las más inhumanas que regía la legislación penal.

Para los comentaristas del Código como Álvarez y Vizmanos esta sanción se encontraba dentro de la normalidad(48). Pacheco la consideró necesaria para aquellos delincuentes que habían «envilecido su espíritu en el fango del crimen»(49), a la vez que restó la importancia respecto a su dureza, justificando que ésta era mucho menor que la de otros Códigos europeos, como el austriaco: «Aquí no se preceptúa que la cama sea sólo un tablón, que no se pueda suministrar nunca carne a los rematados, ni que sólo se les dé de comer una vez en dos días. Tampoco se habla aquí de ayuno agravante, después de esa singular parsimonia; ni se añade, por último, el accesorio, de los azotes ni la incomunicación absoluta. Lo que prescribe nuestro Código no es más que lo admitido en todos los pueblos civilizados. No hay en él refinamiento, ni de horrores ni de crueldades»(50).

3. El robo en cuadrilla

Mientras que en el Código de 1822 la cuadrilla de malhechores se reguló como un delito autónomo(51), en el texto del 48 se tipificó como una circunstancia agravante del delito de robo, siendo penada de la misma manera que los casos indicados(52), esto es, mediante cadena perpetua a muerte(53). Lo que se perseguía, como bien apunta Guillot Aliaga, «era castigar la finalidad de la organización, que era la

(48) VIZMANOS, T. M. y ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C., *Comentarios al nuevo Código Penal*, t. I, Establecimiento tipográfico de J. González y A. Vicente, Madrid, 1848, p. 351. Disponible en: <https://bdh-rd.bne.es/viewer.vm?id=0000014217&page=1>

(49) PACHECO, J. F., *El Código Penal comentado y concordado*, t. I, Imprenta y fundición de Manuel Tello, Madrid, 1881, p. 462.

(50) Id.

(51) CP de 1822, artículo 338.

(52) CP de 1848, artículo 415.3.

(53) CP de 1848, artículo 415.4. La aplicación de una u otra de las penas citadas dependía de la existencia o no de circunstancias agravantes o atenuantes.

de cometer un delito contra las personas o contra las propiedades»(54). Entre medias de ambos Códigos se abrió en el país una nueva etapa política. La vuelta del absolutismo se tradujo en la derogación penal creada por los liberales y en la inmediata reincorporación de la legislación criminal que regía anteriormente(55), situación que permaneció vigente hasta la aprobación del Código de 1848. Con el nuevo texto penal se exigía que el delito de robo en cuadrilla fuera ejecutado por más de tres malhechores(56), manteniéndose de este modo la

(54) GUILLOT ALIAGA, D., «Los delitos de robo y hurto en la codificación penal española del siglo XIX», en *Tradición e influencias extranjeras en la codificación penal española: parte especial*, Navarra, Aranzadi, 2020, p. 967.

(55) La legislación criminal aplicada fue la relacionada con las fuentes del derecho del Antiguo Régimen, esto es, la Novísima Recopilación y supletoriamente el código de las Siete Partidas y en general todo el derecho promulgado con anterioridad al año 1808, supeditado al orden de prelación vigente desde el Ordenamiento de Alcalá de 1348. Para conocer la legislación penal vigente en España entre 1822 y 1848, véase, BARÓ PAZOS, J., «El derecho penal español en el vacío entre dos códigos (1822-1848)», en *Anuario de historia del derecho español*, núm. 83, 2013, pp. 105-138. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4546944> En el transcurso de ambos Códigos penales el delito de robo con violencia en despoblado y en cuadrilla varió drásticamente. La Real Orden de 31 de marzo de 1831 vino a determinar la forma de proceder contra bandidos y salteadores reunidos en cuadrilla. Según esta disposición, para evitar que se despojara «de los bienes y de la vida al indefenso viajero y trajinante, y a los pacíficos habitantes de las alquerías y pueblos de corto vecindario», se ordenó la publicación de las normas que comprendían la Novísima Recopilación para estos hechos. Esto significó retrotraerse penalmente a una legislación que había sido aprobada hacía casi dos siglos por Felipe IV. Pragmática de 15 de junio y 6 de julio de 1663, *Novísima Recopilación*, lib. 12, tít. XVII, ley 1.^a, BOE, Madrid, 1993. Disponible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/publicacion.php?id=PUBLH-1993-63 El citado título se dedicó de manera exclusiva contra bandidos, salteadores de caminos y facinerosos. En caso de que fueran capturados por miembros del ejército se les debía juzgar militarmente por el consejo de guerra; la jurisdicción ordinaria solo se aplicaba si en la detención hubieran intervenido las autoridades civiles. *Ibid.*, ley 8.^a Esta situación condujo nuevamente a la implantación de los castigos más bárbaros desarrollados durante el Antiguo Régimen. Si los delincuentes de estos delitos eran llamados por la justicia y hacían caso omiso de los pregones y avisos que les realizaban, se les declaraba rebeldes, contumaces y bandidos públicos, otorgándose desde ese momento a cualquier persona que actuara contra ellos un amparo jurídico total, pudiendo libremente ofenderlos, capturarlos o incluso matarlos sin incurrir en pena alguna. En caso de ser encontrados les esperaba la pena capital, pudiendo ser arrastrados, ahorcados y descuartizarlos, exponiendo las diferentes partes de su cuerpo por los caminos y lugares donde hubieren delinuido. De esta manera tan extrema la justicia punitiva más cruel de tiempos pasados volvió a instaurarse entre la sociedad. Sirva como ejemplo el caso del bandolero sevillano Juan Rodríguez, alias el Dragón, que fue condenado por la comisión militar a la pena de muerte en garrote vil el 18 de mayo de 1832 por el delito de robo en cuadrilla y despoblado. *Gaceta de Madrid*, núm. 78, 30 de junio de 1832.

(56) CP de 1848, artículo 415.4.

línea seguida por el Código de 1822, que exigía cuatro individuos o más para formar la misma(57). Donde sí observamos diferenciación es en la menor rigurosidad mostrada por parte del legislador del 48, al no distinguir un menor o mayor castigo en función del número de miembros intervinientes en el ilícito(58). Esta forma delictuosa requería indefectiblemente que la víctima hubiera resultado perjudicada de alguna de las siguientes maneras:

- lesiones que le hubieran provocado demencia, inutilidad para el trabajo, impotencia, impedimento de algún miembro o considerable deformidad del mismo, o
- haber sido retenida bajo rescate o por más de un día(59) (esta situación fue apreciada por Castro y Orozco como «un tormento mortal para los robados, y un acto de bárbara atrocidad de parte de los ladrones»)(60).

Por tanto, para situarnos jurídicamente dentro de este tipo penal agravado eran necesarias que estuvieran presentes tres circunstancias:

- 1) Despoblado.
- 2) Cuadrilla.
- 3) Un tipo de lesiones que provocaran un resultado lesivo específico (apuntadas anteriormente) o rescate o retención de la víctima por más de un día.

La situación podía variar a la anteriormente indicada, quedando reducida la pena según cada caso; en este sentido, para comprender su alcance se hace necesario discernir las dos posibles realidades que podían llegar a producirse:

- 1) En ausencia de las dos primeras circunstancias (despoblado y cuadrilla), la pena fijada era la de cadena temporal en su grado medio a cadena perpetua(61); es decir, la ley estaba señalando implícitamente una pena compuesta de tres distintas (cadena temporal en su grado medio, máximo y cadena perpetua). Incluso en el mejor de los escenarios posibles que se le presentara al reo, al haber estimado el juez la penalidad más leve de las tres citadas (cadena temporal en su

(57) CP de 1822, artículo 338.

(58) Esta situación sí fue regulada en el Código de 1822, que recogió como un delito de sedición cuando la cuadrilla sobrepasara las 40 personas. Este hecho implicaba un endurecimiento de la sanción que podía llegar a alcanzar la de trabajos perpetuos. CP de 1822, arts. 280-288.

(59) CP de 1848, artículo 415.3.

(60) CASTRO y OROZCO, J. y ORTIZ DE ZÚÑIGA, M., *op. cit.*, p. 409.

(61) CP de 1848, artículo 416.

grado medio), acabaría condenado a una pena en presidio de 15 a 17 años. Ciertamente implicaba un menor castigo respecto al caso anterior (art. 415.4), al no contemplarse la pena capital, pero no por ello podemos obviar que continuaba siendo una pena esencialmente dura, tanto por el elevado número de años, así como por las condiciones de trabajo que ésta implicaba, explicadas anteriormente. De esta manera, el legislador mantuvo una extrema rigidez para los tipos agravados.

La existencia de armas tuvo especial relevancia en este delito. En este sentido, la responsabilidad criminal dimanante del Código de 1848 se distanció de lo regulado en el Código de 1822, pues mientras que en este último no era necesario que la cuadrilla estuviera armada para que tuviera responsabilidad penal el jefe de la misma, en el texto del 48 sí que constituyó un requisito ineludible para poder imputarle una responsabilidad directa. Es por ello, que la rebaja de la pena descrita no podía aplicarse al jefe de la cuadrilla cuando ésta estuviera armada total o parcialmente, en cuyo caso recaía sobre el mismo la pena tipificada para los tipos agravados previstos en el artículo 415: cadena perpetua a muerte. Mediante este precepto se muestra la drástica medida tomada por el legislador, que reprimió más duramente a aquel que estuviera al frente de una cuadrilla, otorgándole una mayor responsabilidad que al resto del grupo, ya que sin su participación dicha conducta delictiva puede que no se hubiera producido.

El Colegio de Abogados de Madrid instó al Gobierno a la modificación de este precepto, al creer «peligroso e injusto» imputar al jefe de la cuadrilla el mismo castigo en los casos desprovistos de las causas detalladas del artículo 415 (homicidio, violación o mutilación...). Aunque sin olvidar la mayor responsabilidad del que acaudilla respecto a los ejecutores, creyeron que sería más proporcional que recibiera la pena superior en grado. Pero a pesar de su reivindicación, no se produjo reforma alguna al respecto⁽⁶²⁾. Cabe subrayar que durante esta época los cabecillas ejercían mucha influencia sobre el resto de los delincuentes, bien por su popularidad, por la temeridad que ejercían contra quienes osaban desobedecerle, así como por el arrojo con el que se enfrentaban a las autoridades. En este sentido, las aportaciones literarias nos ayudan a comprender mejor la imagen que proyecta-

(62) Esta petición se incluye dentro de las 46 preguntas que recogió la Circular del Ministerio de Gracia y Justicia de 16 de abril de 1851 para la reforma del Código penal, las cuales fueron enviadas al Colegio de Abogados de Madrid para su dictamen. «Informe dirigido al Gobierno de S. M. por el Ilustre Colegio de Madrid sobre la reforma del Código Penal», publicada por la redacción de *El Faro Nacional*, en *Revista de jurisprudencia, de administración, de tribunales y de instrucción pública*, Madrid, 1852, p. 37. Disponible en: <https://patrimoniocultural.icam.es/es/consulta/registro.do?control=MACAB20210043826>

ban estos personajes. En uno de los poemas dedicados al famoso bandolero andaluz, *El Tempranillo*, podemos ver reflejado el carácter que ostentaban los jefes de las cuadrillas en el siglo XIX: «De todos soy respetado cual si fuese un soberano, nadie se atreve en el llano mi capricho a contrariar. Que vengan guardias civiles, que vengan carabineros, mis trabucos naranjeros los harán escarmentar, y no querrán más ensayo, *¡a caballo!* trabucazo y a cargar»(63).

A pesar de su estrecha vinculación en el escenario de los robos y asaltos, conviene apuntar que, en algunas ocasiones, no existía tampoco un líder definido. De acuerdo como señalaron Álvarez y Vizmanos, no por el mero hecho de juntarse cuatro hombres a robar se deducía que existiera un jefe de cuadrilla, definiendo como tal a aquella compuesta por «hombres avezados al crimen, dedicados al robo, o como suele decirse, de vida airada»(64).

2) La situación variaba en caso de producirse a la inversa de la señalada, es decir, cuando un robo era ejecutado en despoblado y en cuadrilla, pero faltando la tercera de las circunstancias descritas anteriormente (lesiones concretas o rescate). En este caso correspondía la pena de cadena temporal, por tanto, existía la posibilidad, si así lo estimaba el juez o tribunal, de aplicar al reo el grado mínimo, por el cual pasaría un tiempo en prisión de 12 a 14 años(65). En consecuencia, no el mero hecho de acometer un numeroso grupo de bandoleros a una persona implicaba mayor castigo respecto al que lo hacía individualmente. En ambos casos, si sólo estaban presentes las dos circunstancias descritas (en despoblado y en cuadrilla)(66), la pena era la misma: cadena temporal(67).

Como hemos pretendido mostrar, cruzar o no la línea de actuación descrita repercutía trascendentalmente para aquellos que operaban en cuadrilla. Sin ser conscientes en su modo de proceder, se movían en una franja que oscilaba de los 12 años en presidio a morir en garrote. Normalmente, era frecuente que en este tipo delictivo se dictaran sen-

(63) CRUZ CASADO, A., «La leyenda de José María El Tempranillo (Raíces Literarias)». Disponible en: http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/la-leyenda-de-jos-mara-el-tempranillo-races-literarias-0/html/ffe46b7c-82b1-11df-acc7-002185ce6064_5.html

(64) VIZMANOS, T. M. y ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C., *op. cit.*, t. II, pp. 461-462.

(65) CP de 1848, artículo 417.

(66) Pacheco se mostró partidario como exigía el Código. PACHECO, J. F., *op. cit.*, t. III, p. 297.

(67) Como ya se explicó anteriormente, solo a partir de 1850 en el caso de que se demostrara que el ladrón no hubiera cometido gravedad en la violencia o intimidación, la pena quedaba reducida a presidio mayor.

tencias condenatorias severas(68), imponiendo los jueces en un gran número de ocasiones el grado máximo de la cadena temporal (20 años). En otros casos, algunos reos que fueron condenados a muerte tuvieron la fortuna de salvar su vida gracias a la bondad de la reina, quien les conmutó la pena capital por la inmediatamente inferior, esto es, cadena perpetua(69).

La cuadrilla era entendida desde un punto de vista de unión, de grupo, que actuara con asiduidad, algo que se deduce de la expresión utilizada en el Código: «el malhechor que anda habitualmente en ella»(70). La vinculación era un factor determinante en este tipo de infracción penal. En opinión de Olesa Muñido, según la redacción que se fijó en la norma, a la cuadrilla se le otorgó el carácter de «unidad delincuente»(71). Ser parte integrante de ella era especialmente peligroso para el ladrón, debido a la responsabilidad penal en la que podía incurrir, pues se presumía que éste había estado presente en la perpetración del delito por la simple razón de pertenecer a dicha cuadrilla. Salvo que demostrara lo contrario, algo que era difícil de probar, se podía producir el caso extremo de su condena a la pena de muerte sin ni siquiera haber estado *in situ* en la ejecución del ilícito cometido. Asimismo, el legislador tipificó la conducta omisiva con idéntica responsabilidad que la de los autores del ilícito a aquellos que, estando

(68) Ejemplo de ello fue el caso del preso Miguel Sanz Pardo, que fue castigado a 20 años por robo en cuadrilla. Cumplió su pena en el presidio del Canal de Isabel II. *Boletín Oficial de la Guardia Civil* núm. 311, 16 de enero de 1865, p. 6619.

(69) Ejemplo de ello fue el caso de Abad González, vecino de la villa de Estepona. Tras cometer un robo en despoblado, hizo resistencia a los guardias civiles que le perseguían, a quienes les disparó con dos armas de fuego. Su acto delictivo fue castigado con la pena de muerte, aunque tuvo la suerte de contar con la gracia real, por lo que se le conmutó la misma a la inferior inmediata, esto es, cadena perpetua. *Gaceta de Madrid*, núm. 6124, 20 de abril de 1851. Hemos de tener presente que la reina hacía uso del derecho de gracia en situaciones muy concretas, las cuales se asociaban como regla general a la celebración del Viernes Santo, tal y como sucedió con el caso aquí expuesto. En otras ocasiones, atendía a celebraciones puntuales. Muestra de ello fue el cumpleaños de la princesa de Asturias. En esta ocasión dos confinados que cumplían condena en el presidio del Canal de Isabel II, tras acudir a la Audiencia de Sevilla por una causa judicial que tenían pendiente, fueron sentenciados a la pena de muerte; sin embargo, fueron indultados por la reina, quien les conmutó dicha pena por la cadena perpetua. GONZÁLEZ GALLEGO, M. A., *El presidio del Canal de Isabel II en el contexto jurídico y penitenciario de la España isabelina*, pp. 522-523.

(70) CP de 1848, artículo 418; CP de 1850, artículo 428.

(71) OLESA MUÑIDO, F. F., «La cuadrilla como unidad delincuente en el vigente Código penal español», en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, t. 10, núm. 2, 1957, pp. 302-303. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2772420>. Un análisis penal de la cuadrilla en los CP posteriores (1870, 1925, 1932 y 1944) puede consultarse igualmente en este artículo.

presentes en la ejecución de un robo en despoblado y en cuadrilla, no hubieran procurado impedirlo(72).

El legislador no incluyó el delito frustrado(73); además, la tentativa fue equiparada a la consumación del hecho(74). Esto representó una marcada diferencia con el resto de ilícitos tipificados en el Código, donde se mostraba una distinción según el resultado y la participación de la persona en el suceso, atenuándose la pena a los autores de un delito en grado de tentativa(75). Sin embargo, en los casos más graves de robo con violencia encontramos la excepción, castigándose de manera diferente. Por tanto, dentro de la atención preferente que establecieron los legisladores para los delitos contra la propiedad, el tipo agravado de robo con violencia representó su más férreo tormento, tanto por la dureza de la pena (superior a la de otras sanciones penales), como por la equiparación de responsabilidad por conductas totalmente distintas y de desigual gravedad. Así, se castigaba injustamente de la misma manera la consumación, la tentativa y la omisión, circunstancia no aplicada para otros delitos(76).

Como hemos visto, se contemplaba un tipo básico y uno agravado con supuestos dispares; pero el legislador no introdujo ningún tipo atenuado que diferenciara la menor lesividad producida por alguno en los que hubieran participado, o incluso que hubiera ayudado a reducir la gravedad del ilícito cometido(77). Fue el diputado Fernández Baeza(78) durante las sesiones de discusión del Código penal en el Congreso, el que hizo mención de manera explícita a este tema. Señaló dos atenuantes concretas que deberían haberse incluido en el Código: por un lado, la confesión del reo, argumentando que ésta había servido en muchos delitos para descubrir al autor del mismo y a sus cómpli-

(72) CP de 1848, artículo 418.

(73) Según la regla general para la aplicación de penas en el Código, a los autores de un delito frustrado se les imponía la pena inmediata en grado a la señalada por la ley para el delito. CP de 1848, artículo 61.

(74) CP de 1848, artículo 419; CP de 1850, artículo 429.

(75) El Código concedía una atenuación de la pena para los autores de tentativa de delito, rebajando para los mismos la pena en dos grados a la señalada por la ley para el delito. CP de 1848, artículo 62.

(76) El último supuesto delictivo que recoge la primera sección, es la referida al robo con violencia o intimidación para obtener escritura pública o documento, no haciendo distinción el Código sobre la naturaleza del documento. CP de 1848, artículo 420.

(77) Tampoco se introdujo ninguna atenuante en este delito con la modificación del Código en 1850.

(78) Pascual Fernández Baeza Viñales accedió al Congreso por primera vez en 1836 a través de las filas progresistas, y posteriormente en el Senado en 1853. Para conocer más aspectos de su trayectoria política, véase: <http://dbe.rah.es/biografias/58890/pascual-fernandez-baeza-vinales>

ces(79); por otro lado, se refirió a la compensación, poniendo como ejemplo para ello el tipo penal abordado: «La sociedad no debe atenerse a solo un hecho, sino que tiene que medir el bien y el mal que se hace pare poder reprimir éste y premiar aquel. Supongamos que sale una cuadrilla de ladrones en un camino a robar una diligencia, y después de robados los pasajeros, uno de los ladrones, más bárbaro que los demás, quiere maltratarlos y herirlos, y otro de la cuadrilla, más humano, le detiene la mano y lo evita ¿Por qué cuando llegue el caso de juzgar a ambos, no se le ha de tener en cuenta a éste último su conducta? Aquí, como se ve, aparece una acción buena que compensa en parte la mala que comete en el hecho principal; y esta acción buena es justo que se le tenga en cuenta para compensarle parte de la pena en que por la mala haya incurrido. Y si en el Código se tomaran en cuenta estas acciones buenas para su compensación cuando se tratase de aplicar las penas, ¿no se excitaría a que las hiciesen otros en iguales casos? ¿Por qué, pues, no se han de expresar en el Código estas dos circunstancias atenuantes que he citado?»(80).

La réplica a su argumento la encontró en el diputado Calderón Collantes, quién manifestó que los premios no se podían otorgar a los delincuentes, sino únicamente a aquellos que no hubieran traspasado la línea de sus deberes impuestos en la sociedad(81). Entre los comentaristas del Código fueron Álvarez y Vizmanos quienes se pronunciaron al respecto en esta cuestión, posicionándose en la línea descrita por Fernández Baeza, al considerar que no se le debía de asignar igual pena a un miembro de la cuadrilla que hubiera procurado impedir alguna de las conductas señaladas en el artículo 415 del Código(82).

El legislador del 48 implantó en la pena un marcado carácter retributivo e intimidatorio(83), motivo por el que no es de extrañar que englobara igualmente el concurso de delitos, donde además no reguló rebaja alguna. Al culpable de varios delitos se le impondrían todas las penas correspondientes a dichas infracciones. Si no podían cumplirse todas simultáneamente, debía seguirse un orden sucesivo, atendiendo primero a las más graves (las más altas en la escala general del Código)(84); para Castro y Orozco y Ortiz de Zúñiga este aspecto se debía a la sospecha fundada de fuga si se hacía lo contrario(85). Viz-

(79) DSC, legislatura 1847-48, sesión 11 de marzo de 1848, núm. 80, p. 1735.

(80) *Id.*

(81) *Ibid.*, 1739.

(82) VIZMANOS, T. M. y ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C., *op. cit.*, t. II, p. 463.

(83) IÑESTA PASTOR, E., *op. cit.*, p. 594.

(84) CP de 1848, artículo 76.

(85) CASTRO y OROZCO, J. y ORTIZ DE ZÚÑIGA, M., *op. cit.*, p. 195.

manos y Álvarez diferenciaron entre la reincidencia y la reiteración(86) a la hora de aplicarse la acumulación de penas(87), aunque sólo la justificaron en los casos de reincidencia. No obstante, el Código introdujo una importante novedad y que ha perdurado hasta nuestros días, no teniendo en cuenta el sistema de acumulación de penas cuando un solo hecho hubiera constituido dos o más delitos, o cuando uno de ellos hubiera sido medio necesario para cometer el otro, en cuyo caso, únicamente se imponía la pena correspondiente al delito más grave, aplicándola en su grado máximo(88).

IV. EL DELITO DE ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS

Como hemos visto a través del robo con violencia, la seguridad y la defensa de la propiedad se convirtieron en principios absolutos del Gobierno; pero además, para comprender la tipificación del delito que exponemos a continuación hemos de tener presente dos aspectos: por un lado, la gran casuística penal contemplada en el Código; por otro lado, la estrecha relación que el Partido Moderado estableció con la Iglesia católica, enmarcándose en el texto del 48 una especial protección jurídica para aquellas conductas que atentaran contra la figura de la Iglesia. A diferencia del delito anterior, donde estuvo ausente la proporcionalidad de la pena, en el robo con fuerza en las cosas se legisló de manera diferente, cuyos factores determinantes se exponen a continuación.

1. El robo con fuerza en iglesia o lugar habitado

El legislador del 48 creó un tipo cualificado referido a los robos con fuerza en las cosas cometidos en iglesia o lugar habitado portando

(86) La reiteración era entendida como aquel que cometía un delito tras otro antes de ser perseguido y juzgado por ninguno de ellos, mientras que la reincidencia se concebía por aquel que cometía un delito por el que ya había sido penado de manera anterior y de la misma especie. A pesar de su diferenciación, respaldaron ambos conceptos jurídicos para la agravación de la pena. VIZMANOS, T. M. y ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C., *op. cit.*, t. I, p. 310.

(87) *Ibid.*, 309-311.

(88) CP de 1848, artículo 77. El legislador valoró que los hechos punibles no eran diversos, sino que procedían todos de un mismo proyecto criminal, estableciendo un sistema para ello en el que absorbía la pena más leve e imponía la más grave. GALLEGO DÍAZ, M., *El sistema de determinación legal de la pena. Estudio de las reglas de aplicación de penas del Código Penal*, ICAI, Madrid, 1985, p. 425.

armas(89). Existió discrepancia de opiniones entre los comentaristas del Código sobre lo que debía ser entendido como lugar habitado. Pacheco relacionaba habitar con aquel domicilio fijado como lugar habitual de residencia, donde se albergaban las cosas principales del hogar (cama, vestidos, etc.)(90); para Álvarez y Vizmanos representaba aquel lugar donde hubiera personas(91); por su parte, Castro y Orozco y Ortiz de Zúñiga se posicionaron a favor de la línea descrita en la norma, esto es, sobre la de no distinguir si era aquel lugar ocupado por personas o el destinado simplemente a servir de morada(92). Hubo que esperar hasta el año 1864 para que fuera definida esta cuestión, momento en el que una Real Orden del Ministerio de Gracia y Justicia entendió por lugar habitado el que servía de morada a una persona, independientemente de que el morador pudiera faltar en la misma de manera accidental y momentánea(93).

Para la concurrencia de este delito debían de estar siempre presentes alguna de las siguientes circunstancias(94):

1) Con escalamiento. Según la legislación se producía «cuando se entra por una vía que no sea la destinada al efecto». Se trataba de una acción que requería agilidad y acceso por un sitio ajeno a la entrada principal, como podía ser saltar una tapia, escalar por una terraza, etc.

2) Rompimiento de pared o techo o fractura de puertas o ventanas. En este caso la fuerza era el factor determinante y los obstáculos indicados los elementos obligatorios que debían fracturarse, no bastando el quebrantamiento de cualquier objeto cerrado.

3) Uso de llaves falsas, ganzúas o instrumentos similares. Se trataba de una conducta que precisaba de destreza. En el caso de que el robo se produjera en una vivienda en la que se hubiera accedido mediante las llaves del dueño o propietario, sería considerado como delito de hurto, debido a la inexistencia de fuerza requerida.

4) Introduciéndose en el lugar del robo mediante uso de nombres supuestos o simulación de autoridad.

(89) En el texto de 1850 junto a la palabra iglesia, se incorporó la referida a «lugar sagrado». CP de 1850, artículo 431.

(90) A su vez, reseñó como ejemplo de lugar inhabitado una oficina que cerrara por la noche y donde no quedara nadie en el lugar para dormir, así como una casa que estuviera sin alquilar. PACHECO, J. F., *op. cit.*, t. III, pp. 311 y 313.

(91) VIZMANOS, T. M. y ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C., *op. cit.*, t. II, p. 467.

(92) CASTRO y OROZCO, J. y ORTIZ DE ZÚÑIGA, M., *op. cit.*, p. 417.

(93) Real Orden de 3 de enero de 1864 del Ministerio de Gracia y Justicia. GUILLOT ALIAGA, D., *op. cit.*, p. 971.

(94) CP de 1848, artículo 421.

5) En despoblado y en cuadrilla. Aparece nuevamente la figura de la cuadrilla, pero en esta ocasión no se incluyeron las lesiones señaladas en el delito de robo con violencia.

Hemos querido resaltar dos de las circunstancias expuestas. En relación con la primera, era común que uno de los asaltantes tuviera como misión la de vigilar los alrededores, para así asegurar la ejecución del robo y poder avisar al resto en caso de ser descubiertos. El escalamiento realizado por el autor o autores materiales era entendido como necesario para la ejecución del delito, mientras que la simple acción llevada a cabo por un tercero para resguardar, alertar o alarmar a los demás miembros resultaba un acto indirecto, no absolutamente necesario para cometer el mismo. En opinión de Pacheco, debía existir esta diferenciación, como reflejaba el Código, no considerando al cómplice autor del hecho, manifestando que era «imposible en buena justicia» que la pena resultara la misma que la exigida para el autor del delito(95). En el mismo sentido coincidió Caravantes, argumentando que era un acto de complicidad el «guardar la espalda a los ladrones»(96). Para Álvarez y Vizmanos, la tarea que desempeñaba el cómplice no era determinante en la acción, apreciándolo como «una concurrencia personal por medios indirectos y no tan eficaces»(97). A pesar de la unanimidad que existió entre los comentaristas del Código, la variada casuística existente generó en el escenario político una opinión discordante al respecto, la cual fue pronunciada durante las sesiones del Congreso sobre la discusión del Código penal. El diputado Antonio Corzo estimó que la vigilancia era «más que un acto de complicidad»(98), debiendo esa tercera persona que actuaba como centinela del delito ser castigada de la misma manera que el autor del mismo, al formar parte de su ejecución; por tanto, desestimaba que fuera juzgado como cómplice de robo, tal y como regulaba la norma. Finalmente, su apreciación no fue adoptada por la Cámara y la cooperación por hechos anteriores o simultáneos al delito permaneció en el Código mediante la figura de cómplice.

Sobre la tercera circunstancia expuesta, lo que castigaba el legislador del 48 era el uso de llaves falsas o instrumentos señalados para cometer el delito; sin embargo, no imputó responsabilidad penal alguna para aquellos que poseyeran los mismos. Este planteamiento fue criticado por Castro y Orozco y Ortiz de Zúñiga, quienes opinaron

(95) PACHECO, J. F., *op. cit.*, t. III, p. 267.

(96) CARAVANTES, J. V., *Código Penal Reformado*, Imprenta Alejandro Gómez Fuentenebro, Madrid, 1851, p. 110.

(97) VIZMANOS, T. M. y ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C., *op. cit.*, t. I, p. 175.

(98) DSC, legislatura 1847-48, sesión 13 de marzo de 1848, núm. 81, p. 1754.

lo siguiente: «Este silencio puede ser favorable a los encubridores ocultos y sagaces de los ladrones, quienes con tal que procuren no comprometerse abiertamente en ningún robo conocido, o bien tengan la buena estrella de que no se descubra judicialmente su participación en delitos de aquella clase; seguros pueden estar, al parecer, de pena, aun cuando almacenen en su casa instrumentos de tal género»(99). Este acto se corrigió a través de la reforma del Código, tipificando una nueva conducta referida a la posesión de dichos útiles sin poder justificar su adquisición o conservación(100).

Cualquiera de los cinco supuestos enumerados implicaba la pena de cadena temporal. Mientras que en el delito de robo con violencia en las personas observamos una imperfección codificadora del legislador, al no calificar qué conductas implicaban gravedad en los hechos, en el referido al robo con fuerza en las cosas quedó resuelta esta situación. La doctrina empleada en este artículo sufrió una variación a raíz de la reforma acaecida en 1850, aplicándose entonces una menor severidad; no obstante, se diferenció la intensidad de la misma según el escenario presente. La pena se reducía en el caso de que el robo hubiera sido ejecutado en iglesia o lugar sagrado(101), en cuyo caso el castigo abarcaba desde la cadena temporal en su grado medio al presidio mayor en igual grado(102); esto es, el *minimum* pasó de 12 a 9 años y el *maximum* de 20 a 17 años. Por otro lado, la reforma permitió que el delito perpetrado en lugar habitado se limitara a presidio mayor(103), lo que se tradujo en una reducción incluso más abultada que el caso anterior; en términos cuantitativos, significaba 5 años menos de condena en su grado mínimo y 8 en su grado máximo respecto a la pena impuesta en 1848.

2. El robo con fuerza en lugar no habitado

El robo con fuerza en lugar no habitado era castigado mediante presidio mayor. En este delito debían concurrir alguna de las siguientes circunstancias: rompimiento de paredes, puertas o ventanas, o

(99) CASTRO y OROZCO, J. y ORTIZ DE ZÚÑIGA, M., *op. cit.*, p. 417.

(100) CP de 1850, artículo 436. El comportamiento descrito fue regulado con la pena de presidio correccional. El legislador entendió que quien guarda o compra dichos útiles no podían tener otra utilidad más que la destinada a cometer un ilícito penal.

(101) Entiéndase como tal, ermita, capilla, cementerio, etc.

(102) CP de 1848, artículo 421; CP de 1850, artículo 431.

(103) Esta pena era aplicada siempre que no existiera reincidencia y el valor de los objetos robados no alcanzara los 100 duros. CP de 1850, artículo 431.

fractura de puertas interiores, armarios, arcas u otra clase de muebles u objetos cerrados o sellados(104). La pena quedaba atenuada en un grado si la cuantía de lo robado no excedía de 400 duros (siempre que no significara la ruina económica del perjudicado)(105) o disminuida a arresto mayor en su grado máximo si no sobrepasaba de 5 duros(106). Sobre esta última, se refirieron Castro y Orozco y Ortiz de Zúñiga, considerándola «muy benigna la pena de arresto mayor para castigar un delito tan frecuente, y que por ser de corta entidad la cantidad en que consista, no deja de ser además grave»(107).

La reforma de 1850 añadió dos circunstancias: escalamiento, y uso de llaves falsas, ganzúas u otros instrumentos similares para acceder al lugar del robo. La pena se disminuyó entonces, abarcando desde el presidio menor en su grado máximo, a presidio mayor en su grado medio; esto es, la diferencia que se podía llegar a establecer respecto a la pena anterior era de 2 años y 8 meses en su grado mínimo, y 3 años en su grado máximo. En cuanto al daño económico causado se modificó el robo que no excediera de 5 duros, que pasó de arresto mayor en su grado máximo (de 4 a 6 meses) a presidio correccional (de 7 meses a 3 años). Este hecho responde a que muchos de estos ilícitos causaban un daño económico por debajo de los 5 duros(108). Tomando como muestra el año 1860, observamos que este tipo de infracciones penales representaron un 25 % del total(109); un porcentaje que pudo ser casi el doble de lo señalado, pues una parte de los mismos (22 %) fueron reflejados con la denominación de «desconocidos», siendo los pequeños hurtos más difíciles de cuantificar que los de mayor importe(110), por lo que es probable que quedaran igualmente englobados bajo esta cuantía.

(104) CP de 1848, artículo 423. El robo de objetos destinados al culto, cometido en lugar sagrado o acto religioso, se castigó con la pena de presidio mayor. *Ibid.* artículo 425.

(105) Pacheco coincide en esta regulación al señalar que «quien vive con un capital de 80 duros, arrancárselos es dejarlo perdido». PACHECO, J. F., *op. cit.*, t. III, p. 314.

(106) CP de 1848, artículo 424. La disminución de la pena señalada en función de la cantidad sustraída fue exclusiva del robo con fuerza; en el ejecutado con violencia o intimidación en las personas no se contempló esta posibilidad.

(107) CASTRO y OROZCO, J. y ORTIZ DE ZÚÑIGA, M., *op. cit.*, p. 425.

(108) Equivalentes a 100 reales de vellón.

(109) *Estadística de la Administración de Justicia en lo Criminal*, 1860, p. 67.

(110) En el caso de los delitos de robo con violencia constituyeron el 18 %. Sin embargo, si juntamos ambos delitos (con violencia y con fuerza), comprobamos que en el cómputo global prácticamente la totalidad de la entidad del daño causado por debajo de 5 duros quedó representado por los delitos de robo con fuerza (21 %), frente a los ejercidos con violencia (3 %). *Id.*

3. La presencia de armas en la ejecución del delito

En los delitos de robo con fuerza en las cosas el uso de armas se consideró un elemento determinante para aplicar la gravedad del castigo, un endurecimiento que creemos justificado, ya que hemos de tener presente que existía una mayor capacidad agresiva del autor e incluso un riesgo adicional para la víctima. Esta superioridad de la que se valía el asaltante para ejecutar el delito inutilizaba según Pacheco la «resistencia que se le podría oponer»(111). El legislador confirió a este aspecto una gran relevancia, pues sin la presencia de armas la pena se reducía a presidio mayor(112), traducéndose favorablemente de esta manera en la condena del reo: hasta 5 años en su grado mínimo y 9 años en su grado máximo. En la reforma de 1850 observamos una menor rigidez en la pena, que abarcó desde el presidio menor en su grado máximo al presidio mayor en su grado medio, reduciéndose la penalidad aún más de lo señalado; concretamente, la diferencia más extensa que podía llegar a alcanzarse respecto a lo legislado en 1848 era de 2 años y 8 meses en su grado mínimo y 3 años en su grado máximo.

Para tener una mejor comprensión de todo lo explicado, vamos a señalar los dos casos más extremos que podían llegar a producirse:

- Por un lado, el robo con fuerza cometido con armas en iglesia o lugar habitado, según el Código penal de 1848.
- Por otro lado, el mismo delito en dichos lugares pero sin armas, según el Código penal 1850.

La diferencia entre ambos supuestos resultó ser tremendamente significativa, pudiendo alcanzar un máximo de 6 años y 8 meses en su grado mínimo y 11 años en su grado máximo. El lugar, las circunstancias del hecho, el porte de armas y la diferente legislación del momento, representaron los cuatro factores concluyentes para que los jueces y tribunales pudieran determinar en mayor o menor intensidad la pena para este delito, tipificado como el más duro dentro del robo con fuerza en las cosas.

En último término cabe reseñar cuando se llevaba a cabo la acción haciendo uso de armas prohibidas, situación que era considerada como circunstancia agravante(113), siguiendo de este modo el legisla-

(111) PACHECO, J. F., *op. cit.*, t. III, p. 311.

(112) CP de 1848, artículo 422.

(113) CP de 1848, artículo 10.22.

dor del 48 la regulación prevista en el texto de 1822(114). Sin embargo, no existía una norma específica que regulara este aspecto. Es por ello, que hasta la publicación de dichas normas debían regirse en estos casos según las disposiciones gubernativas que establecieran los jefes de la administración pública(115).

V. EL DELITO DE HURTO

La fuerza e ímpetu que primaba en los delitos de robo, era sustituida en los hurtos por la astucia de los ladrones, donde el escondite, la oportunidad y el engaño resultaban determinantes en sus acciones delictivas.

1. Tipo básico

Para que una persona fuera condenada por un delito de hurto(116) debían reunirse conjuntamente cuatro conductas:

- 1) Ausencia de violencia o intimidación en las personas, ni fuerza en las cosas. Esta es la principal diferencia que existió entre el delito de robo con violencia e intimidación y el hurto, no atentándose nunca en este último contra el individuo, sino únicamente contra la propiedad.
- 2) Que se realice con ánimo de lucro. Para ello, tenía que haber un enriquecimiento injusto del autor del delito, a costa del perjuicio patrimonial que sufría la víctima. Pacheco se pronunció sobre este aspecto, señalando que «cuando falta ese ánimo podrá haber daño, podrá haber otro delito, podrá también no haber ninguno, pero seguramente no será hurto lo que haya».
- 3) Que lo hurtado esté referido a cosas muebles. Debían ser cosas que el delincuente pudiera llevarse consigo, como dinero, ropa,

(114) CP de 1822, artículo 360. Calatrava llegó a señalar que no era necesario que el Código indicara cuáles eran las armas prohibidas, al tratarse de cuestiones que debían ser desarrolladas por reglamentos especiales. La primera referencia que tenemos sobre el uso de armas prohibidas deriva de una Pragmática aprobada por Felipe II en 1556, prohibiéndose que nadie llevara daga o puñal, salvo que también se portara una espada. Dos años más tarde el mismo monarca prohibió que se fabricaran arcabuces cuyo cañón fuera menor de cuatro palmos. PINO ABAD, M., «La represión de la tenencia y uso de armas prohibidas en Castilla previa a la Codificación Penal», en *Cuadernos de historia del derecho*, núm. 20, 2013, p. 381. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4791800>.

(115) CASTRO Y OROZCO, J. y ORTIZ DE ZÚÑIGA, M., *op. cit.*, p. 416.

(116) CP de 1848, Cap. II, T. XIV.

animales... en el caso de que lo sustraído fueran derechos, acciones o cosas inmuebles, ya no podía considerarse como un delito de hurto, sino de usurpación.

4) Que se lleve a cabo sin la voluntad de su dueño.

La proporcionalidad de la pena se configuró en función del valor de lo sustraído, en donde podemos diferenciar tres niveles. En el más elevado se encontraban los hurtos de mayor cuantía, esto es, los que superaban los 500 duros, castigados con la pena de presidio menor. Esto suponía una condena mínima de 4 años, pudiendo incluso extenderse hasta los 6 años si el juez aplicaba el grado máximo en función de la gravedad del hecho. En un segundo nivel estaban los comprendidos entre 5 y 500 duros, que eran castigados mediante presidio correccional (de 7 meses a 3 años). Aunque el *maximum* de la pena ya era de cierta envergadura, se ha de tener en cuenta que muchos de los hurtos que se producían dentro de esta cuantía tenían poca relevancia. En este sentido, si el juez estimaba la menor entidad del suceso y las pruebas de culpabilidad del acusado resultaban escasas, debía imponerse la pena en su grado mínimo(117), que para el caso que nos ocupa, suponía un tiempo en presidio entre 7 y 16 meses(118). Ante su disconformidad por esta regulación, el diputado Mayans presentó una enmienda en el Congreso de los Diputados. Su punto de vista resulta de notable interés; además de su formación como jurista, estuvo vinculado al ámbito de la justicia durante gran parte de su vida, por lo que sus argumentos ante la Cámara estaban fundamentados bajo un conocimiento técnico de la materia(119). Según argumentó,

(117) La 2.^a regla de la Ley provisional del Código penal de 1848 establecía lo siguiente: «En el caso de que examinadas las pruebas y graduado su valor adquieran los tribunales la certeza de la criminalidad del acusado, pero faltare alguna de las circunstancias que constituyan plena probanza, según la legislación actual, impondrán en su grado mínimo la pena señalada en el Código». *Ibid.*, regla 2.^a, p. 207.

(118) Este tiempo podía reducirse aún todavía más, pues al tratarse el presidio correccional de una pena calificada como divisible, el Código establecía que debía aplicarse para la misma la inmediatamente inferior en caso de observarse dos o más circunstancias atenuantes y ninguna agravante. *Ibid.*, artículo 74, regla 5.^a En esta ocasión, le correspondería la pena de arresto mayor (de 1 a 6 meses).

(119) Luis Mayans y Enríquez de Navarra procedía de una familia de la pequeña nobleza rural valenciana. Su posición acomodada le permitió cursar estudios en Derecho, ejerciendo posteriormente durante varios años como abogado. Desde 1835 empezó a ostentar diferentes cargos: primero juez de primera instancia en Ferrol; después en 1837 magistrado de la Real Audiencia de Zaragoza, y ese mismo año obtuvo el acta de diputado por primera vez. Pasó unos años retirado de la vida política, pero tras finalizar la regencia de Espartero volvió a ser elegido diputado. Fue desde entonces cuando tuvo una intensa vida política. Participó en diferentes debates de importancia para el Estado, como el de la Constitución de 1845 en la parte corres-

los hechos judiciales de hurtos que no sobrepasaban los 500 duros representaban unas 950 causas de cada 1000 sentenciadas por los tribunales: «que responda por mí el pueblo de Madrid, en donde desgraciadamente ese delito es tan frecuente»(120). Se mostró partidario de continuar con el arbitrio de los tribunales; según su parecer, «castigar con siete meses de presidio correccional a un ladrón de profesión, no es pena, es un aliciente al crimen»(121). Además de apuntar las consecuencias funestas y alarmantes que tendrían para la sociedad incluir en la norma tan ínfimo correctivo, no perdió la oportunidad en subrayar la complejidad que ofrecía el Código para cualquier persona, resultándole muy difícil a la mayoría de la gente obtener un conocimiento de la pena en la que podían incurrir. A su parecer, los Códigos debían ser «claros y sencillos, y francamente lo digo, mucho trabajo ha de costar a la mayor parte del pueblo español saber qué pena se impone por un acto, pues para averiguar qué pena le corresponde por el Código, se necesita un gran estudio, se necesita muchísimo trabajo; y si los Códigos se escriben para que el pueblo los entienda, bien puede decirse que lo que es este no lo entenderán»(122). Bien podríamos pensar *a priori* que lo señalado por Mayans podía ser consecuencia del escaso nivel de alfabetización que existía para aquella época, por lo que difícilmente podían conocer este aspecto si apenas sabían leer. Pero el desconocimiento del cálculo y aplicación de las penas no era una cuestión ligada al nivel educacional de la sociedad, ya que ésta siempre ha resultado una tarea ardua dentro del derecho penal español, debido al variado número de factores y reglas que deben valorarse. Su enmienda no fue aprobada, y tuvo como réplica al ministro de Gracia y Justicia Lorenzo Arrazola, quien durante su intervención hizo referencia sobre el beneficio que suponía aplicar el *minimum* de la pena: «la sociedad tiene la ventaja de que no resultará la impunidad, y la víctima tiene la seguridad de que no se le echará todo el rigor de

pendiente a Justicia, en los de orden público y Código penal, o en las negociaciones para el Concordato de 1851, entre otros. Asimismo, ejerció cargos de gran relevancia. En cinco ocasiones diferentes estuvo al frente de una cartera ministerial; tres veces como ministro de Gracia y Justicia y otras dos como ministro de Estado. Fue elegido presidente del Congreso de los Diputados en 1848 y reelegido para el cargo durante las tres legislaturas siguientes hasta 1852. También ejerció como magistrado del Tribunal Supremo en 1856, aunque renunció un mes después de ser nombrado. Su último cargo de relevancia fue al frente de la comisión de notables encargada de redactar el proyecto de la Constitución de 1876. Disponible en: <http://dbe.rah.es/biografias/16340/luis-mayans-y-enriquez-de-navarra>.

(120) DSC, legislatura 1847-48, sesión 16 de marzo de 1848, núm. 84, p. 1812.

(121) *Ibid.*, p. 1813.

(122) *Id.*

la ley; en fin, así se presenta un medio equitativo, graduado, proporcional, que hará que la pena sea arreglada al delito»(123).

En el escalón más inferior se situaban los hurtos que no sobrepasaban los 5 duros, cuyo castigo se reducía al arresto mayor (de 1 a 6 meses). Sin embargo, con la reforma del Código en 1850 la situación varió drásticamente, al poder oscilar la pena entonces de arresto mayor a presidio correccional en su grado mínimo(124), esto es, el triple del *maximum* respecto a lo legislado anteriormente. La respuesta a este endurecimiento podemos encontrarla en el inmenso volumen que presentaban los hurtos por debajo de la citada cantidad(125).

Cuando se desconociera el importe de lo sustraído, los jueces estimaban una cantidad lo más aproximada posible, teniendo en cuenta el principio de jurisprudencia universal que recordaban Castro y Orozco y Ortiz de Zúñiga, esto es, «en caso de duda se adopte la interpretación más favorable a los reos»(126). El Código reguló en su articulado otra forma de ejecución de este delito. En este caso, el dinero u otra cosa mueble que señalaba este precepto, no se obtenía mediante la astucia del ladrón, sino que, con ánimo de lucrarse, simplemente negaba haberlo recibido a través de préstamo, depósito u otro título que implicara su devolución(127). El diputado Fernández Baeza se mostró claramente partidario de discernir el importe de lo hurtado más allá de lo que regulaba el Código, considerando injusto que recibiera la misma condena el que sustraía 10.000 o 1000.000 de reales. Para hurtos de cuantioso valor, como este último, se propuso «la deportación a puntos distantes de donde costase mucho el volver, como por ejemplo las islas Marianas»(128). Sus demandas no se extendieron más allá de los debates del Congreso, y tan sólo una semana después de los mismos quedó finalmente aprobado el Código penal bajo el articulado que ya se había definido, esto es, no distinguiéndose una proporción de las penas para los hurtos cuyo valor excedieran de los 500 duros.

2. Tipo agravado

Las circunstancias agravantes para calificar el delito de hurto estaban basadas en dos hechos: la naturaleza y lugar de lo hurtado, así

(123) *Ibid.*, p. 1815.

(124) CP de 1850, artículo 438.3.

(125) Para 1861 representaban el 51% del total de los hurtos. *Estadística de la Administración de Justicia en lo Criminal*, 1860, p. 67.

(126) CASTRO y OROZCO, J. y ORTIZ DE ZÚÑIGA, M., *op. cit.*, p. 427.

(127) CP de 1848, artículo 426.

(128) DSC, legislatura 1847-48, sesión 11 de marzo de 1848, núm. 80, p. 1735.

como la habitualidad. En ambos casos se sancionaba con la pena inmediatamente superior en grado. La primera de las circunstancias se daba cuando lo hurtado guardaba relación con «cosas destinadas al culto y se cometiere en lugar sagrado o en acto religioso»(129). La acción entre hurtar una gallina en el campo o sustraer un pequeño adorno en una iglesia podía tener escaso valor, esto es, inferior a 5 duros. A pesar de la similitud económica, no lo era de igual modo en términos jurídicos en la España de mediados del siglo XIX. En el segundo de los casos, el delito se producía en lugar sagrado, aumentándose de esta manera la gravedad del suceso, al ser reconocido como circunstancia agravante(130). Siguiendo las reglas que señalaba el Código, el tribunal debía de aplicar entonces el *maximum* dentro del grado de dicha pena(131); este aspecto es lo que marcaba la diferencia con otros hurtos respecto al menor o mayor castigo aplicado. Al igual que en el robo con fuerza en las cosas, en este tipo agravado puede verse reflejado el peso otorgado por los moderados a la confesionalidad católica del Estado. Para Pacheco la prescripción de este artículo se situaba dentro de la normalidad, justificando el mismo como consecuencia de la tradición religiosa que había seguido siempre el país: «es un principio que no puede extrañarse en una nación como la española, con sus hábitos de catolicismo»(132).

La habitualidad fue la otra situación establecida en la norma para la agravación de la pena, entendiéndose que se incurría en ella cuando se ejecutaban tres hurtos con un intervalo menor de veinticuatro horas entre cada uno de ellos(133). Para la aplicación de esta disposición el legislador del 48 únicamente tuvo en cuenta a los hurtos, descartando incluir otros delitos análogos contra la propiedad, como los robos o defraudaciones. Álvarez y Vizmanos se mostraron disconformes con esta regulación, no considerándola «ni necesaria ni justa», pues el libro I del Código ya contemplaba la acumulación de las penas. Cierta es la severidad que indicaron sobre este aspecto, ya que, si se juntaban éstas con la referida en el presente artículo, la penalidad impuesta al reo podía crecer, como bien señalaron, en «proporciones espantosas»(134). Cuando se modificó el Código en 1850 se calificó como agravante de hurto no sólo la reincidencia del mismo, sino ade-

(129) CP de 1848, artículo 428.1.

(130) *Ibid.*, artículo 10.19.

(131) *Ibid.*, artículo 74.3.

(132) PACHECO, J. F., *op. cit.*, t. III, p. 327.

(133) CP de 1848, artículo 428.2.

(134) VIZMANOS, T. M. y ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C., *op. cit.*, t. II, p. 476.

más la llevada a cabo en otros delitos similares(135). La reforma incluyó en el articulado una nueva circunstancia en la agravación de la pena, la cual se producía cuando el hurto «fuere doméstico o intervinere grave abuso de confianza»(136).

En cualquiera de estas tres circunstancias se aplicaba la pena superior en grado señalada anteriormente. Esto suponía una diferencia primordialmente notable cuando lo hurtado superase los 500 duros, variando entonces la pena de presidio menor a mayor. En términos reales para el reo, significaba el doble de tiempo en prisión si el juez o tribunal estimaban la mayor gravedad del hecho, cuyo tiempo podía oscilar de 6 a 12 años. No obstante, hemos de tener presente que el perfil delictivo de la mayoría de los ladrones no se situaba en este nivel, sino muy por debajo de éste, caracterizado por pequeños rateros que cometían delitos de escaso perjuicio económico o gravedad(137), cuyas condenas eran relativamente cortas. Sin embargo, el continuo acometimiento de actos punibles de esta clase, por muy pequeños que fueran, podía alterar drásticamente la situación del reo y hacerle pasar años encerrado en presidio.

3. El hurto doméstico

Dentro de las conductas penales habituales del siglo XIX es de especial interés señalar la del hurto doméstico, una modalidad delictiva que en opinión de Pacheco era la «más grave y repugnante»(138) de todos los hurtos. A diferencia del ladrón común, que actuaba en la calle aprovechando la coyuntura que inesperadamente se le presentara y bajo el peligro de ser atrapado, este tipo de malhechor actuaba en un escenario que le otorgaba cierta ventaja: el domicilio. Al trabajar como empleado o criado en una casa, disponía de todo el tiempo necesario para idear y perpetrar su acción, sin apenas riesgo alguno en su

(135) CP de 1850, artículo 439.

(136) *Ibid.*, artículo 438.2. Observamos un endurecimiento de la pena especialmente significativo en relación con el Código de 1822; en dicha norma, el criado que abusaba del conocimiento que tenía sobre las cosas de su amo y sustraía las mismas, era condenado al trabajo de obras públicas por el tiempo de un mes a un año, es decir, un castigo mucho menor que el impuesto en 1850. CP de 1822, artículo 779.

(137) Tomando como ejemplo el año 1859, podemos observar que hubo 8759 penados por hurto. En más de la mitad de los procesados que finalmente acabaron condenados a una pena determinada, el valor de lo sustraído resultó ser inferior a 5 duros, y en casi las tres cuartas partes de los mismos, el valor se situaba por debajo de los 500 duros. *Estadística de la Administración de Justicia en lo Criminal*, 1860, pp. 48-49.

(138) PACHECO, J. F., *op. cit.*, t. III, pp. 327-328.

ejecución. Beneficiándose del acercamiento y trato que le unía al dueño de la casa, podía delinquir con seguridad, garantizándose grandes probabilidades de éxito. Ciertamente es que en aquella época las tareas domésticas se asociaban a la mujer, y por ende, era frecuente que ésta estuviera relacionada con este tipo de delito(139). A pesar de ello, no podemos limitar el mismo a la figura femenina, al ser muchos hombres los que también lo llevaron a cabo.

A pesar de que constituía un ilícito muy frecuente, no se incluyó dentro del capítulo dedicado a los hurtos, haciéndose constar únicamente la conducta referida al abuso de confianza, la cual se reguló por primera vez como circunstancia agravante(140). La reforma de 1850 vino a modificar esta situación, tipificándose el hurto doméstico como un tipo agravado del delito de hurto(141), una muestra más de la relevancia que otorgaron los moderados a los delitos contra la propiedad. Esta medida tuvo buena aceptación entre los comentaristas del Código. Pacheco atribuyó a este tipo de delincuente una mayor gravedad que al resto: «el que nos roba... abusando de nuestra confianza, es más criminal que quien no tenía con nosotros semejante lazo»(142). Por su parte, Álvarez y Vizmanos hicieron igualmente énfasis sobre ello: «Abusar uno de la confianza, que en él puso quien le constituyó depositario, administrador o encargado bajo cualquier concepto de conservar, manejar o cuidar de dinero, efectos o cosas muebles, es delito que las leyes necesitan castigar como un atentado contra la propiedad»(143). Alejandro de Bacardí indicó que esta clase de actos merecían un escarmiento específico: «El que burla indignamente la confianza que otro pone en él, comete un acto vil, comete una inmoralidad digna de severo castigo»(144). El legislador del 48 había previsto circunstancias agravantes para el delito de hurto, pero no lo hizo para aquellos casos que pudieran atenuar la responsabilidad criminal, situación que generó debate en el Congreso. El diputado Fernández Baeza criticó

(139) El profesor Gómez Bravo nos recuerda que *el hurto doméstico proliferó mucho más que la ladrona de ferias*. GÓMEZ BRAVO, G., *Crimen y castigo: cárceles, delito y violencia en la España del siglo XIX*, Tesis doctoral leída el 24 de febrero de 2004 en la Universidad Complutense de Madrid, 2004, p. 498.

(140) CP de 1848, artículo 10.9. Mediante este precepto el Código del 48 vuelve a convertirse en un referente en la codificación penal española. La legislación extranjera (Código penal brasileño y francés) sirvió como referente a los liberales españoles en la aplicación de esta medida. PACHECO, J. F., *op. cit.*, t. I, pp. 226-228.

(141) CP de 1848, arts. 441 y 443. Hubo cierta analogía con el Código penal francés. *Ibid.*, 330-338.

(142) *Ibid.*, p. 228.

(143) VIZMANOS, T. M. y ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C., *op. cit.*, t. II, p. 495.

(144) BACARDÍ, A. DE y SARDÁ, J., *op. cit.*, p. 28.

esta cuestión, pareciéndole incomprensible que no se otorgara cierta indulgencia al reo que hubiera ayudado en la investigación del ilícito y repusiera el daño causado; así pues, consideró que la confesión del delito y restitución de lo hurtado debían tipificarse como una circunstancia atenuante: «Cuando un hombre confiesa sencilla y espontáneamente su delito, como que dice la verdad, da todos los datos para descubrir los demás reos, que a no ser él quedarían impunes haciendo daños a la sociedad»(145). La réplica en sus comentarios fue abordada por el diputado Calderón Collantes, quien se mostró rotundamente opuesto a ello, manifestando que la confesión del reo, bien de manera espontánea o antes de ser llamado a juicio, servirían para «dejar impune en muchos casos al delincuente solo por haberse presentado a hacer la confesión de su delito y sin que hubiese disminuido en lo más mínimo el daño causado a la sociedad»(146).

VI. CONCLUSIONES

Dentro del ámbito jurídico-penal de mediados del siglo XIX, los delitos de robo y hurto se tipificaron bajo una conducta delictiva común, consistente en la apropiación de un bien mueble, que se hacía sin la voluntad de su dueño y con ánimo de lucro. En el modo de ejecución del delito es donde radicó la principal diferencia, caracterizándose el hurto por no poner en peligro la vida o integridad física de las víctimas, ni tampoco destruir las cosas que constituían un obstáculo para alcanzar el objeto que se deseaba tomar.

El robo con violencia o intimidación en las personas fue al que se castigó con mayor dureza en el Código penal de 1848, no sólo entre los delitos analizados, sino además entre todos los referidos contra la propiedad. Se fijó para el mismo un rango punitivo que abarcó desde el presidio mayor a la pena de muerte. La penalidad aplicada resultó ser aún más elevada que la contemplada en el Código de 1822, donde no se incluyó la pena capital. El nuevo texto publicado en 1850 conservó los mismos tipos cualificados regulados en 1848, y en relación con la pena de muerte se mantuvo la orientación retributiva del Código; sin embargo, con la reforma de 1850 el *minimum* se redujo en 5 años respecto a lo dictado con anterioridad, al incorporarse a la norma aquellos casos en los que no hubiera existido gravedad en la violencia o intimidación ejercida. No obstante, conviene resaltar que

(145) DSC, legislatura 1847-48, sesión 11 de marzo de 1848, núm. 80, p. 1734.

(146) *Ibid.*, 1739.

el legislador no fue muy ambicioso en este sentido, pues mantuvo el *minimum* que ya se contemplaba en el Código de 1822 (7 años). A pesar del esfuerzo del legislador por tipificar una pena más liviana, lo cierto es que el Código de 1850 siguió mostrando su carácter intimidatorio e injusto, descartando incluir un tipo atenuado, en el que se hubiera tenido en cuenta el escenario del delito, el valor de lo sustraído y el número de intervinientes en la ejecución de los hechos. Aminorar las sanciones en un delito de menor trascendencia hubiera resultado más proporcional.

La reforma de 1850 no se empleó en la creación *ex novo* de un delito de robo con fuerza en las cosas, sino que fue dirigida a mitigar la penalidad del ya existente. Asimismo, la modificación del Código aportó como novedad a este tipo penal la reincidencia, tanto en los robos ejecutados en lugar sagrado o iglesia, como en lugar habitado. En el robo de objetos con fuerza en las cosas y en lugar no habitado, se estableció una diferenciación de la pena en función del valor de los objetos sustraídos, recayendo un menor castigo para aquellos robos que no excedieran los 5 duros; pero con la modificación del Código en 1850 se fijó una mayor severidad, cuyo *maximum* pasó de 6 a 36 meses, un aumento desproporcionado que fue justificado por los numerosos ilícitos que se producían dentro de este importe. Como consecuencia de ello, el juez debía ser muy cuidadoso cuando se dispusiera a cuantificar el valor de los sustraído y a condenar al reo, al moverse éste en una delgada línea que suponía una gran diferencia respecto al tiempo en prisión. En el robo en iglesia no se tuvo en cuenta el valor de lo sustraído, penándose de igual manera robos de diferente cuantía económica. En cuanto al robo de objetos destinados al culto en lugar sagrado o acto religioso, no sufrió variación alguna; a su vez, se intensificó punitivamente este delito respecto al ejecutado en lugar habitado. Las situaciones descritas responden a la especial protección jurídica que se otorgó a la figura de la iglesia. A pesar de la extensa casuística, no se tipificaron aquellos robos cometidos en lugar no habitado y sin armas, los cuales deberían haber incluido una punición menor. De igual manera, hubiera resultado conveniente la creación de un subtipo atenuado en función del valor de los objetos sustraídos. Pero nada de esto se llevó a cabo, ni en el Código penal de 1848, ni en su reforma de 1850.

La tipificación en el hurto se basó en el valor de la cosa sustraída, para lo cual se realizó una división tripartita: superior a 500 duros, entre 500 y más de 5 duros, y hasta 5 duros. Los hurtos de menor entidad sufrieron una profunda transformación a raíz de la reforma del Código, cuyo *maximum* prácticamente se triplicó (pasó de 6 a 16 meses), unido a la importancia que supuso elevar la pena dentro de la escala gradual

señalada por el Código; es decir, se mantuvo el arresto mayor y se añadió el presidio correccional. Este aspecto no era un asunto baladí para el reo, ya que el cumplimiento de su condena no se produciría exclusivamente en una casa pública destinada al efecto, como señalaba el Código, sino que en función de la sentencia judicial existía la posibilidad de que fuera enviado a presidio. De manera rotunda, representó un rigor excesivo por parte del legislador, pues como bien se conocía en la época, el encierro en este tipo de establecimiento penal era el peor destino que podía sufrir un delincuente. El tipo agravado se identificó con la sustracción de objetos destinados al culto en lugar sagrado o acto religioso, y con habitualidad. La reforma del Código en 1850 sustituyó esta última circunstancia por la reincidencia en la misma o semejante especie de delito; a su vez, incorporó una nueva tipificación, basada en el hurto doméstico o con grave abuso de confianza.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- AURELL, J., «El Estado liberal español», en *Historia Contemporánea de España*, vol. I, Ariel, Madrid, 2004.
- BACARDÍ, A. DE y SARDÁ, J., *Código Penal de España, enmendado con arreglo a los Reales decretos de 21 y 22 de septiembre de 1848 y comentado por D. J. S. y D. A. de B., abogados de los tribunales del reino y del ilustre colegio de esta ciudad*, Imprenta de Don Ramón Martín Indar, Barcelona, 1848.
- BARÓ PAZOS, J., «El derecho penal español en el vacío entre dos códigos (1822-1848)», en *Anuario de historia del derecho español*, núm. 83, 2013, pp. 105-138. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4546944>.
- BRAVO LIRA, B., «La fortuna del código penal de 1848, historia en cuatro actos y tres continentes: de Mello Freire y Zeiller a Vasconcelos y Seijas Lozano», en *Anuario de historia del derecho español*, núm. 74, 2004, pp. 23-58.
- CARAVANTES, J. V., *Código Penal Reformado*, Imprenta Alejandro Gómez Fuentenebro, Madrid, 1851.
- CASTRO Y OROZCO, J., y ORTIZ DE ZÚÑIGA, M., *Código penal explicado, para la común inteligencia y fácil aplicación de sus disposiciones*, Imprenta de Manuel Sanz, Granada, 1848, t. II.
- COMELLAS GARCÍA-LLERA, J. L., *Historia de España contemporánea*, Rialp, Madrid, 2002.
- CRUZ CASADO, A., «La leyenda de José María El Tempranillo (Raíces Literarias)». Disponible en: http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/la-leyenda-de-jos-mara-el-tempranillo-races-literarias-0/html/ffe46b7c-82b1-11df-acc7-002185ce6064_5.html.

- ELÍAS, J. A., *Aplicación práctica del Código penal de España*, Imprenta de Ramón Martínez Indar, Barcelona, 1848. Disponible en: <https://idus.us.es/handle/11441/113123>.
- GALLEGO DÍAZ, M., *El sistema de determinación legal de la pena. Estudio de las reglas de aplicación de penas del Código Penal*, ICAI, Madrid, 1985.
- GARCÍA VALDÉS, C., «La Codificación penal y las primeras recopilaciones legislativas», en *Anuario de historia del derecho español*, núm. 82, 2012, pp. 37-66. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4546507>.
- GONZÁLEZ GALLEGO, M. A., *El presidio del Canal de Isabel II en el contexto jurídico y penitenciario de la España isabelina*, Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2020.
- *El presidio del Canal de Isabel II (1851-1867)*, Círculo Rojo, Madrid, 2022.
- GUILLOT ALIAGA, D., «Los delitos de robo y hurto en la codificación penal española del siglo XIX», en *Tradición e influencias extranjeras en la codificación penal española: parte especial*, Navarra, Aranzadi, 2020, pp. 955-982.
- GÓMEZ BRAVO, G., *Crimen y castigo: cárceles, delito y violencia en la España del siglo XIX*, Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2004.
- IÑESTA PASTOR, E., *El Código Penal Español de 1848*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- MARTÍNEZ RUIZ, E., *La delincuencia contemporánea: introducción a la delincuencia isabelina*, Universidad de Granada, 1982.
- MATA Y MARTÍN, R. M., «Aproximación histórica robo con fuerza en las cosas. Ius fugit: *Revista interdisciplinaria de estudios histórico-jurídicos*», núm. 5-6, 1996-1997, pp. 277-310.
- MESTRE DELGADO, E., «Utilización de penados en los trabajos de laboreo de las minas de Almadén. Otra contribución de Salillas a la historia penitenciaria», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. Extra 4, 2023, pp. 21-43. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8998446>.
- OLESA MUÑIDO, F. F., «La cuadrilla como unidad delincuente en el vigente Código penal español», en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, t. 10, núm. 2, 1957. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2772420>.
- OLIVER OLMO, P., *Cárcel y sociedad represora: la criminalización del desorden en Navarra (siglos XVI-XIX)*, Servicio Editorial Universidad del País Vasco, Bilbao, 2001.
- PACHECO, J. F., *El Código Penal comentado y concordado*, Imprenta y fundición de Manuel Tello, Madrid, 1881, t. I, II y III (5.ª ed).
- PINO ABAD, M., «La represión de la tenencia y uso de armas prohibidas en Castilla previa a la Codificación Penal», en *Cuadernos de historia del derecho*, núm. 20, 2013. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4791800>.

- PRO, J., *La construcción del Estado en España. Una historia del siglo XIX*, Alianza, Madrid, 2019.
- RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., «Consideraciones generales sobre los delitos contra la propiedad», en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, t. 13, 1960.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G., «La distinción hurto- robo en el derecho histórico español», en *Anuario de historia del derecho español*, núm. 32, 1962, pp. 25-112.
- SÁNCHEZ GARCÍA, R., «Alcalá Galiano y el partido moderado», en *Historia y política: Ideas, procesos y movimientos sociales* núm. 8, 2002, pp. 255-257. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=294375>.
- *Alcalá Galiano y la construcción del liberalismo en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.
- VIZMANOS, T. M., y ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C., *Comentarios al nuevo Código Penal*, t. I y II, Establecimiento tipográfico de J. González y A. Vicente, Madrid, 1848. Disponible en: <https://bdh-rd.bne.es/viewer.vm?id=0000014217&page=1>.

ARCHIVOS

Archivo General de la Guardia Civil, *Boletín Oficial de la Guardia Civil* (1859-1865).

Diario de Sesiones del Congreso, legislatura 1847-48. Disponible en: https://app.congreso.es/est_sesiones/

FUENTES HEMEROGRÁFICAS

Gaceta de Madrid (1831, 1860, 1861).

FUENTES LEGISLATIVAS

Código penal español decretado por las Cortes en 8 de junio sancionado por el Rey y mandado promulgar en 9 de julio de 1822, Imprenta Nacional, Madrid, 1822.

Código penal de España (1848), Imprenta Nacional, Madrid, 1848.

Código penal de España (1850), Imprenta Nacional, Madrid, 1850.

Diccionario de los delitos y de las penas, Imprenta de Don Baltasar González, Madrid, 1848.

Estadística de la Administración de Justicia en lo Criminal, en la Península e islas adyacentes, Imprenta Nacional, Madrid, 1859-1862.

Novísima Recopilación de las Leyes de España, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1993. Disponible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/publicacion.php?id=PUB-LH-1993-63.

La liquidación de condena. Aspectos materiales y formales del procedimiento de liquidación

JAVIER BLANCO VARGAS

Letrado de la Administración de Justicia

RESUMEN

La liquidación de condena constituye un trámite esencial en la tramitación de la ejecución. A pesar de su importancia, hasta la fecha no ha gozado del adecuado anclaje legal, careciendo de toda regulación. En el presente trabajo se realiza un análisis detallado del procedimiento de liquidación, tomando con referencia la práctica diaria de los tribunales, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, así como los distintos proyectos de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Palabras clave: *Ejecución penal. Liquidación de condena. Proceso penal.*

ABSTRACT

Sentence calculation constitutes an essential step in the execution procedure. Despite its importance, to date, it has not enjoyed adequate legal anchoring, lacking any regulation. This paper provides a detailed analysis of the sentence calculation process, drawing reference from the daily practice of the courts, the jurisprudence of the Supreme Court, as well as the various draft reforms of the Criminal Procedure Law.

Key words: *Criminal Execution. Sentence calculation. Criminal Process.*

SUMARIO: I. Introducción.–II. Aspectos materiales del procedimiento de liquidación. 1. Determinación de la concreta extensión de la pena a cumplir. 1.1 Cómputo del plazo. 1.2 Abono de medidas cautelares. 1.2.1 Penas privativas de libertad. 1.2.2 Penas privativas de derechos. 1.3 Compensación. 2. Fijación de la fecha de inicio y fecha de fin.–III. Aspectos formales del procedimiento de liquidación. 1. Certificado de liquidación. 2. Resolución aprobatoria.–IV. Hoja de cálculo penitenciario.–V. Conclusiones.–VI. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

La liquidación de condena constituye un trámite esencial en la tramitación de la ejecución y un elemento clave para verificar el correcto cumplimiento de la pena impuesta. A pesar de ello, hasta la fecha no ha gozado del adecuado anclaje legal, siendo la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECrim) especialmente parca en materia de ejecución(1). En el presente estudio se toma como referencia la práctica diaria de los tribunales, la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, así como los distintos proyectos de reforma de la LECrim; también acudiremos a aquellos preceptos del Código Penal (en adelante CP) relacionados con la ejecución, en particular los dedicados al abono de medidas cautelares.

Son dos los puntos de vista que admite el concepto de liquidación. En efecto, desde un punto de vista formal, podemos definir la liquidación de condena como aquella certificación expedida por el Letrado de la Administración de Justicia (en adelante LAJ) en la que consta el inicio y fin de la pena impuesta. Desde un punto de vista material, podemos definirla como un cálculo aritmético mediante el cual se determina el periodo de cumplimiento efectivo de una pena, partiendo de la impuesta en sentencia y una vez descontados aquellos periodos de cumplimiento abonables o compensables, fijando fecha de inicio y fin de la misma. Por otro lado, también podemos distinguir entre liquidación judicial, que es la que practica el LAJ del órgano encargado de la ejecución, y liquidación penitenciaria, que es la que realiza el Centro Penitenciario a fin de aplicar los correspondientes beneficios penitenciarios(2).

(1) La Ley de Enjuiciamiento Criminal se ocupa de la materia en su Libro VII «De la ejecución de las sentencias» (arts. 983 a 999). La mayoría de los preceptos se encuentran desfasados; el precepto con mayor virtualidad práctica es el artículo 988, que regula el incidente de acumulación de condenas.

(2) Esta segunda clasificación es la que aparece habitualmente en los manuales y tratados. En este sentido, p. ej., CERVELLÓ DONDERIS, V., en «Derecho penitenciario», 5.º Edición, Tirant lo Blanch, 2022.

El procedimiento de liquidación de condena es aplicable a cualquier pena que por su naturaleza tenga una determinada proyección temporal(3). Ello incluye las penas privativas de libertad, penas privativas de otros derechos, así como medidas de seguridad.

El procedimiento se compone de dos trámites fundamentales:

En primer lugar, se realizará el cálculo aritmético destinado a fijar la pena concreta a cumplir, una vez descontados los días de abono a la totalidad de la pena impuesta en sentencia, así como realizadas las compensaciones que procedan. En segundo lugar, el trámite procesal consistente en expedir el certificado de liquidación, el traslado a las partes y finalmente su aprobación. Ambos trámites presentan peculiaridades y problemas que analizaremos a continuación.

II. ASPECTOS MATERIALES DEL PROCEDIMIENTO DE LIQUIDACIÓN

Son aspectos materiales aquellas operaciones de liquidación dirigidas a fijar la pena a cumplir y que constan de dos partes diferenciadas: una primera destinada a determinar la concreta extensión de la pena a cumplir y una segunda orientada a fijar la fecha de inicio y fecha fin del periodo de cumplimiento.

1. Determinación de la concreta extensión de la pena a cumplir

La primera parte de las operaciones de liquidación deberá ajustarse a las siguientes reglas:

1.1 CÓMPUTO DEL PLAZO

Si bien en el certificado que se expide por el LAJ del órgano encargado de la ejecución la pena aparece desglosada en años, meses y días, para el correcto cómputo del plazo será necesario proceder a su conversión exclusivamente a días. En este sentido, hay que advertir que el Código Penal solo contiene regla específica de conversión para el caso de la pena de multa; así, el artículo 50.4 CP establece que «a

(3) P. ej. artículo 36.2 CP: «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», o artículo 40.1 CP: «La pena de inhabilitación absoluta tendrá una duración de seis a 20 años; las de inhabilitación especial, de tres meses a 20 años, y la de suspensión de empleo o cargo público, de tres meses a seis años».

efectos de cómputo, cuando se fije la duración por meses o por años, se entenderá que los meses son de treinta días y los años de trescientos sesenta». Por el contrario, el Código guarda silencio cuando se trata de penas privativas de libertad o privativas de derechos.

Ante la ausencia de regulación específica, lo propio sería acudir, en virtud de lo dispuesto en el artículo 4.3 del Código Civil(4) (en adelante CC), a la regulación contenida en su artículo 5.1 sobre cómputo del tiempo(5). Sin embargo, tal y como señala Gómez De La Escalera(6), de aplicarse a la liquidación de condena las reglas de computación temporal previstas en el artículo 5.1 CC resultaría que la duración de las penas y los plazos prescriptivos dependerían del momento inicial sobre el que se refiriese el cómputo temporal. El autor utiliza el siguiente ejemplo, referido a la pena de arresto desaparecida en el Código de 1995, pero perfectamente aplicable a la pena de prisión actual:

«Así, por ejemplo, de aplicarse las reglas previstas en el artículo 5.1 del Código Civil resultaría que una pena de arresto mayor de dos meses podría durar 59, 60, 61 y hasta 62 días dependiendo de la fecha en que comenzara a cumplirse (por ejemplo, comenzando a ejecutarse, el uno de enero en un año no bisiesto, el uno de enero de un año bisiesto, el uno de abril o el uno de julio, respectivamente). Lo mismo sucedería si la pena fuera de tres meses y empezara a computarse, por ejemplo, el uno de febrero de un año no bisiesto (en cuyo caso se cumplirán 89 días), el uno de enero de año no bisiesto (90 días), el uno de enero de año bisiesto (91 días) o el uno de marzo (92 días)».

Por tanto, no es posible la aplicación supletoria del Código Civil, dado que estas diferencias en la duración de las penas dependiendo del momento en que comiencen a ejecutarse no pueden ser admitidas en un ordenamiento jurídico que reconoce expresamente los principios de legalidad, seguridad jurídica e igualdad (arts. 9.3 y 14 de la Constitución).

Parece razonable, y así se realiza en la práctica diaria, computar los años en 365 días y los meses en 30 días. De este modo aparece

(4) Artículo 4.3 CC: «Las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras leyes».

(5) Artículo 5.1 CC: «Siempre que no se establezca otra cosa, en los plazos señalados por días, a contar de uno determinado, quedará éste excluido del cómputo, el cual deberá empezar en el día siguiente; y si los plazos estuviesen fijados por meses o años, se computarán de fecha a fecha. Cuando en el mes del vencimiento no hubiera día equivalente al inicial del cómputo, se entenderá que el plazo expira el último del mes».

(6) GÓMEZ DE LA ESCALERA, J. J., «El cómputo temporal en la duración de las penas y en la prescripción de las infracciones penales» en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo 48, Fasc/Mes 2 1995, p. 473.

regulado en la Ley Procesal Militar de 1989(7) y es el criterio mantenido por la Fiscalía General del Estado desde su Consulta núm. 2/1989, de 26 de abril, sobre computo del año a efectos del cumplimiento de las condenas que, si bien refiriéndose al Código Penal de 1973, es aplicable al Código actual(8). En idéntico sentido aparecía regulado en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 y así se recoge en el nuevo Proyecto de Ley Orgánica de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia. En efecto, el artículo 988 bis 4 LECrim señala que «el cómputo se hará por años, meses y días, de acuerdo con las siguientes reglas: los meses completos serán de treinta días y los años completos serán de trescientos sesenta y cinco días».(9)

En el caso de que sean varias las penas impuestas, habrá que liquidar en conjunto las penas que sean de la misma naturaleza, sumando su duración global en días para luego determinar su fecha de inicio y su fecha de fin.

Finalmente indicar, como con acierto señala Meliá Llácer, que la hora como unidad de medida tan solo es significativa a los efectos del cómputo de la duración de la detención, ya que la LECrim habla de 72 horas(10). No obstante, por lo que respecta a la liquidación de condena, las horas de detención cumplidas en un día, cualesquiera que

(7) Artículo 349 de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar: «Se hará el cómputo de fechas con expresión de años, meses y días y se observarán las reglas siguientes: 1.ª Cuando la pena sea de un número de meses completos se contarán de treinta días. 2.ª Cuando sea de años completos se contarán de trescientos sesenta y cinco días».

(8) El Código Penal de 1995 no introduce cambios sustanciales en esta materia; suprime cualquier referencia al cómputo de los meses manteniendo la indeterminación sobre el cómputo a efectos penales-penitenciarios.

(9) El Proyecto de Ley Orgánica de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia y de acciones colectivas para la protección y defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios de 2024 introduce un nuevo artículo 988 bis LECrim con la finalidad, según su Exposición de Motivos, de ordenar la fase de ejecución penal. Así, señala que «una de las principales dificultades de esta fase procesal radica en la ausencia casi total de previsión legal al respecto. Con este precepto no se pretende una regulación completa de la ejecución penal, pero sí evitar la dispersión de trámites y resoluciones, centrándolos en un solo momento inicial, de tal forma que, desde ese primer momento, la ejecución quede encauzada a la espera del cumplimiento de las penas y demás pronunciamientos de la sentencia».

(10) En efecto, el artículo 520.1 apartado segundo LECrim establece que «La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos. Dentro de los plazos establecidos en la presente Ley, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial».

sean, computan como día completo. Del mismo modo, a los efectos de ingreso en el Centro Penitenciario, destacar la irrelevancia de la hora de ingreso del penado, ya que el día que se verifique computará como día de cumplimiento de la pena. Igualmente es indiferente la hora de excarcelación a los efectos de cómputo pues este día se considera de cumplimiento, aunque el interno sea excarcelado a las nueve de la mañana del día de cumplimiento de la pena.

1.2 ABONO DE MEDIDAS CAUTELARES

Una vez fijada la pena en días, de la cifra resultante habrá que detraer aquellos en los que el penado haya sufrido alguna medida cautelar, ya sea de privación de libertad (prisión preventiva, detención, etc.) o de otra naturaleza (privación del derecho a la tenencia y porte de armas, prohibición de aproximación, de comunicación, etc.).

1.2.1 *Penas privativas de libertad*

Hasta la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, la competencia para llevar a cabo la operación de abono correspondía siempre al Juez o Tribunal sentenciador. Será a partir de dicha reforma cuando se bifurque dicha competencia.

En el caso de que la prisión provisional sufrida sea abonada en la misma causa la competencia corresponde al Juez o Tribunal sentenciador (bien en sentencia, bien en auto posterior; aunque lo habitual es que se fije en el propio documento de liquidación de condena); para el caso de abono en causa distinta la competencia corresponde al Juez de Vigilancia Penitenciaria del Centro Penitenciario donde el penado se encuentre cumpliendo la condena.

El artículo 58 del Código Penal se ocupa de la materia, estableciendo su apartado primero que «el tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente será abonado en su totalidad por el Juez o Tribunal sentenciador para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación fue acordada, salvo en cuanto haya coincidido con cualquier privación de libertad impuesta al penado en otra causa, que le haya sido abonada o le sea abonable en ella. En ningún caso un mismo periodo de privación de libertad podrá ser abonado en más de una causa». Precepto modificado por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que introdujo la segunda parte del precepto para poner fin a la práctica del doble abono, de la que nos ocuparemos más adelante. Por su parte, el apartado segundo señala que «el abono de prisión provisional en causa distinta de la que se

decretó será acordado de oficio o a petición del penado y previa comprobación de que no ha sido abonada en otra causa, por el Juez de Vigilancia Penitenciaria de la jurisdicción de la que dependa el centro penitenciario en que se encuentre el penado, previa audiencia del ministerio fiscal». Finalmente establece que «sólo procederá el abono de prisión provisional sufrida en otra causa cuando dicha medida cautelar sea posterior a los hechos delictivos que motivaron la pena a la que se pretende abonar».

Abono de prisión preventiva en la misma causa

El abono de prisión preventiva en la misma causa constituye el supuesto más habitual en la práctica. Podemos señalar los siguientes aspectos:

La competencia para este abono la ostenta, como hemos visto, el Juez o Tribunal sentenciador (art. 58.1 CP). Será abonable en la liquidación tanto el tiempo de prisión preventiva sufrida como el de detención, ya sea policial o judicial. En efecto, como afirma el Tribunal Supremo en STS 501/2001(11), al sustituirse la expresión «prisión preventiva» del artículo 33 del Código Penal de 1973(12) por la expresión «tiempo de privación de libertad sufrido previamente» del artículo 58 del Código actual, se consolidó el criterio jurisprudencial conforme al cual en el cómputo del abono deberán incluirse aquellos periodos de privación provisional de libertad que no constituyen propiamente prisión preventiva, como la detención. Aunque el penado solo haya estado detenido unas horas, habrá que contar un día completo.

Por el contrario, no es abonable la medida cautelar que haya podido sufrirse en un expediente administrativo disciplinario. Así, la STS 1194/1999(13) recuerda que tanto la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo como la del Tribunal Constitucional han admitido la compatibilidad de la sanción dictada en un proceso

(11) STS, Sala 2.ª, núm. 501/2001, de 22 de marzo (FJ único), ponente Excmo. Sr. D. Enrique Abad Fernández, ECLI: ES: TS:2001:2341.

(12) Artículo 33 del Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre: «El tiempo de prisión preventiva sufrida por el delincuente durante la tramitación de la causa se abonará en su totalidad para el cumplimiento de la condena, cualquiera que sea la clase de la pena impuesta. Igualmente se abonará en su totalidad para el cumplimiento de la condena todo el tiempo de privación del permiso para conducir vehículos de motor sufrido por el delincuente durante la tramitación de la causa».

(13) STS, Sala 2.ª, núm. 1194/1999, de 14 de julio (FJ único), ponente Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta, ECLI: ES: TS:1999:5091.

penal y otro administrativo en función de la distinta protección que puede distinguirse como fundamento de la sanción, sin que ello implique vulneración del principio non bis in ídem. Por ello, entiende que «la imposición de una medida cautelar administrativa, como la acordada por el órgano administrativo competente, se enmarca en esa protección del bien jurídico referido a la especial sujeción distinta de la sanción impuesta como consecuencia jurídica a un hecho típico constitutivo de delito dirigido al restablecimiento de la paz social derivado de la agresión delictiva. Impuesta por la administración no afecta a la declaración jurisdiccional».

El abono de preventiva para el cumplimiento de la pena puede acordarse en sentencia y materializarse acto seguido de las operaciones de individualización de la pena. No obstante, lo habitual es que este abono se defiera a la fase de ejecución; si el penado se encuentra en prisión, el auto por el que se acuerde incoar la ejecutoria ordenará requerir al Centro Penitenciario a fin de que aporte propuesta de liquidación y preventivas abonables.

Por otro lado, es importante destacar que el abono de las medidas cautelares y la liquidación de condena constituyen operaciones de ejecución necesariamente anteriores a la eventual aplicación de beneficios o formas sustitutivas de cumplimiento de la pena. En efecto, la citada STS 1194/1999 se pronuncia en este sentido al entender que «la norma que regula la suspensión condicional de la pena es una norma de ejecución dirigida al cumplimiento de la pena, en tanto que el abono de la prisión preventiva va referida a una situación previa al cumplimiento mediante la que se dispone que, si bien la prisión preventiva no es una pena, su abono debe realizarse “en su totalidad” para el cumplimiento de la condena. En el orden secuencial señalado, tras la imposición de la pena privativa de libertad, ha de abonarse en su totalidad el tiempo de prisión preventiva sufrido, y posteriormente proceder a su cumplimiento, analizando, en su caso, la concesión de la suspensión condicional».

Abono de prisión preventiva en distinta causa

Este abono puede tener lugar bien por haber recaído sentencia absolutoria en la causa en la que se sufrió, bien por exceder la prisión provisional de la duración de la condena. Podemos destacar las siguientes pautas:

La competencia corresponde al Juez de Vigilancia Penitenciaria del territorio en que radique el Centro Penitenciario donde se encuen-

tre el penado (58.2 CP)(14). Normalmente será el penado quien solicite al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria que se le abone la preventiva sufrida en la otra causa, si bien puede acordarse de oficio. La acreditación de la concreta extensión de la preventiva abonable habrá de certificarla el Juez o Tribunal que decretó la medida cautelar o bien el Centro Penitenciario donde se llevó a cabo. Por otro lado, será necesario acreditar que la preventiva no se ha abonado en otra causa y que se sufrió posteriormente a los hechos delictivos que motivaron la pena a la que se pretende abonar(15). No obstante, también son susceptibles de abono aquellas medidas adoptadas por hechos anteriores cuando el conocimiento de la sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento haya tenido lugar con posterioridad a los hechos que motivaron la pena a la que se quiere abonar la medida (entre otras, SSTS 488/2023 y 660/2021 (16)). En todo caso será necesario que el proceso en el que se decretó la prisión provisional haya finalizado por sentencia absolutoria, auto de sobreseimiento o bien que haya existido un exceso de cumplimiento; por tanto, no cabe el abono si la causa está todavía en trámite o si la pena impuesta en dicha causa está suspendida, ha prescrito o ha sido sustituida.

Puede darse la circunstancia de que el Juez de Vigilancia Penitenciaria, al realizar el abono de la prisión provisional, modifique la liquidación practicada por el Juez o Tribunal sentenciador. A fin de evitar que existan dos liquidaciones diferentes, la Circular 2/2004 de la Fiscalía General del Estado(17) ordena a los fiscales que cuiden de que dicha nueva liquidación sea conocida por el órgano sentenciador.

(14) No está previsto, sin embargo, a quién corresponde dicho abono cuando el penado está en libertad.

(15) Recordemos que, según el artículo 58.3 CP, «sólo procederá el abono de prisión provisional sufrida en otra causa cuando dicha medida cautelar sea posterior a los hechos delictivos que motivaron la pena a la que se pretende abonar». El objetivo de este apartado es evitar la utilización de una prisión preventiva sufrida previamente como crédito para la comisión de hechos delictivos posteriores.

(16) STS, Sala 2.^a, núm. 488/2023, de 21 de junio (FJ 4.^o), ponente Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, ECLI: ES: TS:2023:2946 y STS, Sala 2.^a, núm. 660/2021, de 8 de septiembre (FJ 4.^o), ponente Excmo. Sr. D. Leopoldo Puente Segura, ECLI: ES: TS:2021:3291.

(17) Circular 2/2004, de 22 de diciembre, sobre aplicación de la reforma del Código Penal operada por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre (primera parte): «La reforma 15/2003 modifica puntualmente el artículo 58 atribuyendo al Juez de Vigilancia la decisión sobre el abono cuando la prisión indebida lo fue en otra causa. Ello supone que eventualmente el Juez de Vigilancia va a poder modificar la liquidación de condena practicada por el Tribunal sentenciador. Aunque el artículo 58 no lo expresa, habrá de entenderse que tal modificación deberá ser comunicada al Tribunal sentenciador, como competente para liquidar la pena. Los Sres. Fiscales cuidarán que tales comunicaciones se efectúen, evitando indeseables descoordinaciones».

Doble abono

El Tribunal Constitucional, en su conocida sentencia núm. 57/2008, de 28 de abril(18), admitió el doble abono, al permitir el abono del periodo de tiempo en que el interno había acumulado la condición de preventivo por una causa y penado por otra, para la extinción de ambas condenas.

La citada sentencia establece que la coincidencia temporal del cumplimiento de la prisión preventiva y de una pena impuesta en otra causa no excluye el abono de la prisión preventiva en la pena que se imponga en la causa en la que se sufrió aquélla pues ello vulneraría el artículo 17.1 de la CE(19). Se establece un principio vicarial entre una medida cautelar privativa de libertad y una pena en cumplimiento, en tiempo coincidente entre una y otra. De este modo, el TC entendía, interpretando el artículo 58 CP en su redacción anterior a la vigente, que la situación simultánea de preso preventivo y de penado impedía el acceso a determinados derechos o beneficios en la ejecución de una pena privativa de libertad. Ante la falta de regulación expresa, esta laguna fue interpretada por la referida sentencia en el sentido de que procedía el abono del doble cómputo del tiempo sufrido en prisión, a la vez coincidente en una situación de prisión provisional y cumplimiento de pena.

Por su parte, la reunión de Magistrados de las Secciones Penales de la Audiencia Provincial de Madrid, para unificación de criterios, de fecha 18 de junio de 2009, estableció que «La doctrina del Tribunal Constitucional (sobre abono de la prisión provisional coincidente con penado) es aplicable, en el caso de coincidencia simultánea de varias medidas cautelares de prisión provisional con una de penado en otra causa, a una sola». Criterio mantenido posteriormente por el Tribunal Constitucional en sentencia núm. 148/2013, de 9 de septiembre(20), al señalar que «sólo se podrá computar una sola vez el período que simultaneó la condición de penado y preventivo».

Tras la reforma del artículo 58 CP por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, desapareció dicha posibilidad. En efecto, señala el precepto que «en ningún caso un mismo periodo de privación de libertad podrá ser abonado para la extinción de más de una condena». El

(18) STC, Sala 2.ª, núm. 57/2008, de 28 de abril (FJ 6.º). Recurso de amparo 5899-2003.

(19) 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».

(20) STC, Sala 2.ª, núm. 148/2013, de 9 de septiembre (FJ 5.º). Recurso de amparo 10252-2009.

ATS 62/2014(21) establece que «el citado abono doble, resulta, igualmente, de una interpretación del Tribunal Constitucional, fruto de la STC 57/2008, por lo que sus efectos se han desplegar en las situaciones anteriores a la promulgación del nuevo artículo 58 del Código Penal, quedando sin efecto tal interpretación por voluntad del legislador, a partir precisamente de la vigencia de la nueva norma».

La doctrina del doble abono continúa siendo de interés, pues la nueva previsión no afecta a aquellos supuestos de condenas múltiples impuestas con anterioridad a su entrada en vigor, siendo habitual su solicitud por los propios internos en los supuestos de acumulación de condenas.

Régimen de recursos

Cuando el tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente haya de abonarse en la misma causa, la decisión del Juzgado de lo Penal (o Juzgado Central de lo Penal) será recurrible en apelación ante la Audiencia Provincial (o Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional) conforme al régimen general de recursos (787, 795 y concordantes de la LECrim). El auto que dicte la Audiencia Provincial resolviendo el recurso de apelación será susceptible de recurso de casación ordinario conforme a los arts. 848 y 849.1.º LECrim en relación con el artículo 4 de la Ley de 17 de enero de 1901. Por su parte, si la resolución cuestionada ha sido dictada por la Audiencia Provincial (o la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional) en su condición de órgano sentenciador, el auto será recurrible en apelación ante el Tribunal Superior de Justicia (o Sala de Apelación de la Audiencia Nacional) siendo este último auto recurrible en casación.

En efecto, el artículo 848 LECrim, tras la reforma operada por la Ley 41/2015(22), establece lo siguiente: «Podrán ser recurridos en casación, únicamente por infracción de ley, los autos para los que la ley autorice dicho recurso de modo expreso y los autos definitivos dictados en primera instancia y en apelación por las Audiencias Provinciales o por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional cuando supongan la

(21) ATS, Sala 2.ª, núm. 62/2014, de 16 de enero (FJ único), ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Soriano Soriano, ECLI: ES: TS:2014:775.ª

(22) La Ley 41/2015, de 5 de octubre, supuso la generalización de la segunda instancia en el proceso penal, cumpliendo así con lo dispuesto en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. La ausencia de regulación procesal del recurso de apelación contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales y por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional mantenía una situación insatisfactoria que, al tener que compensarse con mayor flexibilidad en el entendimiento de los motivos del recurso de casación, desvirtuaba la función nomofiláctica del Tribunal Supremo.

finalización del proceso por falta de jurisdicción o sobreseimiento libre y la causa se haya dirigido contra el encausado mediante una resolución judicial que suponga una imputación fundada». Por su parte, el artículo 4 de la Ley de 17 de enero de 1901, sobre el abono del tiempo de prisión preventiva establece que «Los Tribunales harán aplicación de las anteriores prescripciones en la parte dispositiva de la sentencia que dictaren y los funcionarios del Ministerio fiscal las tendrán en cuenta para solicitar en sus conclusiones acerca de este extremo, lo que sea procedente. Las infracciones de esta ley, en cuanto a la prisión preventiva, se considerarán incluidas en el párrafo sexto del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal».

Es doctrina pacífica la vigencia de Ley de 17 de enero de 1901. En este sentido, el ATS de 13 de junio de 2012 (con cita, entre otras, de la STS 1449/1998)(23) señala que «conforme al artículo 848 de la LECrim (en su antigua redacción), contra los autos dictados con carácter definitivo por las Audiencias solamente cabe el recurso de casación, y únicamente por infracción de ley, cuando ésta lo autorice de modo expreso. Si bien es cierto que en la LECrim no se autoriza expresamente que contra este tipo de autos dictados en ejecución de sentencia resolviendo sobre el abono de prisión preventiva sufrida en otra causa pueda interponerse recurso de casación, también lo es que la referencia a la “ley” no se limita necesariamente a la ley de enjuiciamiento y en el caso actual el artículo 4.º de la Ley de 17 enero 1901 (“las infracciones de esta ley, en cuanto a la prisión preventiva, se considerarán incluidas en el párrafo 6.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”), autoriza la formulación del recurso, debiendo considerarse vigente dicha norma en lo que se refiere al ámbito procesal, habida cuenta de que el párrafo 6.º del artículo 849 mencionado en esa disposición equivale al actual párrafo 1.º del mismo precepto, esto es, el error iuris como primero de los motivos de casación por infracción de ley». En el mismo sentido, la STS núm. 611/2020(24).

Cuando se trate de abonar la prisión provisional en causa distinta a aquella en la que se hubiere decretado, la decisión del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria será susceptible de recurso de apelación ante el tribunal sentenciador(25). Contra esta decisión podrá interponerse

(23) ATS, Sala 2.ª, (sin numerar en CENDOJ) de 13 de junio de 2012 (FJ 3.º), ponente Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez, ECLI: ES: TS:2012:6875.ª

(24) STS, Sala 2.ª, núm. 611/2020, de 16 de noviembre (FJ 1.º), ponente Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García, ECLI: ES: TS:2020:3753.

(25) Disposición Adicional 5.ª Apartado 2.º LOPJ: «Las resoluciones del Juez de Vigilancia Penitenciaria en materia de ejecución de penas serán recurribles en ape-

recurso de casación para la unificación de doctrina en materia de vigilancia penitenciaria ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo(26). No cabe, sin embargo, recurso de casación ordinario. En efecto, la STS 646/2020(27) se pronuncia en este sentido al señalar que «[...] la reforma del Código Penal operada por la L. O 15/2003, introdujo un doble régimen compensatorio, atribuyendo al Juez de Vigilancia Penitenciaria la competencia para decidir el abono de periodos de prisión provisional sufridos en causa distinta. Lo que comporta, como consecuencia necesaria, estar al régimen especial de recursos devolutivos, ordinarios y extraordinarios, contra las decisiones de los jueces de vigilancia penitenciaria previsto en la Disposición Adicional 5.ª de la LOPJ, introducida por la L. O 5/2003, de 27 de mayo. Régimen cuya lectura sistemática excluye el recurso de casación ordinario contra la decisión impugnada pues este solo se prevé de forma expresa, en el apartado 6.º «contra el auto por el que se determine el máximo de cumplimiento o se deniegue su fijación [...]»(28)».

Finalmente hacer referencia a lo que podemos llamar la atenuación del principio de intangibilidad de las resoluciones judiciales en materia de ejecución.

lación y queja ante el tribunal sentenciador, excepto cuando se hayan dictado resolviendo un recurso de apelación contra resolución administrativa que no se refiera a la clasificación del penado». En el caso de resoluciones dictadas por el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, el Apartado 6.º de la DA 5.ª LOPJ centraliza la competencia (tanto en materia de ejecución de penas como de régimen penitenciario) en la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

(26) Disposición Adicional 5.ª Apartado 8.º LOPJ: «Contra los autos de las Audiencias Provinciales y, en su caso, de la Audiencia Nacional, resolviendo recursos de apelación, que no sean susceptibles de casación ordinaria, podrán interponer, el Ministerio Fiscal y el letrado del penado, recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, el cual se sustanciará conforme a lo prevenido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el recurso de casación ordinario, con las particularidades que de su finalidad se deriven. [...] ». No cabe dicho recurso, por tanto, cuando se trate de resoluciones dictadas en apelación por un Juzgado de lo Penal; de hecho, ha sido muy criticada la posibilidad de que un Juzgado de lo Penal actúe como revisor de un Juzgado de Vigilancia Penitenciaria. Los Jueces de Vigilancia Penitenciaria, en reunión anual celebrada en 2003, propusieron que la competencia corresponda en todo caso en la Audiencia Provincial.

(27) STS, Sala 2.ª, núm. 646/2020, de 27 de noviembre (FJ 4.º), ponente Excmo. Sr. D. Javier Hernández García, ECLI: ES: TS:2020:4258.

(28) La sentencia cita erróneamente el apartado 6.º, queriendo en realidad referirse al apartado 7.º, que es el que establece que «Contra el auto por el que se determine el máximo de cumplimiento o se deniegue su fijación, cabrá recurso de casación por infracción de ley ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que se sustanciará conforme a lo prevenido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal».

En este sentido, la STS 515/2020(29) afirma que el alcance de la firmeza de las resoluciones depende de su naturaleza. Así, señala que «a veces solo comprende la cosa juzgada formal y no la material. Sucede así con un auto de prisión o con un auto de concesión de beneficios de la remisión condicional que haya ganado firmeza por no haber sido recurrido o haberse desestimado el recurso intentando no significa que no pueda ser modificado posteriormente en virtud de nuevas circunstancias. En materia de ejecución es habitual enfrentarnos a este tipo de resoluciones».

De igual forma, la STS 620/2021(30) señala que «por la naturaleza dinámica del proceso de ejecución que admite ampliaciones de su objeto (consecuentes, por ejemplo, a fórmulas de acumulación punitiva, quebrantamientos de condena, revocación de suspensiones de pena o de ejecución del resto de pena, etc.) o restricciones (derivadas, por ejemplo, de indultos o de pronunciamientos de revisión) el principio de intangibilidad de las resoluciones liquidatarias se somete a modulaciones».

1.2.2 *Penas privativas de derechos*

El abono de medidas cautelares también es aplicable a las penas privativas de derechos, tal y como indica el artículo 58.4 CP(31). Nos centraremos en aquellas penas más habituales en la práctica como son la privación del derecho a la tenencia y porte de armas, prohibición de aproximación y comunicación, así como privación del derecho de conducir.

Privación del derecho a la tenencia y porte de armas

La medida suele adoptarse al amparo del artículo 544 ter LECrim, acordándose la intervención de la licencia administrativa correspondiente, así como la entrega física de las armas al servicio de intervención policial (habitualmente la Unidad de Intervención de Armas y Explosivos de la Guardia Civil). No obstante, es importante traer a colación un auto de la AP de Valencia de fecha 24 de noviembre de 2006, según el cual «si la privación viene realizada por la Guardia Civil mediante la entrega voluntaria del detentador, debe incardinarse

(29) STS, Sala 2.ª, núm. 515/2020, de 15 de octubre (FJ 6.º), ponente Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García, ECLI: ES: TS:2020:3617.

(30) STS, Sala 2.ª, núm. 620/2021, de 9 de julio (FJ 3.º), ponente Excmo. Sr. D. Javier Hernández García, ECLI: ES: TS:2021:2871.

(31) Artículo 58.4 CP: «Las reglas anteriores se aplicarán también respecto de las privaciones de derechos acordadas cautelarmente».

dentro del proceso judicial como una medida cautelar sancionada por el Juez de Instrucción que se halla sujeto a dicho precepto si definitivamente es impuesta en sentencia como pena», añadiendo que «se debe abonar en calidad de medida cautelar, pues de lo contrario la privación del derecho quedaría vacía de apoyo legal a todos los efectos, dado que la entrega voluntaria sólo cabe desde la perspectiva administradora reguladora del uso de armas, puesto que dentro del proceso penal es inadmisibles en sentido estricto, de modo que si el Juzgado admite la recepción es bajo su responsabilidad y con el debido respaldo legal, que en el caso es el de constituir una medida cautelar». Por tanto, en virtud de dicha doctrina, podrá incluirse como abono en la liquidación la entrega de armas realizada voluntariamente a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

Prohibición de aproximación y comunicación

El abono comprenderá el periodo de tiempo que abarca desde la adopción de la medida cautelar hasta el día anterior a la sentencia firme; el día de firmeza de la sentencia se computa ya como cumplimiento de la pena. Si finalmente la condena no impone esta pena o el periodo sufrido cautelarmente excede de la pena finalmente impuesta, dicho periodo podrá ser abonado en otra causa, siempre que concurren los requisitos exigidos.

Privación del permiso de conducir

El abono comprenderá el periodo de tiempo en el que el permiso o licencia haya estado intervenido, tanto si la privación fue acordada expresamente como medida cautelar como si el permiso fue entregado voluntariamente(32).

1.3 COMPENSACIÓN

El abono anteriormente analizado será de aplicación cuando nos encontremos ante penas homogéneas o de la misma naturaleza, como la prisión preventiva y la prisión; en cambio, la compensación entra en juego cuando nos hallamos ante penas heterogéneas. Aparece regu-

(32) Conviene recordar lo dispuesto en el artículo 794.2.º LECrim, según el cual «En los casos en que se haya impuesto la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores, el Secretario judicial procederá a la inmediata retirada del permiso y licencia habilitante, si tal medida no estuviera ya acordada, dejando unido el documento a los autos y remitirá mandamiento a la Jefatura Central de Tráfico para que lo deje sin efecto y no expida otro nuevo hasta la extinción de la condena».

lada en el artículo 59 CP, según el cual «cuando las medidas cautelares sufridas y la pena impuesta sean de distinta naturaleza, el Juez o Tribunal ordenará que se tenga por ejecutada la pena impuesta en aquella parte que estime compensada».

Como veremos a continuación, no es fácil establecer parámetros de comparación fijos, sino que los módulos varían en atención a la mayor o menor aflicción de las circunstancias del caso concreto. No obstante, el Tribunal Supremo se ha encargado de ofrecer algunos patrones estandarizados que pueden servir de ayuda. En este sentido se pronuncia la STS 262/2021(33) al señalar que «[...] no se pueden establecer módulos fijos. Hay que ponderar el diverso nivel de aflicción que la medida ha supuesto en concreto, lo que hace todavía más disfuncional pretender fijar un módulo del estilo café para todos». Podemos hacer referencia a los siguientes supuestos:

Comparecencias apud acta

El artículo 530 de la LECrim establece que «el investigado o encausado que hubiere de estar en libertad provisional, con o sin fianza, constituirá apud acta obligación de comparecer en los días que le fueren señalados en el auto respectivo, y además cuantas veces fuere llamado ante el juez o tribunal que conozca de la causa. Para garantizar el cumplimiento de esta obligación, el juez o tribunal podrá acordar motivadamente la retención de su pasaporte».

Por su parte, el Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del TS de 19 de diciembre de 2013 resolvió la cuestión planteada en el sentido siguiente: «La obligación de comparecencia periódica ante el órgano judicial es la consecuencia de una medida cautelar de libertad provisional. Como tal medida cautelar puede ser compensada conforme al artículo 59 del Código Penal atendiendo al grado de aflicción que su efectivo y acreditado cumplimiento haya comportado».

Criterio confirmado posteriormente por la STS 1045/2013(34). En efecto, entiende la Sala Segunda que «el deber de comparecer es el efecto inmediato de la restricción de la libertad ínsita en la medida cautelar de libertad provisional. La Sala no puede aceptar que una libertad calificada como provisional no implique una restricción del valor constitucional proclamado en el artículo 1 de la Constitución Española.» El criterio de la compensación, continúa señalando, «ten-

(33) STS, Sala 2.ª, núm. 262/2021, de 23 de marzo (FJ 4.º), ponente Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García, ECLI: ES: TS:2021:1086

(34) STS, Sala 2.ª, núm. 1045/2013, de 7 de enero (FJ 3.º), ponente Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez, ECLI: ES: TS:2014:595.

drá consecuencias benéficas para el sistema de cumplimiento de las penas y para la propia efectividad de las medidas cautelares. De una parte, por cuanto que contribuirá a eliminar la rutinaria aplicación de una medida restrictiva de la libertad cuya ejecución, vigilancia y seguimiento jurisdiccional no siempre están siendo ejemplares. De otra parte, porque facilitará el efecto pedagógico asociado a la idea de que el cumplimiento por el imputado de esas comparecencias siempre conllevará la expectativa favorable de su futura compensación».

Admitida, por tanto, la existencia de un deber legal de compensación de toda restricción anticipada de derechos sufrida con carácter cautelar, surge la necesidad de operar conforme a criterios de motivada razonabilidad. Entiende el Alto Tribunal que el criterio adoptado por la sentencia objeto de recurso fue ejemplar y señala que «las comparecencias quincenales efectuadas durante 18 meses por el acusado han sido compensadas a razón de 1 día de prisión por cada 10 comparecencias, lo que totalizan 4 días a restar de los 3 años de condena que le fueron impuestos a aquél y que ahora han de ser abonados en la liquidación definitiva. Se trata de un cómputo equilibrado, razonable y, por tanto, susceptible de aplicación en supuestos de igual o similar naturaleza». De este modo, la Sala Segunda nos ofrece un criterio orientador para supuestos similares: un día de prisión por cada diez comparecencias. Ello no impide optar por otro distinto en el caso de que las circunstancias lo exijan, pero siempre ajustándose al canon de motivación reforzada.

Retirada del pasaporte

El Tribunal Supremo, en sentencia núm. 484/2020(35), aborda la cuestión de si es abonable el tiempo de retirada de pasaporte como medida cautelar. El Alto Tribunal opta por establecer con carácter general una compensación de un día de prisión por cada seis meses de retención del pasaporte si bien advirtiendo que, en caso de acreditar perjuicios singulares (piénsese en supuestos en los que por la profesión del investigado sea necesario viajar de forma habitual) puede optarse por otro criterio de compensación.

En efecto, señala que «es razonable que los tribunales tiendan a establecer criterios estandarizados cuando no se acrediten unos perjuicios o molestias singulares, para dar un tratamiento igual a situaciones que no guardan entre sí deferencia alguna». Teniendo en cuenta el criterio adoptado para el caso de las comparecencias apud acta y pon-

(35) STS, Sala 2.^a, núm. 484/2020, de 1 de octubre (FJ 4.º), ponente Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina, ECLI: ES: TS:2020:3159.

derando la menor restricción que esta cautela supone, entiende que es razonable un módulo de compensación de 1 día de prisión por cada seis meses de retención del pasaporte o de prohibición de salida de España. Se insiste, no obstante, en que no se trata de un criterio cerrado; si se acreditan especiales perjuicios, habrán de ser tomados en consideración para efectuar la compensación que en cada caso se estime procedente.

Prisión preventiva y pena de multa

Recientemente el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre si es compensable el tiempo de prisión preventiva para el cumplimiento de la pena de multa. En efecto, la STS núm. 251/2024(36) se enfrenta a la posibilidad de que la compensación de medidas cautelares restrictivas de libertad sea extensible a penas que no tienen ninguna relación con la libertad personal (como pueden ser las inhabilitación especial o absoluta, la multa o la privación de derechos tales como la prohibición de conducción de vehículos, tenencia y porte de armas, prohibición de aproximación y comunicación, etc.).

Limitando su análisis a la pena de multa, señala que «no cabe duda de que las medidas cautelares tanto de prisión provisional como de comparecencia *apud acta* son limitativas de la libertad y son heterogéneas respecto de la multa, que es una pena patrimonial, salvo en caso de impago, que se sustituye por una responsabilidad personal subsidiaria», añadiendo que juega a favor de la compensación que la regla establecida en el artículo 59 CP es una regla general que no tiene excepciones y que, en principio, es aplicable a toda clase de penas.

Continúa señalando que la Sala Segunda se ha mostrado favorable a reconocer el instituto de la compensación en términos muy amplios, citando como ejemplo la STS 432/2021(37) en la que se reconoció la compensación no solo en la llamada dualidad heterogénea que se produce cuando la medida cautelar y la pena proyectan su efecto sobre un mismo derecho pero con distinta intensidad (caso de las comparecencias *apud acta* y la pena de prisión) sino en la compensación heterogénea que se produce cuando la medida cautelar y la pena se proyectan sobre distintos derechos. En efecto, la citada sentencia establece que «la previsión (del artículo 59 CP) no se limita a aquellos casos en los que concurre una efectiva divergencia de naturaleza entre los derechos restringidos por la medida cautelar y los que resultan afectados por la

(36) STS, Sala 2.ª, núm. 251/2024, de 13 de marzo (FJ 2.º), ponente Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina, ECLI: ES: TS:2024:1614.

(37) STS, Sala 2.ª, núm. 432/2021, de 20 de mayo (FJ 2.º), ponente Excmo. Sr. D. Pablo Llerena Conde, ECLI: ES: TS:2021:2090.

pena, ni a aquellos otros supuestos en los que afectando una y otra a los mismos derechos, existe un exceso de duración en la medida cautelar que posibilita compensar el gravamen en otro derecho que introduce una pena acumulada. Son supuestos en los que la previsión permite compensar la medida cautelar de prisión provisional con la pena de multa, o una medida de alejamiento con la pena privativa de libertad que finalmente se imponga, o entre la medida de alejamiento y la pena pecuniaria».

Finalmente el Alto Tribunal señala que no es obstáculo para la compensación la inexistencia de un parámetro que establezca la equivalencia, entendiéndose aplicable el artículo 53 CP(38) aunque se refiera a un supuesto diferente. El citado artículo equipara un día de prisión con dos cuotas de multa, por lo que nada impide que ese módulo se aplique para compensar las medidas cautelares privativas de la libertad con la pena de multa. La compensación opera tanto cuando el penado es solvente y debe procederse a su cumplimiento voluntario o por vía de apremio, como cuando es insolvente y la multa debe ser sustituida por la responsabilidad personal subsidiaria.

Otros supuestos

Se ha planteado la posibilidad de abonar el período de tiempo en el que penado haya estado sometido a tratamiento de desintoxicación en régimen cerrado, aunque se trate de una obligación impuesta en virtud de suspensión de la pena de prisión, una vez se han incumplido con las obligaciones que condicionaban la misma. El AAP Salamanca 401/2017(39), teniendo en cuenta el grado de afflictividad de dicho internamiento y teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 99 CP(40), entiende que es razonable el abono de un día de

(38) Artículo 53.1 CP: «Si el condenado no satisficiera, voluntariamente o por vía de apremio, la multa impuesta, quedará sujeto a una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, que, tratándose de delitos leves, podrá cumplirse mediante localización permanente. En este caso, no regirá la limitación que en su duración establece el apartado 1 del artículo 37. También podrá el juez o tribunal, previa conformidad del penado, acordar que la responsabilidad subsidiaria se cumpla mediante trabajos en beneficio de la comunidad. En este caso, cada día de privación de libertad equivaldrá a una jornada de trabajo».

(39) AAP de Salamanca, Sección 1.ª, núm. 401/2017, de 6 de noviembre (FJ 3.º).

(40) Artículo 99 CP: «En el caso de concurrencia de penas y medidas de seguridad privativas de libertad, el juez o tribunal ordenará el cumplimiento de la medida, que se abonará para el de la pena. Una vezalzada la medida de seguridad, el juez o tribunal podrá, si con la ejecución de la pena se pusieran en peligro los efectos conseguidos a través de aquélla, suspender el cumplimiento del resto de la pena por un

prisión por cada día de internamiento en régimen cerrado para el tratamiento de desintoxicación.

En el caso de que el penado hubiera sufrido prisión provisional y en sentencia se haya determinado que, por concurrir una eximente incompleta, procede el cumplimiento de medida de seguridad privativa de libertad, la Sala Segunda (entre otras, STS 840/2015(41)) ha computado el tiempo de prisión preventiva sobre la duración máxima en abstracto que podría tener la pena de ese delito, en tanto que la aplicación de una medida de seguridad privativa de libertad no puede exceder del límite penológico del delito cometido. El abono de la preventiva se realizará sobre ese máximo que queda configurado como límite para la determinación de la duración de la medida de seguridad, dado que puede ser modificada, a menos, en función de las circunstancias que surjan durante su ejecución.

También se ha considerado abonable la prohibición de cambio de residencia. En el caso de autos, el Alto Tribunal consideró que dicha prohibición impidió al penado desarrollar su profesión en un país diferente al de su residencia, entendiéndose abonable un día de prisión por cada nueve meses de prohibición de cambio de residencia, a la persona condenada a la que esta prohibición. En efecto, la STS 109/2022(42) apreció un grado de aflicción propio por la circunstancia de que el condenado, por no haber podido salir de España, no hubiera podido dedicar algún tipo de dedicación a su profesión en Reino Unido, entendiéndose que «esta compensación no ha de ser de un día de privación de libertad por cada 30 de vigencia de la prohibición, como proponía la defensa, sino que, en atención a las consideraciones que hemos realizado nos parece suficientemente compensada, en este concreto caso que nos ocupa, a razón de un día por cada nueve meses que estuvo vigente la prohibición».

Por el contrario, no se ha admitido el abono de la medida de prohibición de aproximación a una comisaría del municipio de residencia de un penado que no acreditó ningún perjuicio por la misma. Así, la STS 52/2015(43) establece lo siguiente: «[...]en lo que a la solicitud del abono al cumplimiento de la pena de la prohibición de aproximación a la Comisaría de la localidad de Marbella se refiere, hay que

plazo no superior a la duración de la misma, o aplicar alguna de las medidas previstas en el artículo 96.3».

(41) STS, Sala 2.^a, núm. 840/2015, de 30 de diciembre (FJ 1.º), ponente Excmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruiz, ECLI: ES: TS:2015:5741.

(42) STS, Sala 2.^a, núm. 109/2022, de 10 de febrero (FJ 3.º), ponente Excmo. Sr. D. Ángel Luis Hurtado Adrián, ECLI: ES: TS:2022:623.

(43) STS, Sala 2.^a, núm. 52/2015, de 26 de enero (FJ 2.º), ponente Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín, ECLI: ES: TS:2015:412.

concluir en el rechazo de semejante pretensión, no sólo por no tener acogida en el repetido Acuerdo del Pleno de esta Sala, exclusivamente referido a la medida cautelar de obligación de comparecencia ante el órgano judicial, sino además ante la ausencia de concreción de los perjuicios que esa prohibición de aproximación del condenado respecto de su lugar de trabajo pudieren haberle ocasionado, con lo que ello significa de imposibilidad para graduar adecuadamente los términos en los que ha de establecerse la oportuna compensación establecida en el artículo 59 del Código Penal».

2. Fijación de fecha de inicio y fecha de fin

Resulta fundamental, como bien apunta Gómez De La Escalera, determinar exactamente las reglas de computación temporal aplicables a la duración de las penas a fin de garantizar plenamente los principios de legalidad, igualdad y seguridad jurídica consagrados en la Constitución.

Por lo que respecta a la fecha de inicio, el artículo 38.1 CP establece lo siguiente: «Cuando el reo estuviere preso, la duración de las penas empezará a computarse desde el día en que la sentencia condenatoria haya quedado firme.» En ocasiones el Centro Penitenciario remite la denominada «hoja de cuentas» señalando una fecha distinta de cumplimiento, no coincidente con la de firmeza, al encontrarse cumplimiento otra condena previa. También es habitual que el Centro Penitenciario posponga la solicitud de liquidación a la espera de realizar alguna refundición de penas.

Por su parte, el artículo 38.2 CP establece que «Cuando el reo no estuviere preso, la duración de las penas empezará a contarse desde que ingrese en el establecimiento adecuado para su cumplimiento». De este modo, el *dies a quo* o día inicial para el cumplimiento de las penas en general es aquel en que realmente se hubiera empezado a cumplirlas y no en el siguiente. Asimismo, hay que tener en cuenta que, a efectos del cumplimiento de las penas, el día inicial se cuenta por entero cualquiera que sea la hora en que se produjo realmente la privación de libertad, separándose de este modo de la formulación general contenida en el Código Civil.

Tratándose de penas privativas de derechos, la fecha de inicio de cumplimiento dependerá de la firmeza de la sentencia. En este sentido, podemos distinguir los siguientes supuestos: a) en el caso de sentencia de conformidad dictada por el Juzgado de Instrucción en unas Diligencias Urgentes, procederá el inicio de la pena en la fecha misma de la sentencia, firme desde ese momento (801.2 y 4 LECrim); b) en

el caso de sentencia de conformidad dictada por el Juzgado de lo Penal, al igual que en el supuesto anterior, procederá el inicio de la pena en la fecha misma de la sentencia, firme desde ese momento (789.2.^a LECrim); c) en el caso de sentencia sin conformidad de las partes, dictada por el órgano de enjuiciamiento que corresponda, habrá que estar a la fecha de firmeza de la sentencia una vez resueltos, en su caso, los recursos que procedan.

La fecha de extinción de la condena se obtiene mediante un simple cálculo aritmético; la suma del periodo de cumplimiento efectivo a la fecha de inicio dará como resultado la fecha de licenciamiento definitivo(44).

Especial consideración merece la pena de prisión permanente revisable, pues dado su carácter indeterminado únicamente podrá reflejarse la fecha de inicio de cumplimiento, pero no así la fecha fin, que será sustituida por la fecha en la que deba realizarse la primera de las revisiones. En efecto, tal y como señala Rodríguez Yagüe(45), el plazo de extinción debe ser sustituido por la referencia al momento de la revisión inicial de esta pena, además de adaptarse en el futuro, una vez concedida la libertad condicional, al tiempo de suspensión que haya determinado el tribunal conforme a lo establecido en el artículo 92.3 CP.

Necesidad de requerimiento y quebrantamiento de condena

El criterio ampliamente seguido por la práctica judicial, basado en razones de seguridad jurídica, es el de la necesidad de realizar un requerimiento expreso al penado a fin de que proceda al cumplimiento de la pena (o medida cautelar) impuesta. De este modo, la fecha de ese requerimiento se toma como inicio del cómputo del plazo de cumplimiento de la pena. Sin dicho requerimiento no es posible apreciar un delito de quebrantamiento de condena del artículo 468 CP(46).

(44) El llamado 'licenciamiento definitivo' es la resolución judicial (habitualmente una providencia) en la que se determina que la pena impuesta se ha cumplido totalmente; también carece de regulación expresa en la LECrim.

(45) RODRÍGUEZ YAGÜE, C., «Prisión permanente revisable, concurrencia de delitos y acumulación de penas» en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.^a Época, núm. 31 (enero 2024), pp. 163-210.

(46) Artículo 468 CP: «1. Los que quebrantaren su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año si estuvieran privados de libertad, y con la pena de multa de doce a veinticuatro meses en los demás casos. 2. Se impondrá en todo caso la pena de prisión de seis meses a un año a los que quebrantaren una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza impuesta en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna

Será el momento de este requerimiento y no el de la notificación de la sentencia dictada y firme el que marcará el inicio del cómputo del plazo de cumplimiento. En los supuestos de conformidad no se plantean problemas, pues en el mismo momento de la notificación de la sentencia, una vez que las partes manifiestan su voluntad de no recurrir, es declarada su firmeza y el LAJ realiza el requerimiento de cumplimiento. El problema surge en aquellos supuestos en los que la sentencia es recurrida. En efecto, en estos casos la Audiencia Provincial declarará la firmeza y notificará la sentencia al penado si bien corresponderá al Juzgado de Instrucción o Juzgado de lo Penal realizar el requerimiento. De este modo, un quebrantamiento realizado entre la notificación y el requerimiento no sería subsumible en el tipo del artículo 468 CP. Puede encontrarse alguna resolución de la jurisprudencia menor en apoyo de esta tesis(47).

Por el contrario, existe otra postura que entiende que para que se inicie el cómputo de la pena impuesta o se pueda apreciar un quebrantamiento de condena basta con que la sentencia firme que la imponga se notifique al interesado. De este modo el conocimiento personal de «la existencia, contenido y duración de la pena es lo que hace vinculante y de obligado cumplimiento al penado el contenido de lo dispuesto en la resolución judicial, sin que pueda oponerse por el afectado que no se le hizo un expreso requerimiento previo, a modo de advertencia, de que si lo infringía cometía el delito del artículo 468.2 CP».

Magro Servet(48) es partidario de esta segunda tesis. En efecto, considera que basta la notificación personal de la resolución en donde conste expresamente la pena (o medida) sin necesidad de que medie un requerimiento expreso. También sin necesidad de que se incoe la correspondiente ejecutoria y se practique liquidación de condena. Basta que el penado tenga conocimiento cabal y expreso que existía la orden. Por tanto, siguiendo su criterio, no es exigible como elemento del tipo la realización de requerimiento alguno más allá de la mera notificación personal de la resolución en que se acuerde la pena o medida, constituyendo el requerimiento y la liqui-

de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, así como a aquellos que quebrantaren la medida de libertad vigilada.»

(47) SAP Tarragona, Sección 2.^a, núm. 289/2005, de 7 de marzo (FJ 1.^o).

(48) MAGRO SERVET, V., «Problemática en los actos de comunicación en las medidas cautelares y penas en la violencia de género» en *Cuadernos digitales de formación (número monográfico Actualización de criterios de interpretación en materia de violencia de género*. Consejo General del Poder Judicial, núm. 7, 2011. También en «No requerimiento al condenado en los casos de condena de orden de alejamiento: SAP Alicante, Sección 1.a, 19 junio 2012» en *La Ley Penal*. Editorial La Ley.

dación de condena meros actos formales de ejecución cuya ausencia no impide aplicar esta figura.

El Tribunal Supremo se decanta por esta segunda postura. En este sentido, nos encontramos con la STS 778/2010(49), que se ocupa de un supuesto en el que un agente de la Policía Local notificó una medida cautelar al acusado sin efectuar un requerimiento en forma. El Alto Tribunal casa la sentencia de instancia, absolutoria, y condena al acusado por un delito del artículo 468.2 CP. Señala que «los defectos formales en los que puede haber tenido el acto de la notificación no excluyen el conocimiento que de hecho, según su propia declaración, tuvo el acusado, de que una autoridad le entregó una resolución judicial explicándole que no debía acercarse a la víctima y de que esa resolución le imponía el alejamiento respecto de la víctima. Tales defectos no excluyen el tipo subjetivo». Y añade lo siguiente: «Cierto es que, no obstante, se podría sostener que, en realidad, la Audiencia quiso decir que los defectos de la notificación determinan que el deber impuesto por la resolución no se haya concretado respecto del sujeto al que va dirigida la prohibición. Sin embargo, esa interpretación no tiene apoyo alguno en el texto legal. Por el contrario, el tipo objetivo del delito del artículo 468.2 CP sólo requiere que el autor sepa que era el destinatario de un mandato judicial por el que le es impuesta la prohibición de acercarse a la víctima. Otra interpretación del tipo objetivo contenido en el artículo 468.2 CP sería claramente contraria a la finalidad de la norma, cuya función es proteger a la víctima del peligro que el posible autor representa para su integridad física y su vida. Consecuentemente, el tipo subjetivo, es decir el dolo, sólo presupone el conocimiento del mandato judicial que le incumbe y que el autor sepa que con su conducta lo incumple». La resolución cuenta con un voto particular del Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro en el que, invocando los arts. 64.5 de la Ley Orgánica 1/2014, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género y el artículo 180 LECrim, sostiene que «cuando la resolución judicial no ha sido debidamente notificada no tiene vigencia, no produciendo efectos», concluyendo que el acusado no había asumido el estatuto de sometido a una medida cautelar.

Por su parte, la STS 675/2013(50) con cita en los argumentos esgrimidos en la anterior, sostiene que el tipo objetivo del delito del artículo 468.2 del Código Penal, «sólo requiere que el autor sepa que

(49) STS, Sala 2.ª, núm. 778/2010, de 1 de diciembre (FJ único), ponente Excmo. Sr. D. Enrique Bacigalupo Zapater, ECLI: ES: TS:2010:6966

(50) STS, Sala 2.ª, núm. 675/2013, de 21 de junio (FJ 4.º), ponente Excmo. Sr. D. Julián Artemio Sánchez Melgar, ECLI: ES: TS:2013:4110.

era el destinatario de un mandato judicial por el que le es impuesta la prohibición de acercarse a la víctima. Otra interpretación del tipo objetivo contenido en el artículo 468.2 CP sería claramente contraria a la finalidad de la norma, cuya función es proteger a la víctima del peligro que el posible autor representa para su integridad física y su vida». Por tanto, el tipo subjetivo solo presupone el conocimiento del mandato judicial que le incumbe y que el autor sepa que con su conducta lo incumple.

En igual sentido, la STS 567/2020(51) afirma que en la jurisprudencia de la Sala no se exige como elemento del delito la existencia de un requerimiento previo con apercibimiento de incurrir en responsabilidad criminal, ni tampoco una comunicación de la fecha en la que comienza a ser efectiva la prohibición, lo cual resulta lógico si se entiende que, tratándose de una medida cautelar, debe entrar en vigor desde el mismo momento en que se notifica, al obligado por la misma, la resolución en la que se acuerda.

Supuestos de acumulación del artículo 76 CP

La acumulación jurídica del artículo 76 CP establece limitaciones al cumplimiento sucesivo de las penas cuando la totalidad de las impuestas no sea susceptible de cumplimiento simultáneo. El legislador establece modulaciones a fin de evitar que la suma de todas las penas impuestas sea excesivamente larga, lo que atentaría contra el fin constitucional de reeducación y reinserción social de las mismas(52), limitando de este modo la estancia del condenado en prisión.

Se trata de un expediente complejo(53) cuyo estudio excede del objeto del presente trabajo. Baste decir que puede iniciarse de oficio, a instancia del Ministerio Fiscal o del propio penado(54). Será competente el órgano que dictó la última sentencia firme de todas aquellas

(51) STS, Sala 2.ª, núm. 567/2020, de 30 de octubre (FJ 1.º), ponente Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, ECLI: ES: TS:2020:3649.

(52) 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».

(53) Desde el año 2019 está disponible la aplicación web ‘Calculadora 988’, elaborada por el Ministerio de Justicia para facilitar el cálculo aritmético a realizar en el expediente de acumulación, evitando los potenciales errores.

(54) Para iniciar el procedimiento basta la solicitud suscrita por el interesado, sin necesidad de abogado (STS, Sala 2.ª, núm. 1167/2005, de 19 de octubre, FJ 2.º) pero en este caso habrá de requerirse al solicitante para que designe letrado que le defienda y procurador que le represente, de modo que, si no lo hace en el plazo que se le conceda al efecto, se le nombrarán de oficio (STS, Sala 2.ª, núm. 1100/2006 de 13 de noviembre, FJ 2.ª).

que se pretenden acumular, normalmente un Juzgado de lo Penal o una Audiencia Provincial(55).

El trámite se encuentra regulado en el artículo 988 LECrim: será necesario recabar hoja histórico-penal, testimonio de todas las sentencias condenatorias, resolución de firmeza, así como posibles autos de acumulación anteriores; de dicha documentación se dará traslado al Ministerio Fiscal y al letrado de la defensa para informe; el expediente se resolverá mediante auto, contra el que cabe recurso de casación por infracción de ley.

Una vez firme el auto que acuerde la acumulación, el órgano judicial que ha tramitado el expediente deberá comunicar la resolución al resto de juzgados y tribunales sentenciadores, así como al Centro Penitenciario, solicitando hoja de cuentas a este último a fin de practicar nueva liquidación de condena con el nuevo límite de cumplimiento que resulte de la acumulación. Los órganos judiciales que impusieron las penas objeto de acumulación quedan sujetos a la aplicación de ese límite máximo en la ejecución de la condena total, conservando, tal y como señala Cordero Lozano(56), todas las competencias para resolver las incidencias de su ejecución individual, y continuando con la ejecución del resto de pronunciamientos (pena de multa, responsabilidad civil, costas, etc.). No existiendo pronunciamientos pendientes de ejecutar, es habitual acordar el archivo provisional de la causa hasta el momento del licenciamiento definitivo.

III. ASPECTOS FORMALES DEL PROCEDIMIENTO DE LIQUIDACIÓN

Ya hemos señalado que la Ley de Enjuiciamiento Criminal no presta especial atención a la ejecución penal, no existiendo un solo artículo dedicado a la liquidación de condena. Ha sido la práctica diaria de los tribunales la que ha ido configurando el trámite a seguir; asimismo hay que destacar que todos los proyectos tristemente falli-

(55) Puede serlo también un Juzgado de Instrucción, cuando haya dictado sentencia en un juicio por delito leve; sin embargo, no lo será por el hecho de haber dictado sentencia de conformidad del artículo 801 LECrim (en este caso será competente el Juzgado de lo Penal).

(56) CORDERO LOZANO, C., «Ejecución de la pena de prisión. Especial referencia a la acumulación jurídica de condenas y a la refundición de penas». Repertorio de Ponencias del Centro de Estudios Jurídicos, 2012, pp. 19 y 20.

dos de reforma integral de la LECrim o de elaboración de un nuevo Código Procesal Penal han regulado este trámite(57).

1. Certificado de liquidación

Si el penado se encuentra en libertad, en el auto de incoación de la ejecutoria se acordará requerir al penado para que ingrese en el Centro Penitenciario que corresponda (habitualmente el más cercano a su domicilio) bajo apercibimiento, en caso contrario, de ser conducido por la fuerza pública(58). En este sentido, el apartado segundo del artículo 990 LECrim establece que «corresponde al Juez o Tribunal a quien el presente Código impone el deber de hacer ejecutar la sentencia adoptar sin dilación las medidas necesarias para que el condenado ingrese en el establecimiento penal destinado al efecto, a cuyo fin requerirá el auxilio de las Autoridades administrativas, que deberán prestárselo sin excusa ni pretexto alguno».

El penado, por tanto, podrá ingresar voluntariamente una vez notificado el citado auto y entregado el mandamiento de ingreso(59). Transcurrido el plazo concedido para ingresar de forma voluntaria sin haberse procedido a ello, el Juez o Tribunal acordará su busca y captura para que sea conducido por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad conforme a los arts. 492.1.º y 490.7.º LECrim(60). Una vez detenido, el artículo 500 LECrim establece que «el Juez a quien se entregue o que haya acordado la detención dispondrá que inmediatamente sea remitido al establecimiento o lugar donde debiere cumplir su condena».

(57) Actualmente se encuentra en trámite parlamentario el Proyecto de Ley Orgánica de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia que, aunque solo dedica un artículo a la ejecución penal, se ocupa de la liquidación de condena.

(58) La LECrim no fija plazo para que el penado ingrese en prisión (tampoco lo hace ninguno de los proyectos de reforma). De ahí que el plazo varíe en función del órgano encargado de la ejecución; en la práctica el mismo suele oscilar entre los tres y los diez días.

(59) El artículo 15 del Reglamento Penitenciario establece que el ingreso de una persona en prisión en calidad de penado «se efectuará mediante mandamiento de prisión o sentencia firme de la autoridad judicial competente». Mientras que artículo 16 añade que podrá ser admitido en un establecimiento penitenciario quien se presente voluntariamente, en cuyo caso «el Director del centro recabará del Juez o Tribunal, dentro de las veinticuatro horas siguientes al ingreso, el correspondiente mandamiento, así como, en su caso, el testimonio de sentencia y liquidación de condena».

(60) El artículo 492 LECrim establece que la Autoridad o agente de Policía judicial tendrá obligación de detener, entre otros supuestos, a cualquiera que se halle en alguno de los casos del artículo 490, incluyendo el apartado 7.º del artículo 490 «al procesado o condenado que estuviere en rebeldía».

Si el penado se encuentra en prisión, el auto acordará el inmediato cumplimiento de la pena impuesta, librándose por el LAJ mandamiento de cumplimiento junto con el que se remitirá testimonio de la sentencia condenatoria con expresión de su firmeza, requiriendo al director del establecimiento penitenciario para que comunique de forma inmediata la fecha de inicio de cumplimiento de la pena.

Una vez recibida dicha comunicación, en la que habitualmente consta fecha de inicio, fin, así como días de abono, se procederá por el LAJ a practicar la liquidación de condena. La liquidación habrá de comprender los siguientes particulares:

- a) la fecha de inicio del cumplimiento,
- b) el tiempo abonable por haber estado en prisión preventiva o por la aplicación de cualquier otra medida cautelar,
- c) el tiempo de duración de la condena y
- d) el tiempo de cumplimiento

El abono de la preventiva suele aplicarse, como hemos visto, en el mismo documento de liquidación sin necesidad del dictado de una resolución aparte. No sucede así con las compensaciones del artículo 59 CP, que tampoco no suelen acordarse de oficio. Lo habitual es que el LAJ practique la liquidación sin tener en cuenta la posible existencia de comparecencias *apud acta* o la retirada del pasaporte en fase de instrucción. En el caso de que fuera alegado por el penado, procede la apertura de un incidente en el que se exhortará al Juzgado de Instrucción para que remita pieza de situación personal del condenado o bien las diversas comparecencias *apud acta* realizadas ante el mismo. Una vez recabada la documentación pertinente, se elabora una relación de las comparecencias que resulten acreditadas para dar traslado a las partes. Transcurrido el plazo concedido, el Juez o Tribunal resuelve mediante auto.

Una vez realizada la liquidación de condena, el LAJ dará traslado al Ministerio Fiscal, a la defensa y (en su caso) a la acusación particular; asimismo, se notificará de forma personal al penado y se pondrá en conocimiento del Centro Penitenciario(61). El plazo habitual que suele concederse no excede de cinco días.

(61) En ocasiones ello genera disfunciones pues la comunicación al Centro Penitenciario se suele producir de manera inmediata (sobre todo cuando el Centro Penitenciario está incluido como interviniente en el sistema de Gestión Procesal) mientras que la notificación vía exhorto es habitual que se dilate en el tiempo. Cuando finalmente se practica la notificación por el juzgado, el penado ya ha tenido conocimiento de la liquidación a través del propio centro.

Tanto el Anteproyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 como el proyecto de Código Procesal Penal de 2013 regulan un procedimiento similar, variando únicamente el plazo por el que se da traslado y la resolución aprobatoria, de la que nos ocuparemos en el siguiente apartado.

En efecto, el artículo 736 del Anteproyecto establecía lo siguiente: «1. Recibida del establecimiento penitenciario la comunicación referida en el artículo anterior, el secretario judicial practicará la liquidación de condena de la pena de prisión con los abonos que procedan. [...] 2. De la liquidación de condena se dará vista por tres días al Ministerio Fiscal, al penado, a su letrado y a las demás partes personadas. Transcurrido dicho plazo y a la vista de las alegaciones presentadas el secretario judicial, mediante decreto, resolverá lo que proceda aprobando la liquidación de condena».

Por su parte, el artículo 664 del proyecto de Código Procesal Penal establecía: «1.– El centro penitenciario informará al Tribunal de la fecha de ingreso del penado en prisión y hará constar en su comunicación el tiempo de prisión preventiva que deba ser abonada. 2.– El Secretario Judicial extenderá una certificación en la que conste el tiempo en que el penado hubiera permanecido detenido y en prisión preventiva, así como cualquier otra medida cautelar que hubiera sufrido durante la tramitación de la causa y realizará una propuesta de liquidación de condena que será notificada al Ministerio Fiscal y a la defensa, que dispondrán de un plazo de cinco días para formular alegaciones».

En el caso de tratarse de penas privativas de derechos, el LAJ efectuará liquidación de condena en los términos anteriormente señalados. Será de aplicación lo analizado en este estudio respecto a los particulares de la liquidación, el cómputo de los plazos y el procedimiento para efectuarla.

La liquidación comprenderá la fecha de inicio y de finalización de la pena. La notificación a la persona condenada se hará con apercibimiento de incurrir, en su caso, en un delito de quebrantamiento de condena o en la responsabilidad penal que proceda en el supuesto de incumplimiento. En la liquidación se abonará el tiempo en que la persona condenada haya estado sometida a una medida cautelar de la misma naturaleza.

2. Resolución aprobatoria

Se ha debatido mucho sobre cuál debe ser la resolución por la que se aprueba la liquidación de condena. Nos podemos encontrar con

liquidaciones aprobadas bien por el Juez mediante auto o providencia bien por el LAJ mediante decreto o diligencia de ordenación.

Los distintos proyectos de reforma de la LECrim también varían. Así, el Anteproyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011, publicado por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, y siguiendo las recomendaciones de la Comisión Jurídica Asesora para la implantación de la Oficina Judicial, otorga dicha competencia al LAJ al establecer su artículo 736.2 apartado segundo que «transcurrido dicho plazo y a la vista de las alegaciones presentadas el secretario judicial, mediante decreto, resolverá lo que proceda aprobando la liquidación de condena».

El Anteproyecto no establece nada sobre el recurso que cabe contra dicho decreto, aunque puede deducirse fácilmente de su régimen general de recursos. Para determinar los recursos que proceden hemos de acudir al Libro VII del (dedicado a los recursos) y a su Título II (relativo a los recursos contra las resoluciones de los secretarios judiciales). En efecto, el artículo 613 disponía que «contra los decretos del secretario judicial las partes podrán interponer recurso de revisión». Añadiendo el 614 que «El recurso de revisión se interpondrá ante el juez o tribunal con competencia funcional en la fase del proceso en que haya recaído el decreto». Por tanto, contra el decreto del LAJ aprobando la liquidación de condena cabría interponer recurso de revisión ante el Juez o Tribunal encargado de la ejecución. Por el contrario, el proyecto de Código Procesal Penal de 2013 otorga dicha competencia al juez al señalar su artículo 664.2 que «transcurrido el plazo a que se refiere el apartado anterior y a la vista de las alegaciones que, en su caso, hubieren sido formuladas, la liquidación de condena será aprobada mediante auto del Tribunal. La liquidación podrá ser recurrida en apelación por el penado y el Ministerio Fiscal».

A la vista de las reformas operadas en los últimos años, que sitúan al LAJ como un operador jurídico dotado de capacidad resolutoria, en especial en materia de ejecución, y dada la naturaleza del procedimiento liquidatorio, parece razonable sostener que cuando no medie oposición, la liquidación de condena debe ser aprobada por el LAJ mediante decreto. En el caso de que sea impugnada por alguna de las partes, será el Juez o Tribunal encargado de la ejecución el que resuelva mediante auto. Esta es la línea que sigue el nuevo Proyecto de Ley Orgánica de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia; así, el artículo 988 bis 4 LECrim establece lo siguiente: «De dichas liquidaciones, que se notificarán personalmente al condenado, se dará traslado al Ministerio Fiscal y a las partes, que podrán impugnarlas en el plazo de dos días. Transcurrido el plazo sin

impugnación, el letrado o la letrada de la Administración de Justicia la aprobará mediante decreto. Si fueran impugnadas por alguna de las partes, se dará traslado al resto para alegaciones por de dos días [sic]. Transcurrido el mismo, hubieren o no presentado escrito las demás partes, el juez, la jueza o el tribunal resolverá mediante auto, que será dictado en el plazo de dos días. Una vez firme éste, si corrigiere la liquidación de condena será notificado personalmente al condenado».

Una vez firme la resolución aprobatoria de la liquidación se notificará personalmente al penado remitiendo exhorto al Juzgado de Instrucción o de Paz más cercano a la prisión o bien a la Oficina Judicial Delegada de la misma(62), remitiendo asimismo testimonio al Centro Penitenciario.

En el caso de tratarse de una pena de localización permanente, el tribunal sentenciador en la propia sentencia condenatoria o bien el encargado de la ejecución mediante auto, previa audiencia de las partes, fijará el lugar y las condiciones de cumplimiento de la pena. La resolución será notificada personalmente al penado, a quien el LAJ requerirá para que señale la fecha de inicio de cumplimiento. Determinada esta fecha, se practicará la correspondiente liquidación de condena. Asimismo, se requerirá a la persona condenada para que se abstenga de abandonar el lugar en el que la pena haya de ejecutarse, apercibiéndole de las consecuencias del incumplimiento. Cuando el tribunal haya dispuesto que la pena de localización permanente se cumpla en establecimiento penitenciario(63) se remitirá a este el mandamiento de ingreso en prisión con la liquidación de condena para el cumplimiento de la pena, que se ejecutará en la forma reglamentariamente prevista.

En el caso de penas privativas de otros derechos, la regulación es la misma. De hecho, los distintos proyectos de reforma de la LECrim contienen disposiciones que se remiten a la regulación relativa a la pena de prisión.

Una vez firme la liquidación de condena, el LAJ certificará y comunicará el contenido y duración de la pena, con expresión de la

(62) Las `Oficinas Delegadas de Justicia´ han descargado de una gran cantidad de trabajo a los Juzgados (normalmente mixtos) que hasta su implantación eran los encargados de cumplimentar la totalidad de exhortos remitidos para realizar actos de comunicación a los internos.

(63) Artículo 37.1 apartado 2.º CP: «No obstante, en los casos en los que la localización permanente esté prevista como pena principal, atendiendo a la reiteración en la comisión de la infracción y siempre que así lo disponga expresamente el concreto precepto aplicable, el Juez podrá acordar en sentencia que la pena de localización permanente se cumpla los sábados, domingos y días festivos en el centro penitenciario más próximo al domicilio del penado».

fecha de inicio y finalización, a las personas u organismos encargados de vigilar o ejecutar la privación de derechos.

La liquidación de condena se anotará en el Registro Central de Penados y, en su caso, en el Registro Central para la Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica y de Género. En este sentido, el artículo 13 del Real Decreto 95/2009, de 6 de febrero, por el que se regula el Sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia (SIRAJ) establece que el LAJ verificará la exactitud del contenido de la información que, previamente cumplimentada por el personal de la oficina judicial bajo su dirección, se trasmita a los Registros Centrales.

Esta información deberá remitirse en los siguientes plazos: a) De forma inmediata y, en cualquier caso, en el plazo máximo de cinco días cuando se trate de inscripciones en los Registros Centrales de Penados, Medidas Cautelares, Requisitorias y Sentencias No Firmes, Rebeldes Civiles y Sentencias de Responsabilidad Penal de los Menores. b) De forma inmediata y, en cualquier caso, en el plazo máximo de veinticuatro horas cuando se trate de inscripciones en el Registro Central para la Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica y de Género. Cuando las circunstancias técnicas impidan la transmisión telemática a este Registro Central, la transmisión de datos podrá realizarse mediante la remisión al encargado del registro de los modelos aprobados por Orden del Ministro de Justicia. Los secretarios judiciales ordenarán que se remita en dicho plazo copia impresa de los mismos a la policía judicial a efectos de su ejecución y seguimiento.

En el caso de la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas, una vez firme la liquidación de condena, se deberá comunicar la privación a la Unidad de Intervención de Armas de la Guardia Civil para su seguimiento y control. Si la condena es superior a dos años generará la pérdida de vigencia de la licencia.

En el caso de prohibición de aproximación y comunicación, además de la remisión al SIRAJ, la liquidación de condena deberá comunicarse a las distintas policías. Igualmente se notifica de forma personal a la víctima, como diligencia necesaria para asegurar un conocimiento pleno de la extensión de su protección. Si el penado está preso se comunicará al Centro Penitenciario a efectos de control de los permisos de salida, así como de restricción del derecho de visitas respecto de quienes tenga que cumplir dichas prohibiciones.

Finalmente, por lo que respecta a la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores, habrá que distinguir,

conforme a lo dispuesto en el artículo 47 CP(64), si la condena es superior o no a los dos años.

En el primer supuesto, perdida la vigencia por disposición legal, procederá remitir el permiso a la Jefatura de Tráfico correspondiente dejando testimonio en autos. El procedimiento para la obtención de un nuevo permiso estará condicionado a la previa realización y superación de un curso de sensibilización y reeducación vial, regulado en el artículo 71.2 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, conforme al artículo 73.1 del mismo texto(65).

Puede suceder que el penado sea sorprendido conduciendo un vehículo a motor una vez extinguida la condena, pero antes de realizar el curso necesario para la obtención de nuevo permiso. Dicha conducta no encaja en ninguno de los apartados del artículo 384 CP, que sanciona la conducción sin permiso. En efecto, su apartado primero castiga al que condujere un vehículo de motor o ciclomotor en los casos de pérdida de vigencia del permiso o licencia por pérdida total de los puntos asignados legalmente, mientras que su apartado segundo sanciona al que realizare la conducción tras haber sido privado cautelar o definitivamente del permiso o licencia por decisión judicial y al que condujere un vehículo de motor o ciclomotor sin haber obtenido nunca permiso o licencia de conducción. Esta cuestión fue tratada por la Circular de la Fiscalía General del Estado 10/2011, de 17 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de Seguridad Vial, que llegó a la conclusión de que el caso analizado no es subsumible en ninguna de las conductas previstas en el artículo 384 CP siendo reconducible al quebrantamiento de condena del artículo 468 CP siempre que, tras cumplirse la pena de privación del derecho de conducir, el Juzgado realice

(64) El apartado tercero del artículo 47 CP establece que «cuando la pena impuesta lo fuere por un tiempo superior a dos años comportará la pérdida de vigencia del permiso o licencia que habilite para la conducción o la tenencia y porte, respectivamente».

(65) Artículo 73.1 RDL 6/2015: «El titular de un permiso o licencia de conducción que haya perdido su vigencia de acuerdo con lo previsto en el artículo 47 del Código Penal, al haber sido condenado por sentencia firme a la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a dos años, podrá obtener, una vez cumplida la condena, un permiso o licencia de conducción de la misma clase y con la misma antigüedad, de acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo 71.2 para la pérdida de vigencia de la autorización por la pérdida total de los puntos asignados. El permiso que se obtenga dispondrá de un saldo de 8 puntos».

un apercibimiento expreso de incurrir en este delito si el penado vuelve a conducir sin haber recuperado el permiso.

En el segundo supuesto, el funcionario encargado de tramitar la ejecutoria deberá prestar especial atención al día de cumplimiento que aparezca en la liquidación para previamente citar al condenado a fin de proceder a la devolución del permiso. En aquellos supuestos en los que el penado resida en localidad distinta habrá de remitirse exhorto junto con el permiso para que se le haga entrega el último día de cumplimiento, con la advertencia de que no podrá conducir hasta el día siguiente(66). En la diligencia de entrega debe advertirse al penado de que para volver a conducir ha de acreditar que haber superado el curso de reeducación y sensibilización vial al que hace referencia el artículo 73.2 del Real Decreto Legislativo 6/2015(67).

Finalmente, hay que destacar la no intangibilidad de la liquidación de condena, ya que la misma puede verse afectada posteriormente (y una vez firme) por una serie de vicisitudes: un quebrantamiento de condena que suponga el establecimiento de nuevas fechas de repercusión penitenciaria, la concesión de un indulto que suponga una novación de la condena, o el abono de periodos de prisión provisional en otras causas susceptibles de ser abonados a la causa en liquidación. Por ello, como apunta Vivancos Gil(68), debe destacarse el carácter provisional de la liquidación de condena y la resolución aprobatoria de la misma, sin que en modo alguno pueda predicarse de la misma el carácter de cosa juzgada, y ello en base al carácter dinámico que tiene el expediente penal-penitenciario del interno como algo vivo sujeto a constantes modificaciones que inevitablemente repercuten en las liquidaciones practicadas, de forma que hasta que no llegue la resolución judicial aprobando el licenciamiento definitivo propuesto por el Centro Penitenciario, la liquidación de condena estará sujeta a posibles cambios.

(66) La conducción el último día de cumplimiento es constitutivo de un delito de conducción sin permiso. Puede parecer evidente pero el supuesto llegó al TS. En efecto, la STS núm. 914/2022, de 23 de noviembre, se ocupó de la cuestión señalando que cuando se impone una pena de prohibición de conducción de vehículos a motor y ciclomotores, esta incluye el último día de su extensión, sin que sean necesarios conocimientos específicos para saberlo.

(67) Artículo 73.2 RDL 6/2015: «Si la condena es igual o inferior a dos años, para volver a conducir únicamente deberá acreditar haber superado con aprovechamiento el curso de reeducación y sensibilización vial al que hace referencia el primer párrafo del artículo 71.2».

(68) VIVANCOS GIL, P. A. «Refundición y acumulación de condenas: liquidación de condena y licenciamiento definitivo». *Diario LA LEY*, núm. 8517, Sección Doctrina, 13 de abril de 2015, Ref. D-143, Editorial LA LEY, 2015.

IV. HOJA DE CÁLCULO PENITENCIARIO

Una vez aprobada la liquidación de condena por el órgano encargado de la ejecución, la Oficina de Régimen del Centro Penitenciario procede a elaborar, sobre la base de aquélla, la denominada hoja de cálculo a fin de reflejar las distintas fechas de repercusión penitenciaria y así poder aplicar los beneficios que correspondan. Pueden destacarse las siguientes fechas:

- Permisos de salida: una cuarta parte de la condena (1/4);
- Tercer grado: mitad de la condena (1/2) (69);
- Libertad condicional: tres cuartas partes de la condena (3/4);
- Adelantamiento de la libertad condicional: dos tercios de la condena (2/3);
- Supuestos especiales del artículo 78 CP(70): cuatro quintas partes de la condena (4/5) y siete octavas partes de la condena (7/8).
- Libertad definitiva: cuatro cuartas partes de la condena (4/4).

El cálculo de la cuarta parte para la obtención de los permisos de salida no presenta especiales dificultades. Si el penado está cumplimiento varias penas, dicho cálculo habrá de hacerse sobre la suma de todas las condenas impuestas. En efecto, el artículo 154.1 del Reglamento Penitenciario (en adelante RP)(71) establece que «se podrán conceder, previo informe preceptivo del Equipo Técnico, permisos de salida ordinarios de hasta siete días de duración como preparación para la vida en libertad, hasta un total de treinta y seis o cuarenta y ocho días por año a los condenados clasificados en segundo o tercer grado respectivamente, siempre que hayan extinguido la cuarta parte de la condena o condenas y no observen mala conducta». Tampoco presenta dificultades el cálculo de la mitad de la condena para la obtención del tercer grado.

(69) Cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años, el juez o tribunal podrá ordenar que la clasificación del condenado en tercer grado no se efectúe hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta; se aplicará dicha previsión, en todo caso, a los condenados a pena de prisión superior a cinco años por los delitos que enumera el artículo 36.2 CP.

(70) Internos condenados por delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II del CP, o cometidos en el seno de organizaciones criminales.

(71) Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario.

Por lo que respecta a la libertad condicional, conviene destacar los siguientes supuestos:

– Supuesto ordinario del artículo 90.1 CP (3/4): la condena total se divide por cuatro, la cantidad resultante se resta de la total y el resultado obtenido es lo que ha de cumplir el penado para obtener la libertad condicional.

– Supuesto de adelantamiento del artículo 90.2 CP (2/3): la condena total se divide por tres, la cantidad resultante se resta de la total, siendo el resultado obtenido lo que ha de cumplirse para obtener la libertad condicional.

– Supuesto de adelantamiento cualificado del artículo 90.2 CP: una vez cumplida la mitad de la condena se puede adelantar el cómputo de los 2/3 hasta noventa días por cada año transcurrido de cumplimiento efectivo.

Refundición de condenas

Es habitual la confusión entre la refundición del artículo 193.2 del Reglamento Penitenciario y la acumulación del artículo 76 del Código Penal(72). Se trata de institutos diferentes: mientras que la acumulación, como hemos visto, supone una limitación al cumplimiento de penas, ya que establece un máximo a cumplir, la refundición consiste en la suma de todas las penas privativas de libertad que cumple el penado, a efectos de la concesión de la libertad condicional. La refundición penitenciaria carece de efectos procesales, las diversas penas refundidas o enlazadas no desaparecen ni se transforman en una pena nueva y distinta.

De este modo, en el caso de que el penado se encuentre cumpliendo varias condenas, a los solos efectos de aplicar la libertad condicional, la suma de estas se considera una sola. Para ello será necesario enlazar cada una, de manera que cada condena inicie su cumplimiento al día siguiente de la extinción de la anterior.

En este sentido, el artículo 193.2 del RP establece lo siguiente: «Para el cómputo de las tres cuartas partes o, en su caso, dos terceras partes de la pena, se tendrán en cuenta las siguientes normas: [...] 2.^a Cuando el penado sufra dos o más condenas de privación de libertad, la suma de las mismas será considerada como una sola condena a efectos de aplicación de la libertad condicional. Si dicho penado

(72) El propio Tribunal Supremo ha contribuido a ello, utilizando en ocasiones las palabras acumulación y refundición como sinónimos (p. ej. STS, Sala 2.º, núm. 367/2015, de 11 de junio).

hubiera sido objeto de indulto, se sumará igualmente el tiempo indultado en cada una para rebajarlo de la suma total».

Tal y como indica Cervelló Donderis(73), este trámite tiene como finalidad la realización de un cálculo conjunto de las tres cuartas partes de la condena a efectos de tramitar la libertad condicional, por eso puede hacerse cuando quepa tal posibilidad conforme a los requisitos establecidos en el artículo 90 CP. No obstante, añade la autora que la ventaja de realizar dicha refundición, al margen de la clasificación del sujeto, es evitar un licenciamiento anticipado del penado sin comprobar la existencia de condenas pendientes de cumplimiento.

La propuesta de refundición es realizada por la Oficina de Régimen del Centro Penitenciario y aprobada por el Juez de Vigilancia Penitenciaria, previo dictamen del Ministerio Fiscal. Contra dicha resolución cabe recurso de reforma y apelación(74).

V. CONCLUSIONES

Una de las grandes asignaturas pendientes de nuestra ley procesal penal es regular detalladamente la ejecución de las penas y medidas de seguridad impuestas. Hasta la fecha, y a pesar de las sucesivas reformas, la LECrim continúa huérfana en este aspecto. La liquidación de condena constituye una parte esencial dentro de la ejecución, habiendo sido la práctica diaria de los tribunales y la jurisprudencia del Tribunal Supremo la que ha contribuido a otorgar cierta claridad a dicho trámite; no obstante, presenta disfunciones que el legislador penal debe solventar.

Desde un punto de vista material, el procedimiento de liquidación consta de dos partes diferenciadas: una primera cuya finalidad es determinar la concreta extensión de la pena a cumplir y una segunda orientada a fijar la fecha de inicio y la fecha de fin del periodo de cumplimiento.

En la primera parte pueden surgir algunas dificultades a la hora de abonar las medidas cautelares sufridas previamente, en especial cuando lo son en distinta causa; por otro lado, el mecanismo de la compensación del artículo 59 CP es cada vez más frecuente, mostrándose el TS favorable a reconocer dicho instituto en términos muy amplios, incluyendo los supuestos de penas y medidas heterogéneas. El régimen de

(73) CERVELLÓ DONDERIS, V., *Derecho penitenciario*, 5.º Edición, Cap. 18: liquidación de condena. Tirant lo Blanch, 2022, pp. 396 y 397.

(74) Disposición Adicional 5.ª Apartados 1.º y 3.º LOPJ.

recursos contra las resoluciones de abono presenta ciertas notas de oscuridad, tanto en las resoluciones de abono en una misma causa (se acude a la vigencia de una ley de 1901 para justificar la posibilidad de interponer recurso de casación ordinario) como en las acordadas en distinta causa (la interpretación de la DA 5.^a LOPJ ha originado no pocos debates); es necesaria una reforma que aclare la cuestión. La segunda parte de las operaciones no plantea especiales problemas, más allá de las especialidades que surgen en torno a la prisión permanente revisable, el debate sobre la necesidad de requerimiento expreso, así como los supuestos de acumulación del artículo 76 CP.

Desde un punto de vista formal, el trámite a seguir carece de toda regulación. Ha sido la práctica diaria la que ha ido asentando la forma y los requisitos que deben contener las resoluciones que se dicten en esta materia. Los distintos proyectos de reforma de la LECrim, en consonancia con las últimas reformas producidas tanto a nivel organizativo como procesal, otorgan especial protagonismo al LAJ, siendo la autoridad competente para expedir el certificado de liquidación y para aprobar, en los supuestos en los que no se origine controversia, la liquidación de condena.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- CERVELLÓ DONDERIS, V., «Liquidación de condena» en *Derecho penitenciario*, 5.ª Edición, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 379-398.
- CORDERO LOZANO, C., «Ejecución de la pena de prisión. Especial referencia a la acumulación jurídica de condenas y a la refundición de penas». Repertorio de Ponencias del Centro de Estudios Jurídicos, 2012.
- CREMADES LÓPEZ DE TERUEL, F. J., «Últimas novedades jurisprudenciales (y judiciales) en la liquidación de condena». Repertorio de Ponencias del Centro de Estudios Jurídicos, 2015.
- FERRER GUTIERREZ, A., *Manual práctico sobre ejecución penal y Derecho Penitenciario*, 2.ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 89-118; 547-586.
- GÓMEZ DE LA ESCALERA, J. J., «El cómputo temporal en la duración de las penas y en la prescripción de las infracciones penales» en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo 48, Fasc/Mes 2 1995, pp. 465-502.
- MAGRO SERVET, V., «Problemática en los actos de comunicación en las medidas cautelares y penas en la violencia de género» en *Cuadernos digitales de formación (número monográfico Actualización de criterios de interpretación en materia de violencia de género)*. Consejo General del Poder Judicial, núm. 7, 2011.

- MAGRO SERVET, V., «No requerimiento al condenado en los casos de condena de orden de alejamiento: SAP Alicante, Sección 1.ª, 19 junio 2012» en *La Ley Penal*. Editorial LA LEY, 2012.
- MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «El abono de las medidas cautelares en la duración de las penas» en *Diario La Ley*, núm. 8293, Sección Doctrina, 15 de abril de 2014, Año XXXV, Editorial LA LEY, 2014.
- MELIÁ LLÁCER, M. R., «La ejecución de las penas privativas de derechos». Repertorio de Ponencias del Centro de Estudios Jurídicos, 2014.
- NIETO GARCÍA, A. J., «La liquidación de condena. Determinación de la hoja de cálculo» en *Diario La Ley*, núm. 9257, Editorial LA LEY, 2018.
- RODRÍGUEZ YAGÜE, C., «Prisión permanente revisable, concurrencia de delitos y acumulación de penas» en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.ª Época, núm. 31, 2024, pp. 163-210.
- VILLEGAS GARCÍA, M. A.; ENCINAR DEL POZO, M. A., «La jurisprudencia sobre la ejecución penal: aspectos procesales» en *Diario LA LEY*, núm. 10494, Sección Dossier, Editorial LA LEY, 2024,
- VIVANCOS GIL, P. A., «Refundición y acumulación de condenas: liquidación de condena y licenciamiento definitivo». *Diario LA LEY*, núm. 8517, Sección Doctrina, 13 de abril de 2015, Ref. D-143, Editorial LA LEY, 2015.

Aplicación del Derecho Penal extranjero por Tribunales nacionales: ¿Un aporte a la justicia y a la armonización Europea?

BRIAN BUCHHALTER MONTERO

PDI en formación (FPU). Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN

La aplicación del Derecho penal extranjero por Tribunales nacionales ha sido históricamente admisible. Los argumentos (abordados aquí a la luz del ejemplo alemán) que condujeron, sobre todo a principios del siglo XX, a la desaparición de esa posibilidad son hoy endeble. Así, las dificultades prácticas que se han aducido siempre (idiomáticas, imposibilidad de conocer las normas) han decaído, como lo demuestra no solo el común examen de Derecho comparado en la doctrina, sino también la generalización de internet y otro tipo de medios de acceso a la información. Por otra parte, la aplicación del Derecho penal extranjero por los Tribunales nacionales puede ser deseable, por dos motivos. En primer lugar, porque puede contribuir a que la sanción sea (es decir, que se imponga) y no solo que sea, sino que sea proporcionada. Por otro lado, que los Tribunales nacionales apliquen normas penales extranjeras puede, con las debidas cautelas, a fortalecer un entendimiento común y menos soberanista del ius puniendi (que tan Derecho es como el privado extranjero, que se aplica sin dificultad por Tribunales nacionales).

Palabras clave: Normas penales extranjeras, historia del Derecho, Derecho de la Unión Europea, armonización, nacionalsocialismo.

ABSTRACT

The application of foreign criminal law by national courts has historically been admissible. The arguments (discussed here in the light of the German example) that

led, especially at the beginning of the 20th century, to the disappearance of this possibility are now weak. Thus, the practical difficulties that have always been invoked (language barriers, impossibility of knowing the rules) have been overcome, as is shown not only by the common examination of comparative law in the doctrine, but also by the generalisation of the Internet and other means of access to information. On the other hand, the application of foreign criminal law by national courts may be desirable for two reasons. Firstly, because it can help to ensure that the sanction is (i.e. is imposed) and not only that it is, but also that it is proportionate. On the other hand, the application of foreign criminal rules by national courts may, with due caution, strengthen a common and less sovereigntist understanding of ius puniendi (which is just as much law as foreign private law, which is applied without difficulty by national courts).

Key words: *Foreign criminal law, history of law, European Union law, harmonization, National Socialism.*

SUMARIO: I. Introducción; 1. Panorámica en el extranjero; 2. Panorámica en España; 3. Un ejemplo práctico; 4. Fin de la investigación;—II. El § 4. III.2 RStGB;—III. Su exégesis; 1. Corrientes doctrinales; A) Soberanía, dignidad del Estado y dificultades prácticas; B) Justicia e igualdad; 2. La praxis del RG;—IV. Las cortas miras del nacionalsocialismo; 1. Absolutización del principio de personalidad; A) Pasiva; B) Activa; 2. Menor relevancia del ius puniendi extranjero (ejercitado o no);—V. Entonces, ¿cómo queda la cuestión hoy?; 1. El fin de las «dificultades prácticas»; A) Acceso a internet; B) Suavización de las barreras idiomáticas; C) Medios estatales de investigación y acreditación del Derecho extranjero; D) La experiencia en la doctrina; 2. Contribución a la armonización (europea, por lo menos);—VI. Propuesta de lege ferenda;—VII. Referencias bibliográficas.

I. INTRODUCCIÓN*

Este trabajo tiene su origen, creo que como muchos otros, en una corta frase de una relativamente casual lectura. Culpable es el conocido *Deutsches Reichsstrafprozeßrecht* (Walter de Gruyter & Co, Berlin und Leipzig, 1928) de Ernst Beling, vertido al español por Miguel Fenech Navarro (*Derecho procesal penal*, Labor, Barcelona, 1943). En la p. 18 de la versión original se lee que el Derecho penal nacional es siempre de aplicación en los procesos penales alemanes, salvo lo dispuesto en el § 4. III.2 RStGB. Esa referencia al § 4. III.2 RStGB despertó mi curiosidad. Y esa curiosidad me ha llevado a la siguiente indagación en que, al final, el § 4. III.2 RStGB y sus cuitas históricas han sido degradadas a la condición de excusa: excusa para reconsiderar la consolidada idea de que el Juez penal solo aplica o debe aplicar Derecho penal nacional.(1)

1. Panorámica en el extranjero

En la tarea de comparar normas extranjeras he advertido que la posibilidad de considerar el Derecho penal (y no privado) extranjero

* Agradezco a los Prof. Dr. Julio Banacloche Palao (Universidad Complutense de Madrid, España), Andreas Popp, M. A (Universidad de Konstanz, Alemania) y David Colomer Bea (Universidad de Valencia, España), que han hecho sugerencias de mucho valor. Al margen de las usuales en el español jurídico y las que se entienden sin mucha explicación, las abreviaturas utilizadas han sido las siguientes: RStGB (*Reichsstrafgesetzbuch*, Código penal del imperio alemán de 1871); RG (*Reichsgericht*, Tribunal imperial); StGB (Código Penal); VO (*Verordnung*, Reglamento); y WRV (*Weimarer Reichsverfassung*, Constitución alemana de 1919). Todas las traducciones, más o menos libres (y más o menos acertadas), son mías.

(1) Sobre la aplicación del Derecho procesal penal extranjero, cfr. Gleß, S., «Grenzüberschreitende Beweissammlung», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Núm. 125, 2013, pp. 594 ss. La cuestión cobra actualidad, en cierta medida, si se considera la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la remisión de procesos en materia penal, de 5 de abril de 2023 (art. 20). Al respecto, cfr. BUCHHALTER MONTERO, B., «La remisión de procesos penales en la Unión Europea, examen de la Propuesta de Reglamento de 5 de abril 2023», *Revista General de Derecho procesal*, Núm. 62, 2024, s/p. En general, sobre la materia, cfr. Heine, K. M., *Die Möglichkeiten und Grenzen der Übernahme von Verfahren im Rahmen der stellvertretenden Rechtspflege*, Cuvillier Verlag, Göttingen, 2015; De Jonge, B., «Transfer of criminal proceedings: from stumbling block to cornerstone of cooperation in criminal matters in the EU», *ERA Forum*, Núm. 21, 2020, pp. 449 ss.; o Ludwiczak, M., «Jurisdiction and Applicable Law in the EU Directive on Transfer of Proceedings in Criminal Matters», *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 1, Núm. 3, 2010, pp. 343 ss.

en ejercicio del *ius puniendi* no es tan rara como en un inicio creí. Por ejemplo, el CP danés (que mantiene prácticamente la misma redacción desde su versión original de 15 de abril de 1930) prevé lo siguiente: si la acción delictiva se realiza en un territorio extranjero reconocido por el Derecho internacional, no podrá imponerse pena más grave que la prevista por la Ley del lugar de la infracción (§ 10.2). El Derecho danés impide, entonces, la imposición de una sanción penal más grave que la prevista en el Derecho de lugar de comisión del delito. Es decir, no prevé la aplicación de una norma extranjera, sino tan solo limita su *ius puniendi* al reproche que hubiera merecido la conducta en el lugar de realización. Una decisión similar toma el CP uruguayo, que ordena la «aplicación» de la Ley penal más benigna para el nacional que: a) realizara una conducta en el extranjero castigada tanto por la Ley nacional como por la extranjera; b) «fuere habido en el territorio de la República»; y c) «no fuese requerido por las autoridades del Estado del país donde cometió el delito» (art. 10.5.º).⁽²⁾ No es tan solo (como en Dinamarca) que la pena a imponer no pueda ser superior a la prevista en el lugar de comisión del delito (sí puede ser idéntica, por tanto), sino que en Uruguay están obligados los Jueces a imponer la pena más leve.⁽³⁾

Una norma análoga estuvo vigente en el Imperio Alemán desde 1871 a 1940, como se verá más adelante (*cf.* II y III). Hoy valga decir que la situación allí es parangonable a la gran mayoría de los países: la posibilidad de aplicar (*anwenden*) el Derecho penal extranjero está excluida.⁽⁴⁾ Eso no excluye que los Jueces consideren (*berücksichtigen*) otros ordenamientos en orden a delimitar la tipicidad objetiva, especialmente en el Derecho penal económico.⁽⁵⁾ Al

(2) El artículo 9. I del CP de Uruguay parte de la aplicabilidad de la Ley nacional a los delitos cometidos en el territorio de la República, sea cual sea la nacionalidad del autor, «sin perjuicio de las excepciones establecidas por el derecho público interno o por el Derecho Internacional».

(3) Lo mismo prevé el artículo 6 del CP guatemalteco, para supuestos que no interesan ahora.

(4) CORNILS, K., *Die Fremdrechtsanwendung im Strafrecht*, De Gruyter, Berlin, 1978, p. 4; o DEITERS, M., «Das Prinzip der stellvertretenden Strafrechtspflege als Strukturelement einer föderativen Strafrechtsordnung in Europa», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, Núm. 10, 2006, p. 473. Sobre la distinción entre aplicar y considerar el Derecho extranjero, *cf.* Mankowski, P., «Auslandsrechtsanwendung, Auslandsrechtsprüfung, Auslandsrechtsberücksichtigung und Auslandsrechtsermittlung im deutschen Strafverfahren», en Bublitz, J. C. *et al.* (eds.), *Recht – Philosophie – Literatur (Festschrift für Reinhard Merkel zum 70. Geburtstag)*, 2.^a ed., I, Duncker & Humblot, Berlin, 2022, pp. 610 ss.

(5) *Cf.* KONZELMANN, C., *Zur Fremdrechtsanwendung im Wirtschaftsstrafrecht*, C. F. Müller, Heidelberg, 2016; MANKOWSKI, P. y BOCK, S., «Fremdrechtsanwen-

Derecho alemán vigente se agregan otros, que también han abandonado la posibilidad histórica de aplicar normas penales extranjeras: Suiza(6), Rumanía(7) o Polonia(8).

2. Panorámica en España

En los procesos penales españoles solo se aplica Derecho penal español(9), lo que no excluye tener en consideración otros ordenamientos(10). No se trata, sin embargo, de la «aplicación» del Derecho

ding durch Zivilrechtsakzessorietät bei Sachverhalten mit Auslandsbezug für Blanketttatbestände und Tatbestände mit normativem Tatbestandsmerkmal», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Núm. 120, Vol. 4, 2008, pp. 704 ss.: o Eser/Weißer «Vorbemerkungen zu den §§ 3 – 9», en Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch*, 30. Aufl., C. H. Beck, München, 2019, ap. 57.

(6) Artículo 5. I del StGB de 21 de diciembre de 1937: «El que cometa en el extranjero un delito o una falta contra un ciudadano suizo será, si el delito es punible también en el lugar de los hechos, sometido a la Ley suiza, si se encuentra en Suiza y no sea extraditado al extranjero o haya sido extraditado a la Confederación [Suiza] por ese hecho. Si la Ley del lugar de comisión del delito es más leve para el autor, será entonces aquella de aplicación». Esa previsión fue suprimida en la reforma de 29 de septiembre de 2006, que modificó sustancialmente el StGB suizo.

(7) Artículo 8. I – III CP de 18 de marzo de 1936: «[...] Cualquier ciudadano rumano puede ser castigado por los actos cometidos como autor, instigador o cómplice, fuera del territorio de Rumania, solo después de su regreso voluntario o si desea permanecer en el país, o si se ha obtenido su extradición y solo si esos los actos se consideran delitos, tanto por las leyes del país donde se cometieron como por las leyes rumanas, además de los delitos previstos en el artículo 10 y 11. [...] En caso de diferencia entre las penas previstas por las dos leyes, se aplica la pena más leve. [...] Si la pena más leve está prevista por la ley del país extranjero y si esta pena no existe en la ley rumana, el juez debe transformarla en una de las penas previstas por este código, que le correspondería en términos de naturaleza y duración». El CP de 17 de julio de 2009 ya no lo prevé así.

(8) Artículo 6 del CP de 11 de julio de 1932: «[...] § 1. La condición para la responsabilidad penal por un acto cometido en el extranjero es el reconocimiento de dicho acto como delito por la ley vigente en el lugar de cometido. [...] § 2. Si existen diferencias entre ambas leyes, el juez, al aplicar la ley polaca podrá tener en cuenta la diferencia a favor del acusado [...]». Ya no lo prevé así el CP de 6 de junio de 1997.

(9) Eso explica, por ejemplo, que cuando algunos autores se ocupan de la jurisdicción sobre una conducta, equiparen la *competencia* con la *Ley aplicable*: MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, C., *Derecho penal – Parte general*, 11.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 142 y 143. En otros textos hay referencia a la posibilidad de que algún Tratado internacional ordene la aplicación de norma penal extranjera para determinados delitos: ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Compendio de Derecho penal – Parte general*, 9.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 72.

(10) Artículo 23.2.a) LOPJ, por ejemplo. En la jurisprudencia, cfr. AAN (Secc. 1.ª) 977/2021, de 22 de diciembre (considerando Derecho portugués); SAP Barcelona

penal extranjero(11), sino simplemente de delimitar la punibilidad (en sentido amplio) con base en otro ordenamiento. No me refiero solo a los supuestos en que cuestiones civiles integren la tipicidad objetiva como sucede, por ejemplo, con el hurto (art. 234 CP, que exige concretar qué es cosa mueble «ajena») o el delito de matrimonio ilegal (art. 217 CP, que exige determinar la validez del primero de ellos). Me refiero, también a los supuestos que deben ponderarse antes de examinar (en detalle) la tipicidad de la conducta. Por ejemplo, si esta es castigable en el lugar de realización: artículo 23.2.a) LOPJ.

Con el Derecho vigente a la vista nada obsta, por tanto, a la imposición de una pena más severa que la correspondería por el mismo hecho en el lugar de comisión del delito(12), salvo que algún Tratado internacional lo pudiera impedir (lo que no prevén ni el CP ni la LOPJ)(13). El Derecho histórico español ha conocido, sin embargo, textos que han sido pulcros con esa materia. Por ejemplo, el Proyecto de CP de 29 de diciembre de 1884 (de Francisco Silvela) conoció una regla al respecto.(14) Su artículo 9.3.º preveía la «aplicación» de la

(Secc. 5.ª) 211/2021, de 12 de abril (considerando Derecho sueco); SAP Guipúzcoa (Secc. 1.ª) 47/2021, de 26 de marzo (considerando Derecho francés); AAN (Secc. 2.ª) 29/2020, de 27 de octubre (considerando Derecho ruso); SAP Lérida (Secc. 1.ª) 386/2019, de 17 de octubre (considerando Derecho dominicano); SAP Barcelona (Secc. 6.ª) 377/2019, de 3 de junio (considerando Derecho colombiano); SAP Murcia (Secc. 2.ª) 148/2017, de 31 de marzo (considerando Derecho marroquí); o AAP Barcelona (Secc. 6.ª) 202/2017, de 17 de marzo (considerando Derecho estadounidense).

(11) Cfr. arts. 1 a 9 CP y 23 LOPJ, en cuanto a la competencia judicial. Además: SAN (Secc. 64.ª) 7/2023, de 19 de abril, FJ 2: «(n)o nos encontramos en la necesidad de aplicar derecho extranjero, el enjuiciamiento de los hechos cuando corresponde a la jurisdicción española se lleva a cabo con aplicación de nuestra legislación»; STS (Sala II) 508/2018, de 27 de octubre, FJ 1: «(c)uando se acude ocasionalmente a un criterio interpretativo comparado, no significa en modo alguno que se esté aplicando Derecho extranjero»; o STS (Sala II) 241/2016, de 29 de marzo, FJ 3: «(n)o estamos aplicando directamente la LO 7/2014 lo mismo que cuando interpretamos una norma interna a la luz del derecho comparado, no estamos aplicando derecho extranjero, ni cuando dictamos la STS 186/2014, se aplicaba directamente la DM 2008/675/JAI, instrumento normativo carente de efecto directo [...]». Igualmente, STS (Sala II) 145/2016, de 25 de febrero, FJ 3; STS (Sala II) 85/2016, de 11 de febrero, FJ 1.

(12) Incluso, si el procedimiento penal en bloque fuera remitido en el marco de la UE, nada impide hoy la imposición de una pena más severa: DE JONGE, B., «Transfer of criminal proceedings...», *op. cit.*, p. 456. Eso explica las cautelas que ha adoptado la Propuesta de Reglamento de 5 de abril de 2023.

(13) Artículo 25 del Convenio Europeo sobre la Transmisión de Procedimientos en Materia Penal, de 15 de mayo de 1972. Ha sido ratificado por trece Estados, de manera que su ámbito de actividad no es excesivamente amplio.

(14) Diario de Sesiones de las Cortes – Congreso de los Diputados, Apéndice primero al núm. 54, 30 de diciembre de 1884, pp. 21 ss.

legislación extranjera (es decir, su penalidad) a algunos delitos cometidos por españoles en el extranjero, cuando esta fuera más benigna que la española. También el CP 1928 contuvo una regla similar, aunque más laxa. El artículo 17 CP 1928 preveía lo siguiente:

«(c)uando en delitos cometidos por españoles en el extranjero fuere más benigna que la española la legislación del país en que se delinquiró, dicha benignidad será tenida en cuenta por los Tribunales españoles para aminorar la pena a su libre arbitrio».

Eso no significa, claro, que el Tribunal estuviera obligado a aminorar la pena. No había norma de Derecho interno que le obligara a ello. Hoy, podría pensarse que el principio de proporcionalidad (y en concreto el juicio de necesidad o, en su caso, el de proporcionalidad en sentido estricto) conduciría a ponderar otras soluciones, entre las que la aplicación la *lex mitior* parece la más razonable.

3. Un ejemplo práctico

Bien, ¿cómo pueden ser esas reflexiones relevantes hoy en día? Creo que un pequeño ejemplo puede ayudar a situar la problemática:

El ciudadano colombiano C, residente en España desde hace 5 años, viaja a su ciudad natal (Villavicencio) en verano de 2023. Allí mantiene relaciones sexuales con la ciudadana colombiana M, de 13 años. En septiembre regresa C a España y, pasados 6 meses, adquiere legítimamente la nacionalidad española. Renuncia, igualmente, a la colombiana (tal como le permite el artículo 23 de la Ley Núm. 43, de 1 de febrero de 1993)(15). La agraviada interpone, posteriormente, querrela en España.

De tal manera, los Tribunales españoles tienen jurisdicción para conocer de tales hechos, con base en el artículo 23.2 LOPJ: el hecho es punible en Colombia (art. 208 CP colombiano) y en España (art. 181.4 CP), la víctima ha interpuesto querrela y el autor no ha sido absuelto, indultado o penado. Dado que C es ahora español, no puede ser extraditado (art. 3.1 de la Ley 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición Pasiva). Tampoco el hecho de que se haya naturalizado tras cometer el delito obliga necesariamente a ello.(16) Entonces, ¿sería *justo* ahora castigar a C bajo la Ley española (que prevé una pena de 8 a 12 años de prisión) cuando el castigo que le esperaría en Colombia sería de 4 a 8 años de

(15) «Los nacionales colombianos tendrán derecho a renunciar a su nacionalidad, la cual se producirá mediante manifestación escrita presentada ante el Ministerio de Relaciones Exteriores o [...]».

(16) Artículo 2. II del Convenio de Extradición entre España y Colombia de 23 de julio 1892.

prisión (art. 208 CP colombiano)? Es decir, ¿qué razones podrían justificar un reproche penal más severo que el colombiano?

Muy pocas, creo yo. La aplicación de la penalidad colombiana por los Tribunales españoles es aquí la solución más justa: el autor contaba, en todo caso, con infringir una norma penal que preveía una reacción concreta.⁽¹⁷⁾ No otra. Aplicarle retroactivamente la Ley penal española parece difícilmente asumible desde una perspectiva constitucional (art. 9.3 CE).⁽¹⁸⁾ Por otra parte, aplicarle la (mayor) pena española no es coherente tampoco con otras normas que integran el Derecho español, como el artículo 25 del Convenio Europeo sobre la Transmisión de Procedimientos en Materia Penal (de 15 de mayo de 1972), que aunque no rige en este supuesto es un notable auxilio hermenéutico. Tampoco es coherente con la tendencia de la UE: por ejemplo, la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la remisión de procesos en materia penal, de 5 de abril de 2023 establece un límite tal al *ius puniendi* estatal cuando prohíbe, en el artículo 20.6 *in fine*, la aplicación de una pena más grave de la que prevé el Derecho del Estado requirente.⁽¹⁹⁾

Por tanto, con el Derecho vigente en la mano, salvo que el Tribunal sentenciador pondere algunas de esas circunstancias y decida en su margen de apreciación imponer una pena menor, al autor no le restará más que sufrir una pena distinta (mayor) con la que, en principio, contaba. Una excepción, en este sentido, es el Derecho portugués, que expresamente reconoce la posibilidad de aplicar la *lex mitior*. Así,

(17) JESCHECK, H. H., «Der VIII. Internationale Strafrechtskongreß vom 21. – 27. September 1961 in Lissabon», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, núm. 12, 1962, p. 187. Bajo el Derecho alemán esa es la conclusión a la que se llega con la llamada «Justicia en representación» (*stellvertretende Rechtspflege*), que supone la legitimación del Estado nacional (alemán, en este caso), para castigar una conducta en *interés* o *representación* de otro Estado que, por alguna razón, no puede hacerlo: Böse, «§ 7 Geltung für Auslandstaten in anderen Fällen», en Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger, *Strafgesetzbuch...*, *op. cit.*, ap. 14. Cfr. también: ESER, A., «Grundlagen und Grenzen., stellvertretender Strafrechtspflege», *JuristenZeitung*, núm. 48, Vol. 18, 1993, pp. 875 ss. En España, esa *Justicia en representación* se ha conocido como «justicia supletoria»: ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Compendio...*, *op. cit.*, p. 80.

(18) Böse, «§ 7 Geltung für Auslandstaten in anderen Fällen», en Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger, *Strafgesetzbuch*, 6. Aufl., Nomos, Baden-Baden, 2023, ap. 12. Cfr. también: SAP Barcelona (Secc. 6.ª) *s/n.*, de 12 de diciembre de 2022, FJ 2.3.

(19) «Estado requirente» es, conforme al artículo 2.1 de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la remisión de procesos en materia penal, de 5 de abril de 2023, el «Estado miembro desde el que se presenta el requerimiento de remisión del proceso penal».

regulando la transmisión de procedimientos penales, el artículo 81 de la Ley 144, de 31 de agosto de 1999, establece (bajo la rúbrica *direito aplicável*), lo siguiente: «*Ao facto que é objecto do procedimento penal instaurado ou continuado em Portugal, nas condições referidas no artigo anterior, é aplicada a reacção criminal prevista na lei portuguesa, excepto se a lei do Estado estrangeiro que formula o pedido for mais favorável*».

4. Fin de la investigación

De lo que se trata en las siguientes líneas, por tanto, es de indagar en qué medida puede ser necesario no solo «considerar» la Ley penal extranjera en orden a determinar si una conducta merece o no reproche penal, sino en qué medida «debe aplicarse» la penalidad prevista en una norma extranjera, más favorable para el autor del delito. Y no solo porque la justicia en el caso concreto lo pueda exigir (como sucede con la retroactividad de la Ley penal más favorable: artículo 2.2 CP), sino por otra razón de orden político: el crepúsculo de esas previsiones que ordenaban la aplicación del Derecho penal extranjero se debió a la excitación del particularismo (síntoma de un nacionalismo patológico que se sabe como terminó).⁽²⁰⁾ Hoy, en un contexto en que ese provincialismo está en horas bajas (por lo menos, quiero creer, en la UE); en un contexto en que los Estados europeos confían cada vez más los unos en los otros, es conveniente reflexionar sobre la aplicación del Derecho penal extranjero. A su cobijo, quizás, es posible dar un paso más en la deseada armonización (que no tiene por qué ser destructiva de la singular personalidad penal de cada Estado), pues no se puede desconocer el carácter político (de instrumento político) del Derecho penal.⁽²¹⁾ Como ha hecho notar Michel Foucault: «La justicia criminal no funciona hoy ni se justifica sino por esta perpetua referencia a algo distinto de sí misma [...]»⁽²²⁾ Y aunque Foucault no se refería ahí al Derecho penal como conjunto de normas, sino a la pena (o, mejor, a su imposición), creo que su apreciación expresa con cer-

(20) Cfr. DONNEDIE DE VABRES, H., *Les principes modernes du droit pénal international*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1928, p. 176.

(21) Cfr., también, un breve texto mío (de poco acertado título, la verdad) sobre esta cuestión respecto de la prisión permanente revisable: BUCHHALTER MONTERO, B., «Eficacia simbólica e instrumental refuerzo de la autoridad del Estado a través de la (introducción e imposición de la) prisión permanente revisable», *Diario La Ley*, núm. 10370, 2023, s/p.

(22) FOUCAULT, M., *Vigilar y castigar*, traducción de Aurelio Garzón del Camino, Siglo XII, Buenos Aires, 2002, p. 29.

teza lo que he querido decir.(23) Para abordar todo eso me sirvo, ahora, de la perspectiva histórica:

II. EL § 4. III.2 RSTGB

Desde el año 1871 hasta 1940 rigió en Alemania el § 4. III.2 RStGB, que preveía lo siguiente:

«Los delitos (*Verbrechen*) y las faltas (*Vergehen*) cometidas en el extranjero no serán, generalmente, perseguidos. [...] Sin embargo, conforme a las Leyes penales del Imperio alemán, puede ser perseguido: [...] 1. El extranjero que haya cometido fuera del territorio nacional un acto de traición (*hochverrätherische Handlung*) contra el Imperio alemán o un Estado federado o un delito monetario (*Münzverbrechen*); [...] 2. El alemán que haya cometido fuera del territorio nacional un acto de traición contra el Imperio alemán o un Estado federado, una injuria contra los príncipes federales (*Bundesfürsten*) o un delito monetario; [...] 3. El alemán que haya realizado una acción que, conforme a las Leyes del Imperio alemán, debiera considerarse delito o falta y que fuera punible en el lugar de comisión. [...] La persecución es también admisible cuando el autor no fuera alemán al momento de la realización de la acción (*Begehung der Tat*). En tal supuesto es necesario, sin embargo, solicitud (*Antrag*) de la autoridad competente del país en que se haya realizado la acción punible. [En tal caso] es de aplicación la Ley extranjera, siempre que sea más favorable».

De tal manera, el § 4. III.2 RStGB ordenaba la aplicación de Derecho penal extranjero cuando: a) el autor al momento de la realización de la acción no fuera alemán y adquiriera posteriormente la nacionalidad; b) el Estado extranjero [para unos, a través de cualquier autoridad interna(24); para otros solo por medio de sus representantes diplomáticos(25)] en que se hubiera cometido el delito así

(23) Cfr. también: TURNER, J. I., «The Expressive Dimension of EU Criminal Law», *American Journal of Comparative Law*, Vol. 60, núm. 2, 2012, pp. 555 ss.

(24) KÖHLER entendió que esa «autoridad competente» (*zuständige Behörde*) podía ser tanto el Gobierno estatal o su representación diplomática, como las autoridades competentes para la persecución del delito (KÖHLER, A., *Deutsches Strafrecht – Allgemeiner Teil*, Verlag von Veit & Comp., Leipzig, 1917, pp. 130 y 131).

(25) VON LIZST, F., mantuvo (desde la séptima edición de su *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*) que quien formulara la solicitud debía ser una autoridad competente internacionalmente (*eine völkerrechtlich zuständige Behörde des Landes*): J. Guttentag, *Verlagsbuchhandlung*, Berlin, 1896, p. 88. Igualmente, en la 8.ª ed. (1897, p. 101); 12.ª ed. (1903, p. 110); 14.ª ed. (1905, p. 109), 17.ª ed. (1908, p. 109) o en la 19.ª (1912, p. 112). En las primeras ediciones no lo exigió así: 5.ª ed. (1892,

lo solicitara; y c) el Derecho extranjero a aplicar fuera menos severo que el alemán (lo que fue interpretado correctamente en la doctrina como menor intensidad en el castigo). Es decir, que la pena fuera menor (tal como deriva, para otros supuestos, del hoy vigente artículo 83 Ley 23/2014, de 20 de noviembre). Ahora bien, determinar qué es y qué no es favorable no es siempre tarea fácil. Así lo acredita no solo el artículo 2.2 CP (que da por supuestas dudas), sino también el más viejo artículo 164. III LECrim. En todo caso, acertaba Von Hippel cuando sostenía que no se trataba tanto de ponderar la pena *in abstracto*, como de aplicar la Ley que permitiera la menor pena.(26) Esa tarea de averiguación correspondía, eso sí, a los Tribunales y no podía dejarse en manos de la defensa.(27) Aunque se pudiera predicar de la actividad de esta última una cierta función pública (como cooperador de la Administración de Justicia), hubiera vulnerado el derecho a no inculparse (*nemo tenetur*) compeler a la defensa a esta tarea autoperjudicial. Lo que procesalmente quedó sin abordar en aquella época era si la posible lesión de la imparcialidad del Juez (del juicio oral) que investigara de oficio el Derecho penal extranjero a aplicar. Para hoy debe hacerse notar que la apertura del juicio oral solo debería producirse si, por lo menos indiciariamente (y no muy preliminarmente), es claro qué Derecho es aplicable. Ahora bien, si durante el juicio oral se advirtiera la posible aplicación de una *lex mitior* hasta ahora desconocida, nada impediría suspender el juicio oral para que las partes acomoden sus calificaciones (al modo del artículo 788.5 LECrim) o, incluso, practicar alguna instrucción suplementaria si fuera necesario (art. 746.6.º LECrim).

Más allá de eso, hay que advertir que la posibilidad (u obligación) de aplicar el Derecho penal extranjero no nace directamente con el RStGB de 1871. Al contrario, la posibilidad de aplicar el Derecho penal extranjero por órganos nacionales es una constante en el devenir de las normas alemanas. Prescindiendo de antecedentes medievales, así lo mandaban ya antiguas disposiciones en Han-

p. 111) o 2.^a (1884, p. 87). Igualmente lo sostuvo: OLSHAUSEN, J., *Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, Erster Band, 4. Aufl., Verlag von Franz Vahlen, Berlin, 1892, p. 67.

(26) VON HIPPEL, F., *Lehrbuch des Strafrechts*, Verlag von Julius Springer, Berlin, 1932, p. 79.

(27) Así, SCHÜTZE, T. R., *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts auf Grund des Reichsstrafgesetzbuches*, Gebhart, Leipzig, 1871, p. 60 (nota 14). Lo mismo en la 2.^a ed. de su *Lehrbuch* (1874, p. 59, nota 16).

nover (el Reglamento de 1822(28), el StGB de 1840(29) o la Ley de Policía penal de 1847(30)); Sajonia (StGB de 1855)(31); Sajonia-Altenburgo (StGB de 1841)(32); o Württemberg (StGB de 1839)(33). Otros Estados alemanes, entre los que destacó por su influencia y poderío el Reino de Prusia, no asumieron que los Tribunales nacionales hubieran de aplicar ninguna norma penal que no

(28) § 4 de la VO über die Untersuchung und Bestrafung der im Auslande begangenen Verbrechen vom 26. Februar 1822: «[...] Sin embargo, cuando las Leyes del extranjero prevéan una pena menor que las nuestras para el delito cometido, entonces debe imponerse al acusado [*Angeschuldigter*]». Texto completo en: Staubach, F., *Die Anwendung ausländischen Strafrechts durch den inländischen Richter*, Ludwig Röhrscheid Verlag, Bonn, 1964, p. 68. El resto que aparecen en las siguientes notas (hasta el StGB de Württemberg) están extraídas de ese texto (original en alemán).

(29) Artículo 3 del Allgemeines Criminal-Gesetzbuch für das Königreich Hannover vom 8. August 1840: «[...] Cuando en tal caso las Leyes prevean para el delito cometido una pena más leve que este Código, entonces es aquella de aplicación y para el caso de que se trate de una pena excluida por el presente Código, entonces se impondrá otra proporcional [...]».

(30) § 3 de la Polizeistrafgesetz für das Königreich Hannover vom 25. Mai 1847: «[...] Si la acción [*Handlung*] ha sido ya castigada en el extranjero o no es punible, no se impondrá ninguna pena. Si está prevista una pena más leve, esta es de aplicación».

(31) Artículo 8 del StGB für das Königreich Sachsen vom 11. August 1855: «El extranjero que cometa en el extranjero un delito de los previstos en los artículos 4, 5 y 6 será castigado según las Leyes del país donde fue cometido el hecho, siempre que se sepa o se pruebe, que el hecho, según aquellas Leyes, bien no es punible o bien se castigaría con una pena más leve que lo previsto en este Código o que solo se castigaría a instancia de parte. [...] Si se trata de un hecho para cuyo castigo debe el Juez, según lo señalado anteriormente, tomar en consideración una Ley penal extranjera, que prevé una pena no admisible según el presente Código penal, imponer una pena igual o más leve, pero admisible según el Código Penal de Sajonia».

(32) Artículo 2 del Criminalgesetzbuch für das Herzogtum Sachsen-Altenburg vom 3. Mai 1841: «Los súbditos del Ducado de Sajonia-Altenburgo serán castigados por todos los delitos cometidos en territorio nacional o en el extranjero, en los términos previstos en el § 72 de la Constitución». Y, efectivamente, el § 72 de la Constitución (de 20 de abril de 1831) preveía lo siguiente: «[...] Si las normas penales aplicables del Estado extranjero según las cuales un súbdito de Altenburg ha cometido un delito, sin embargo, son más leves que las propias y consigue acreditarlo así el acusado, será determinará la pena excepcionalmente según las Leyes extranjeras más favorables».

(33) Artículo 5 del Königlich Württembergisches StGB vom 1. März 1839: «Cuando en el enjuiciamiento de una acción contraria a un Estado extranjero o sus autoridades suponga el acusado o su defensor y así sea oficialmente acreditado que las Leyes de aquel Estado castigan con una pena menor a la prevista en este Código esa acción [...], entonces será la pena nacional reducida proporcionalmente en relación con la extranjera. A estos efectos, se podrá imponer una pena incluso por debajo del límite mínimo».

fuera la propia.(34) Y así, aunque el StGB prusiano (1851) fuera «ejemplo directo»(35) del RStGB en esta materia, el Derecho imperial tomó otro camino. Las normas del RStGB, en cualquier caso, permanecieron incólumes hasta la intervención nazi en 1940. Es decir, la aplicación del Derecho penal extranjero por los Tribunales nacionales ha sido una constante de la codificación en Alemania.

III. SU EXÉGESIS

Abordado brevemente el régimen legal, procede ahora tratar la doctrina y la jurisprudencia de la época:

1. Corrientes doctrinales

La doctrina que se ocupó del § 4. III.2 RStGB (y de normas análogas) no fue unánime en cuanto a la conveniencia de aplicar Derecho penal extranjero por Tribunales nacionales. Entre quienes rechazaban totalmente la aplicación del Derecho de otra nación reinó, sin embargo, cierto acuerdo. Los principales argumentos fueron los siguientes:

A) Soberanía, dignidad del Estado y dificultades prácticas

Desde algunas posiciones se sostuvo que el mantenimiento de la soberanía del Estado, su dignidad y su autoridad impedían aplicar el Derecho penal de otro país. Así lo entendió, por ejemplo, Julius Abegg (discípulo de Hegel): el Estado no estaba habilitado para actuar como órgano de otro poder extranjero ni, por tanto, para aplicar sus Leyes. Así lo había mantenido en su «Manual» para 1836.(36) En una obra anterior (*Ueber die Bestrafung der im Auslande begangenen Verbrechen*, Bei Franz Seraph Storno, Landshut, 1819)(37) ya había incidido sobre

(34) Así lo preveían los §§ 13 y 14 del Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten vom 01.06.1794: «§ 13. Los extranjeros que cometan un delito en el territorio nacional serán castigados conforme a las Leyes nacionales; § 14. Sin embargo, cuando los extranjeros deban ser castigados por un delito cometido en el extranjero, serán juzgados conforme a las Leyes del lugar de comisión del delito [...]».

(35) JESSBERGER, F., *Der transnationale Geltungsbereich des deutschen Strafrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011, p. 46.

(36) *Lehrbuch der Strafrechts-Wissenschaft*, Druck und Verlag von J. K. G. Wagner, Neustadt a. d. Orla, 1836, p. 90.

(37) «Las Leyes extranjeras no deben ser aplicadas por el Estado; las nacionales no deben ser transgredidas y cuando estas fueran aplicadas, parecería como si (y

lo mismo (avanzando, hasta donde a mi me consta, además, la discusión sobre si las normas penales crean o no obligaciones para los particulares).(38)

Poco proclives a la aplicación del Derecho penal extranjero por órganos nacionales fueron, también, otros como Albrecht Mendelssohn-Bartholdy (nieto del compositor), que no solo hacía notar la carga de trabajo que la aplicación de normas penales extranjeras comportaba, sino también inconvenientes «nacionalistas»: «El que como nacionalista se alegrara de que la Justicia penal alemana castigara también delitos en el extranjero, a ese mismo le será arrebatada la alegría cuando debiera ver al Juez alemán juzgar según el Derecho penal extranjero»(39). Escaso convencimiento expresó igualmente el ya citado Ernst Beling que, en un artículo publicado en 1897 sobre un Proyecto suizo de StGB, hacía notar que, además de las dificultades prácticas, era difícil entender «por qué la circunstancia de que un Estado pondera más levemente un hecho deba influir de alguna manera al Estado nacional»(40). El argumento tenía sentido en aquel momento, en que el aislamiento estatal era habitual. Hoy, que exista una comunidad de Estados como la europea, conduce a pensar en algo distinto.

En las tesis contrarias a la aplicación del Derecho extranjero subyace, entonces, una cierta excitación del sentimiento nacional al que repelía pensar que el Derecho penal de otro país pudiera hacerse regir por el Estado nacional: de ahí se seguía que el Juez debía ser fiel a «su» Ley, a «su» Parlamento y, en fin, a «su» Estado.(41) Ese argumento era (y es), en realidad, endeble: la aplicación del Derecho penal extranjero (igual que del privado) sucedía por «mandato» del Derecho nacional, de manera que el Juez nunca pierde su vinculación nacional, que habilita expresamente para la aplicación del Derecho extranjero.(42) E, incluso, cuando el Estado nacional habilita a sus Tribunales para aplicar el Derecho penal de otra nación, transmite un mensaje de

eso es en parte lo que sucede) esas leyes fueran más una instrucción para los Jueces que lo que debieran ser: una norma para los ciudadanos actuantes» (p. 66).

(38) Cfr. BINDING, K., *Die Normen und ihre Übertretung – Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*, I, Verlag von Willhelm Engelmann, Leipzig, 1872, pp. 3 ss.

(39) MENDELSSOHN-BARTHOLDY, A., «Das internationale Strafrecht im künftigen Strafgesetzbuch», *Deutsche Strafrechtszeitung*, Núm. 1-3, 1914, p. 94.

(40) BELING, E., «Das internationale Strafrecht im Vorentwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Núm. 17, 1897, p. 352.

(41) STAUBACH, F., *Die Anwendung...*, *op. cit.*, p. 62.

(42) GLESS, S., «Grenzüberschreitende...», *op. cit.*, p. 594.

seguridad: su autoridad y fortaleza es tan sólida, que no le afecta «tener que» aplicar –por justicia– una norma extranjera. Además, aplicar una norma penal extranjera no significa minusvalorar la propia, ni afirmar que sea injusta.(43) Y, de hecho, esta misma tesis ya fue contrarrestada a finales del siglo XIX en España, aunque respecto de la aplicación del Derecho privado extranjero en el proceso civil. Así, se había calificado esta postura como «creencia feudal»(44); y solo hay, en realidad, lesión de la soberanía (o incluso de la propia dignidad del Estado) cuando la norma extranjera hipotéticamente a aplicar es contraria al orden público nacional. Esto, como ya se sabe, no es posible. Por otra parte, a ese cierto complejo soberanista se sumaba prejuicio y dificultad para conocer y entender las normas extranjeras (especialmente las del *common law*). (45) Es decir: el socorrido argumento de los inconvenientes prácticos, que hoy sigue todavía vigente en cierta manera.(46)

B) Justicia e igualdad

Otros autores mostraron distinta sensibilidad con la materia y entendieron conveniente y deseable la aplicación del Derecho penal extranjero por un Tribunal nacional. Esa corriente (integrada por algunos como, Werner(47), Von Schwarze(48), Donnedieu de Vabres(49) o Hegler(50)) fue mucho más heterogénea que la anterior. No hubo unanimidad prácticamente en ninguna cuestión. No coincidieron los autores ni en los supuestos en que sería deseable aplicar el Derecho extranjero, ni tampoco en qué medida. Una de las cuestiones más debatidas fue, como ya se ha dicho, la de la pena a aplicar. Gerland, ante la falta de previsión normativa, mantuvo que solo era posible la aplicación de una de las penas previstas en el RStGB: si la pena extranjera no puede ser conver-

(43) VON SCHWARZE, F. O., «Der Wirkungskreis des Strafgesetzes rücksichtlich der Zeit, des Raumes und der Personen», en Freiherr von Holzendorff, F., *Handbuch des deutschen Strafrechts*, Zweiter Band, Lüderiß'sche Buchhandlung, Berlin, 1871, p. 51.

(44) PRIDA, J., *Derecho internacional privado*, Imprenta, Librería, Heliografía y Fotograbados de José Manuel de la Cuesta, Valladolid, 1896, p. 211.

(45) STAUBACH, F., *Die Anwendung...*, *op. cit.*, p. 60.

(46) Cfr. STAUBACH, F., *Die Anwendung...*, *op. cit.*, pp. 61 y 79.

(47) WERNER, A. F., *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 5. Aufl., Verlag von Bernhard Tauchnitz, Leipzig, 1871, que se refería a tal posibilidad como una justificada excepción, «*berechtigte Ausnahme*» (p. 243).

(48) VON SCHWARZE, F. O., «Der Wirkungskreis des Strafgesetzes...», *op. cit.*, pp. 50 y 51.

(49) DONNEDIEU DE VABRES, H., *Les principes modernes...*, *op. cit.*, pp. 171 ss.

(50) HEGLER, A., *Prinzipien des internationalen Strafrechts*, Schletter'sche Buchhandlung, Breslau, 1906, pp. 210 ss.

tida en una alemana, debe declararse la improcedencia de la pena (*Straflosigkeit*) y no, sin embargo, la absolución (*Freisprechung*).⁽⁵¹⁾ Otros autores se mostraron más flexibles. Por ejemplo, Köhler sostuvo que la aplicación de una pena extranjera era posible cuando fuera «congruente» con la nacional; si no lo fuera, habría que buscar la pena análoga de las que ofrece el RStGB y si no fuera posible, sería de aplicación simplemente el RStGB sin necesidad de analogías.⁽⁵²⁾ Ese es el modelo que asumió, de hecho, el CP rumano de 1936 (art. 8. III)⁽⁵³⁾ o, incluso antes, el artículo 3. II del Decreto de 25 de noviembre de 1919 sobre la introducción de las Leyes penales francesas en los departamentos de la Moselle, del Bajo-Rin y del Alto-Rin⁽⁵⁴⁾.

Más allá de la cuestión de las dificultades de homologación de penas, se adujeron otros argumentos decisivos en favor de la aplicación del Derecho penal extranjero: el principio de igualdad (o de «justicia»), especialmente tras la prohibición constitucional de extradición de nacionales (art. 112. III WRV) exigía poder castigar al nacionalizado tras la comisión del delito. Es decir, no castigar sería un agravio para el resto de compatriotas, que no gozarían del privilegio de la inmunidad sobrevenida.⁽⁵⁵⁾ En todo caso, en lo que sí hubo coincidencia (patrocinada, claro, por el § 4. III.2 RStGB) es en entender que

(51) GERLAND, H. B., *Deutsches Reichstrafrecht*, 2. Aufl, Walter de Gruyter & Co., Berlin und Leipzig, 1932, p. 81, nota 1; Von Lizst, F., *Lehrbuch...*, *op. cit.*, (8. Aufl.), p. 101 (nota 10).

(52) KÖHLER, A., *Deutsches...*, *op. cit.*, p. 131. Una posición similar mantuvo, respecto del StGB de Sajonia (1855) Von Wächter, G., *Das Königlich Sächsische und das Thüringische Strafrecht*, Verlag der J. B. Metzler'schen Buchhandlung, Stuttgart, 1857, p. 145.

(53) «Si la pena más leve es la prevista por la Ley extranjera y esa pena no existe en el Derecho rumano, debe el Juez convertirla en la que, prevista en este Código, le corresponda por naturaleza y duración». Esta es la idea que trasluce en la legislación vigente. Cfr. artículo 44.4 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil: «Si una resolución contiene una medida que es desconocida en el ordenamiento jurídico español, se adaptará a una medida conocida que tenga efectos equivalentes y persiga una finalidad e intereses similares, si bien tal adaptación no tendrá más efectos que los dispuestos en el Derecho del Estado de origen. Cualquiera de las partes podrá impugnar la adaptación de la medida». Era también, el modelo del artículo 3 del Allgemeines Criminal-Gesetzbuch für das Königreich Hannover de 8 de agosto de 1840 y, luego del artículo 3. II del Decreto de 25 de noviembre de 1919 sobre la introducción de las Leyes penales francesas en los departamentos de la Moselle, del Bajo-Rin y del Alto-Rin.

(54) Reproducido en: DONNEDIE DE VABRES, H., *Les principes modernes...*, *op. cit.*, pp. 211 ss. El artículo 6 contenía incluso una tabla con las equivalencias de las penas.

(55) KÖHLER, A., *Deutsches...*, *op. cit.*, p. 130: «Cuando el nacional alemán no puede ser extraditado por las acciones realizadas en el extranjero cuando era extranjero pero tampoco puede ser castigado, que quede exento de pena puede ser una burla

solo podía ser aplicable el Derecho penal extranjero cuando fuera menos severo que el nacional, salvo que el delito lesionara un interés del Estado o de un ciudadano alemán.(56) En tal caso, aunque la pena prevista en el Derecho extranjero fuera menor, prevalecía la nacional.

2. La *praxis* del RG

Se dijera lo que se dijera en la doctrina, lo cierto es que la aplicación del Derecho penal extranjero era una previsión legal y había que cumplirla. En la jurisprudencia los supuestos en que fue discutida esa posibilidad son escasos y reducidos a enclaves muy particulares. Paradigmático es el ejemplo del pequeño territorio de Moresnet, sobre el que subsistieron (hasta el artículo 32 del Tratado de Versalles) dudas de titularidad (si belga, alemana o francesa). El RG, como era de esperar, partía de la titularidad alemana, aunque reconoció aplicable el CP francés de 1808 en algún supuesto. Por ejemplo, en la S. de 10 de agosto de 1898, en contra de la decisión del Tribunal *a quo*, el RG mantuvo que lo correcto era aplicar el Derecho francés. También en otra resolución posterior (S. de 18 de diciembre de 1905) llegó a la misma conclusión (tras una prolija exposición de la situación jurídica del territorio de Moresnet que no interesa aquí).

IV. LAS CORTAS MIRAS DEL NACIONALSOCIALISMO

El advenimiento al poder de los nazis en 1933 no supuso la modificación § 4. III.2 RStGB. Tampoco la brutalización general del Derecho penal tras la Ley de 28 de junio de 1935 (que admitía, por ejemplo, la analogía *contra reo* con base en el «sano sentimiento del pueblo») supuso un cambio inmediato del § 4. III.2 RStGB. Hubo que esperar, para una norma puramente nacionalsocialista sobre la materia, al Decreto de 6 de mayo de 1940 (*VO über den Geltungsbereich des Strafrechts*), dado por Hermann Göring.(57) Este nuevo texto supuso,

a la justicia. Por ello, nadie puede asegurarse la impunidad incondicional mediante un cambio de nacionalidad obtenido antes del descubrimiento de su delito o falta».

(56) STAUBACH, F., *Die Anwendung...*, *op. cit.*, pp. 64 y 65.

(57) Al respecto, WERLE, G., *Justiz-Strafrecht und polizeiliche Verbrechensbekämpfung im Dritten Reich*, De Gruyter, Berlin, 1989, pp. 308 ss. Los juristas de la época también se ocuparon de la reforma, cfr. FREISLER, R., «Der Einfluß der Staatsauffassung auf den Geltungsbereich des Strafrechts», *Deutsche Justiz*, núm. 8, 1940, pp. 637 ss.; BALTATZIS, A. D., *Der Personalitätsgrundsatz im internationalen Strafrecht*, Ebering, Berlin, 1938; BRUNS, H. J., «Der Geltungsbereich des Strafrechts»,

ahora sí, un cambio de paradigma respecto del régimen legal anterior. El Decreto de 1940 daba nueva redacción a las normas del RStGB y el § 3 pasaba a prever lo siguiente:

«El Derecho penal alemán rige para el hecho cometido por un ciudadano alemán, con independencia de si sucede en el territorio nacional o en el extranjero. [...] Respecto de un hecho cometido en el extranjero que no sea punible según el Derecho del lugar de comisión, no rige el Derecho penal alemán, cuando el hecho, según el sano sentimiento del pueblo alemán [*nach dem gesunden Empfinden des deutschen Volkes*](58), por las especiales relaciones en el lugar de comisión del hecho no sea una injusticia que merezca pena [...] Un hecho se entiende realizado en todo lugar donde el autor actuó o, en el caso de las omisiones, en el lugar donde hubiera debido actuar o en el lugar donde se haya producido el resultado o hubiera debido producirse».

El castigo irrestricto de los extranjeros que cometían delitos en territorio alemán venía previsto en el nuevo § 4. I. Del castigo de los delitos de extranjeros en el extranjero se ocupaba el § 4. II que exigía, primero, la punibilidad del hecho en el lugar de comisión (o que se tratara de un lugar no sujeto a jurisdicción) y: a) que el autor haya adquirido la nacionalidad alemana tras el hecho; b) que el hecho se dirigiera contra el pueblo alemán o contra uno de sus nacionales; o c) que el autor fuera sorprendido en Alemania y no pueda ser extraditado (aunque la extradición fuera, según el tipo de la pena, posible).

El Derecho penal alemán regía, además, con independencia del Derecho del lugar de comisión del delito para algunos delitos cometidos por extranjeros en el extranjero (§ 4. III).(59)

1. Absolutización del principio de personalidad

Bajo el nuevo régimen, la obligación de lealtad del pueblo al Estado suponía, en lo que aquí interesa, la severa vinculación, aun en

Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht, núm. 7, 1940, pp. 203 ss.; o LANGE, H., «Die grundsätzliche Bedeutung der neuen Bestimmungen über den Geltungsbereich des Strafrechts», *Deutsches Strafrecht*, núm. 8, 1941, pp. 6 ss.

(58) Qué significaba esa cláusula (*sano sentimiento*), repetida en otras normas penales sustantivas y procesales, no estaba fuera de duda. Cfr. KADEČKA, F., «Gesundes Volksempfinden und gesetzlicher Grundgedanke», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Núm. 62, 1942, pp. 3 ss.

(59) Por ejemplo, delitos de traición contra el Imperio alemán, trata de menores o mujeres; falso testimonio bajo juramento ante un Tribunal alemán o ante otra autoridad habilitada para reclamar juramentos; tráfico ilícito de estupefacientes; o comercio con publicaciones indecorosas.

el extranjero, a sus normas penales.(60) Esa acentuación de «lo personal» derivó sin mucho esfuerzo en la «absolutización del principio de personalidad»(61), tanto activa como pasiva.

A) Pasiva

La exageración del principio de personalidad pasiva suponía que el Estado se entendiera habilitado para intervenir, con la filosa espada del Derecho penal, respecto de toda acción que, siquiera lejanamente, pudiera perjudicar el interés nacional.(62) Así lo permitía la cláusula del nuevo § 4. II.2.º RStGB que preveía castigo no solo para los delitos cometidos contra un ciudadano alemán sino también para aquellos cometidos contra el pueblo alemán. De esa manera era posible reprochar penalmente una indeterminada cantidad de conductas que pudieran ser lesivas del interés alemán, siempre que la conducta fuera también punible en el lugar de comisión del hecho. Este «desliz» del Decreto de 1940 (que no permitía castigar conductas de extranjeros que no fueran delictivas en el extranjero) fue criticado en la literatura. Por ejemplo, el tenebroso Edmund Mezger (Catedrático en la Universidad de Múnich y prohombre del nacionalsocialismo)(63) mantuvo que aquella cláusula impedía castigar el delito de humillación a la raza (*Rassenschande*)(64) que cometía el judío extranjero que mantenía relaciones sexuales con una ciudadana (de sangre) alemana en el extranjero.(65)

B) Activa

Aun así, el RG ya se había adelantado a algunas de esas dificultades e incluso, sin base legal, había admitido la posibilidad de castigar al judío alemán que mantuviera relaciones sexuales en el extranjero con una ciudadana aria: las relaciones sexuales producían el «resultado típico» en el territorio alemán y, por tanto, con base en el todavía sin reformar § 3 RStGB, era posible y necesario castigar la conducta

(60) JESSBERGER, F., *Der transnationale...*, op. cit., p. 59.

(61) *Ibid.*, p. 97.

(62) *Ibid.*, pp. 60 y 61.

(63) Sobre el: MUÑOZ CONDE, F., *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo – Estudios sobre el Derecho penal en el Nacionalsocialismo*, 4.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

(64) Cfr. PRZYREMBEL, A., *Rassenschande»: Reinheitsmythos und Vernichtungslegitimation im Nationalsozialismus*, Diss., Technische Universität Berlin, Berlin, 2001.

(65) MEZGER, E., «Die grundsätzliche Bedeutung der neuen Bestimmungen über den Geltungsbereich des Strafrechts», *Deutsches Strafrecht*, Núm. 8, 1941, pp. 18 ss.

en Alemania.(66) No deja de ser llamativo (o no, en realidad) el tratamiento tan dispar que los ciudadanos judíos recibían por el Derecho penal y por el Derecho civil. Aquel se expandía para abarcar jurídicamente todo acto que, lejanamente, pudiera ser relevante para el interés del Estado. El Derecho civil, por su parte, se retraía y privaba de capacidad de obrar en el tráfico jurídico.

2. Menor relevancia del *ius puniendi* extranjero (ejercitado o no)

Ese desbocado principio de personalidad tuvo como consecuencia la relativización de otros criterios para la determinación de la punibilidad en el Derecho interno (entre ellos, el Derecho extranjero). Se trataba, entonces, de afirmar la supremacía del Estado alemán que solo en supuestos excepcionalísimos (y con reservas) tenía en consideración el Derecho penal de otra nación (delitos cometidos por extranjeros en el extranjero: § 4. II).(67) En el resto de supuestos el Derecho extranjero no debía ser tenido en cuenta. Y, ni siquiera, la existencia de cosa juzgada podía ponderarse: el *non bis in idem* internacional decaía para el nacionalsocialismo.

Pretendía así el Derecho nazi desvincularse de prácticamente cualquier posibilidad que comportara tener que valorar el Derecho penal de otra nación. Lógico, pues el sistema alemán se alejaba cada vez más del de las naciones vecinas: supeditar la punibilidad a la decisión de otro Estado no tenía sentido.(68)

V. ENTONCES, ¿CÓMO QUEDA LA CUESTIÓN HOY?

Lo anterior ha mostrado, como excusa, las vicisitudes normativas, doctrinales y jurisprudenciales de la aplicación del Derecho penal extranjero en un tiempo y en un espacio muy concreto. Su análisis ha permitido dar cuenta de que, en algunas circunstancias, la aplicación de una norma penal foránea puede resultar razonable y deseable, lo

(66) Cfr. A. del RG de 23 de febrero de 1938: «Una conducta como la que ha declarado probada la sentencia de instancia es, según el sano sentimiento del pueblo, tan merecedora de pena, como si las relaciones sexuales hubieran sucedido en suelo alemán» (ap. V); o S. de 2 de mayo de 1938, que repite el mismo razonamiento, aunque lo extiende para los supuestos en que la pareja se traslada al extranjero para mantener las relaciones sexuales.

(67) JESSBERGER, F., *Der transnationale...*, op. cit., p. 61.

(68) JESSBERGER, F., *Der transnationale...*, op. cit., p. 64.

que no excluye riesgos. Entre ellos destaca el de fraude. Para esos casos, deberán arbitrarse las cautelas suficientes para garantizar que la ingeniería legal no pervierte la norma.

Al margen de eso, ninguno de los argumentos históricamente aducidos es suficientemente fuerte como para excluir hoy el debate sobre la aplicación del Derecho penal extranjero. El estrechamiento de lazos con los Estados europeos, también, reflexionar sobre la cuestión.

1. El fin de las «dificultades prácticas»

Si las dificultades prácticas ya habían sido puestas en duda en 1839 (en la discusión de un del StGB de Sajonia)(69), el argumento parece hoy difícilmente sostenible (especialmente si se considera que el Derecho nacional ya exige examinar, en ocasiones, el Derecho extranjero)(70).

A) Acceso a internet

En primer lugar, porque el acceso a internet permite conocer (con un poco de maña) prácticamente todos los ordenamientos jurídicos que pudieran ser de aplicación.(71) Es decir, la universalización del acceso a internet faculta al propio Juez para aprehender, seguramente con algo de esfuerzo y colaboración de las partes (en lo que habría que ponderar, especialmente, el estatuto jurídico del sujeto pasivo del proceso), prácticamente cualquier norma aplicable.

B) Suavización de las barreras idiomáticas

Tampoco las barreras idiomáticas son insalvables con un poco de ayuda de los servicios de la Administración de Justicia y, en su caso, de las partes (que no solo deben actuar de buena fe en el proceso, sino que pueden tener interés en que la norma penal sea aplicada). Por otra parte, las dificultades técnicas están de capa caída por otra razón: si hace doscientos años los Derechos penales europeos tenían poco en común, lo cierto es que hoy los ordenamientos nacionales responden a

(69) STAUBACH, F., *Die Anwendung...*, *op. cit.*, 1964, p. 72.

(70) Cfr. BÖSE, «§ 7. Geltung für Auslandstaten in anderen Fällen», en Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger, *Strafgesetzbuch...*, *op. cit.*, ap. 21.

(71) Cfr. GRÜNEWALD, J., «Die Anwendung ausländischen Rechts durch deutsche Gerichte», *Zeitschrift für Rechtspolitik*, núm. 25, 1992, pp. 6 ss. (referido, eso sí, al Derecho privado).

categorías similares. Eso no impide reconocer, eso sí, notables diferencias.(72)

C) Medios estatales de investigación y acreditación del Derecho extranjero

Otra circunstancia que reduce notablemente esta dificultad de aprehender el Derecho extranjero aplicable es la existencia de mecanismos estatales de investigación. Estos ya están extendidos en la investigación del Derecho privado extranjero e, incluso, la legislación española los reconoce expresamente (*cfr.* arts. 34 y ss. de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil). La norma requeriría, sin embargo, para ser aplicada en el proceso penal y respecto de materia penal, algunas ampliaciones.

D) La experiencia en la doctrina

Que el examen (penal) profundo de normas extranjeras lo acredita, especialmente, la doctrina penalista. Buena muestra es la última edición (aunque también la anterior) de la obra de Claus Roxin (*Strafrecht – Allgemeiner Teil*, I, 5. Aufl., C. H. Beck, München, 2020) continuada por Luís Greco, donde el análisis de los problemas del Derecho de Alemania se hace en constante mirada a la literatura extranjera. Se impone, paulatinamente, una «verdadera ciencia del Derecho penal universal» (p. 330). Ciencia del Derecho penal universal que no es, desde luego, un fin en sí mismo: es solo ayuda a la resolución común de problemas universales y, por tanto, un paso más en la seguridad jurídica.

2. Contribución a la armonización (europea, por lo menos)

A abonar la aplicación del Derecho penal extranjero contribuye otra circunstancia, especialmente presente en la UE: el artículo 82.1 TFUE ha declarado deseable la «aproximación» de las normas de los Estados miembros.(73) Y, por ejemplo, en las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere de 15 y 16 de octubre de 1999 se podía leer, en el punto 33, que la necesaria «aproximación de las legislaciones (no solo procesales) facilitaría la cooperación entre autoridades y la

(72) Cfr. Satzger, H., «Die Zukunft des Allgemeinen Teils des Strafrechts vor dem Hintergrund der zunehmenden Europäisierung des Strafrechts», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, núm. 11, 2016, p. 771.

(73) En general, sobre las formas en que la europeización se presenta en el Derecho penal, *cfr.* HECKER, B., *Europäisches Strafrecht*, 6. Aufl., Springer, Berlin – Heidelberg, 2021, pp. 205 ss.

protección de los derechos individuales». Efectivamente, los Estados miembros han mostrado su voluntad de resolver los problemas que plantea la criminalidad organizada transfronteriza (lo que no necesariamente significa que la lesión de los bienes jurídicos se produzca en los dos Estados).

Entonces, cuando decae la posibilidad de enjuiciar al autor en el lugar de comisión del delito, la aplicación de la Ley penal extranjera no solo es quizás deseable por razones de justicia, sino por contribuir a la aproximación de las culturas penales europeas.⁽⁷⁴⁾ Aproximación que es, a la vez, antídoto para un nacionalismo enfermo, pero que no es tampoco un fin en sí mismo. La aproximación de Derechos en la UE es un modo de facilitar la comunicación y la confianza mutua entre los Estados miembros. Permite alcanzar, entonces, un más alto nivel de seguridad.⁽⁷⁵⁾ Es decir, cuando los Estados miembros dejan de percibir barreras infranqueables en la aplicación del Derecho de otros Estados miembros (y esto no plantea tantas dificultades respecto del Derecho privado), la cooperación y el entendimiento común es más sencillo de lograr.

VI. PROPUESTA DE *LEGE FERENDA*

Las anteriores reflexiones (y sobre todo la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la remisión de procesos en materia penal, de 5 de abril de 2023) me conducen a proponer la incorporación, en la LOPJ (como artículo 23 bis), de este texto:

«1. Los Tribunales españoles aplicarán el Derecho penal español.

2. El Derecho penal extranjero solo podrá ser aplicado cuando:

- a) la conducta haya sido realizada fuera del territorio nacional por quien, siendo extranjero al momento de la comisión del delito, adquiriera posteriormente la nacionalidad española y sea juzgado en España; y
- b) el Derecho extranjero sea más favorable al autor del delito.

No se aplicará el Derecho penal extranjero cuando fuera incompatible con el orden público nacional o cuando la conducta a juzgar haya sido lesiva para un interés nacional, público o privado.

3. Si la penalidad prevista por el Derecho extranjero, no siendo contraria al orden público, no estuviera contemplada por el Derecho español, se adaptará al modelo nacional.

(74) Cfr. Resolución del Parlamento Europeo, de 22 de mayo de 2012, sobre un enfoque de la UE acerca del Derecho penal, Cons. G.

(75) SATZGER, H., «Die Zukunft...», *op. cit.*, p. 771.

4. Para indagar el Derecho extranjero aplicable, los Tribunales podrán servirse del medio que estimen oportuno. Antes de decidir con base en aquellas normas, el Tribunal deberá poner de manifiesto a las partes la posibilidad de su aplicación».

La previsión aporta un *plus* respecto de la citada Propuesta de la UE. No solo asume el Derecho penal extranjero como límite en tales supuestos, sino que permite aplicarlo: si la tendencia es permitir la remisión de procesos penales (en los que las pruebas obtenidas conforme a otras legislaciones son admisibles [art. 20.3 de la Propuesta]), mucho más sencillo es admitir, directamente, que a esos procesos penales se aplique el Derecho penal extranjero. Es una solución beneficiosa no solo para los Estados (que castigan lo que consideran necesario), sino también para los autores del delito: si, por ejemplo, la orden de detención europea no fuera posible (por ser el delito demasiado leve o por ser, en general, desproporcionada)⁽⁷⁶⁾, la única salida sería la impunidad. De esta manera, el Estado nacional, aplicando el Derecho penal de otra nación, salvaguarda «todos» los intereses en liza. Garantiza el castigo proporcionado y evita los perjuicios que suscitan algunos medios de cooperación judicial internacional. Pero, sobre todo, garantiza la función de prevención general negativa, pues con dificultad se podrá pensar que es posible escapar al castigo merecido. De esta manera, el Derecho procesal deja de convertirse en obstáculo injustificado para la persecución del delito (del que debe castigarse, me refiero) y recupera su natural y limitada posición de instrumento al servicio del Derecho sustantivo.

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Los comentarios a las Leyes modernas alemanas se citan como es habitual en Alemania (es decir, sin nombre de pila, separando apellidos con «/» e indicando, en vez de la página, el apartado). El resto de la bibliografía utilizada es la siguiente:

- ABBEG, J., *Lehrbuch der Strafrechts-Wissenschaft*, Druck und Verlag von J. K. G. Wagner, Neustatt a. d. Orla, 1836.
 — *Ueber die Bestrafung der im Auslande begangenen Verbrechen*, Bei Franz Seraph Storno, Landshut, 1819.
 ACALE SÁNCHEZ, M., «Derecho penal y Tratado de Lisboa», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Núm. 30, 2008.

(76) Cfr. artículos 34 ss. de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre.

- BALTATZIS, A. D., *Der Personalitätsgrundsatz im internationalen Strafrecht*, Ebering, Berlin, 1938.
- BELING, E., «Das internationale Strafrecht im Vorentwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Núm. 17, 1897.
- *Deutsches Reichsstrafprozessrecht*, Walter de Gruyter & Co, Berlin und Leipzig, 1928.
- BINDING, K., *Die Normen und ihre Übertretung – Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*, I, Verlag von Willhelm Engelmann, Leipzig, 1872.
- BÖSE, «§ 7 Geltung für Auslandstaten in anderen Fällen», en Kindhäuser/Neumann/Paefgen/Saliger, *Strafgesetzbuch*, 6. Aufl., Nomos, Baden-Baden, 2023.
- BRUNS, H. J., «Der Geltungsbereich des Strafrechts», *Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht*, Núm. 7, 1940.
- BUCHHALTER MONTERO, B., «Eficacia simbólica e instrumental refuerzo de la autoridad del Estado a través de la (introducción e imposición de la) prisión permanente revisable», *Diario La Ley*, Núm. 10370, 2023, s/p.
- «La remisión de procesos penales en la Unión Europea, examen de la Propuesta de Reglamento de 5 de abril 2023», *Revista General de Derecho procesal*, Núm. 62, 2024, s/p.
- CORNILS, K., *Die Fremdrechtsanwendung im Strafrecht*, De Gruyter, Berlin, 1978.
- DEITERS, M., «Das Prinzip der stellvertretenden Strafrechtspflege als Strukturelement einer föderativen Strafrechtsordnung in Europa», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, Núm. 10, 2006.
- DE JONGE, B., «Transfer of criminal proceedings: from stumbling block to cornerstone of cooperation in criminal matters in the EU», *ERA Forum*, Núm. 21, 2020.
- DONNEDIE DE VABRES, H., *Les principes modernes du droit pénal international*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1928.
- ESER, A., «Grundlagen und Grenzen, stellvertretender Strafrechtspflege», *Juristenzeitung*, Núm. 48, Vol. 18, 1993, pp. 875 ss.
- ESER/WEISSER, «Vorbemerkungen zu den §§ 3 – 9», en Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch*, 30. Aufl., C. H. Beck, München, 2019.
- FOUCAULT, M., *Vigilar y castigar*, traducción de Aurelio Garzón del Camino, Siglo XII, Buenos Aires, 2002.
- FREISLER, R., «Der Einfluß der Staatsauffassung auf den Geltungsbereich des Strafrechts», *Deutsche Justiz*, Núm. 8, 1940.
- GERLAND, H. B., *Deutsches Reichstrafrecht*, 2. Aufl, Walter de Gruyter & Co., Berlin und Leipzig, 1932.
- GLESS, S., «Grenzüberschreitende Beweissammlung», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Núm. 125, 2013.
- GRÜNEWALD, J., «Die Anwendung ausländischen Rechts durch deutsche Gerichte», *Zeitschrift für Rechtspolitik*, Núm. 25, 1992.

- HECKER, B., *Europäisches Strafrecht*, 6. Aufl., Springer, Berlin – Heidelberg, 2021, pp. 205 ss.
- HEGLER, A., *Prinzipien des internationalen Strafrechts*, Schletter'sche Buchhandlung, Breslau, 1906.
- HEINE, K. M., *Die Möglichkeiten und Grenzen der Übernahme von Verfahren im Rahmen der stellvertretenden Rechtspflege*, Cuivillier Verlag, Göttingen, 2015.
- JESSBERGER, F., *Der transnationale Geltungsbereich des deutschen Strafrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011.
- JESCHECK, H. H., «Der VIII. Internationale Strafrechtskongreß vom 21. – 27. September 1961 in Lissabon», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Núm. 12, 1962.
- KÖHLER, A., *Deutsches Strafrecht – Allgemeiner Teil*, Verlag von Veit & Comp., Leipzig, 1917.
- KONZELMANN, C., *Zur Fremdrechtsanwendung im Wirtschaftsstrafrecht*, C. F. Müller, Heidelberg, 2016.
- LANGE, H., «Die grundsätzliche Bedeutung der neuen Bestimmungen über den Geltungsbereich des Strafrechts», *Deutsches Strafrecht*, Núm. 8, 1941.
- LUDWICZAK, M., «Jurisdiction and Applicable Law in the EU Directive on Transfer of Proceedings in Criminal Matters», *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 1, Núm. 3, 2010.
- MANKOWSKI, P., «Auslandsrechtsanwendung, Auslandsrechtsprüfung, Auslandsrechtsberücksichtigung und Auslandsrechtsermittlung im deutschen Strafverfahren», en *Bublitz, J. C. et al. (eds.), Recht – Philosophie – Literatur (Festschrift für Reinhard Merkel zum 70. Geburtstag, 2.ª ed., I, Duncker & Humblot, Berlin, 2022.*
- MANKOWSKI, P., y BOCK, S., «Fremdrechtsanwendung durch Zivilrechtsakzessorietät bei Sachverhalten mit Auslandsbezug für Blanketttatbestände und Tatbestände mit normativem Tatbestandsmerkmal», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Núm. 120, Vol. 4, 2008.
- MENDELSSOHN-BARTHOLDY, A., «Das internationale Strafrecht im künftigen Strafgesetzbuch», *Deutsche Strafrechtszeitung*, Núm. 1-3, 1914.
- MEZGER, E., «Die grundsätzliche Bedeutung der neuen Bestimmungen über den Geltungsbereich des Strafrechts», *Deutsches Strafrecht*, Núm. 8, 1941.
- FENECH NAVARRO, M., *Derecho procesal penal*, Labor, Barcelona, 1943.
- MUÑOZ CONDE, F., *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo – Estudios sobre el Derecho penal en el Nacionalsocialismo*, 4.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, C., *Derecho penal – Parte general*, 11.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- OLSHAUSEN, J., *Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, Erster Band, 4. Aufl., Verlag von Franz Vahlen, Berlin, 1892.
- ORTS BERENGUER, E., y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Compendio de Derecho penal – Parte general*, 9.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

- PRIDA, J., *Derecho internacional privado*, Imprenta, Librería, Heliografía y Fotograbados de José Manuel de la Cuesta, Valladolid, 1896.
- PRZYREMBEL, A., «*Rassenschande*»: *Reinheitsmythos und Vernichtungslegitimation im Nationalsozialismus*, Diss., Technische Universität Berlin, Berlin, 2001.
- ROXIN, C., y GRECO, L., *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, Erster Band, C. H. Beck, München, 2020.
- SATZGER, H., «Die Zukunft des Allgemeinen Teils des Strafrechts vor dem Hintergrund der zunehmenden Europäisierung des Strafrechts», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, Núm. 11, 2016.
- SCHÜTZE, T. R., *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts auf Grund des Reichsstrafgesetzbuches*, Gebhart, Leipzig, 1871.
- STAUBACH, F., *Die Anwendung ausländischen Strafrechts durch den inländischen Richter*, Ludwig Röhrscheid Verlag, Bonn, 1964.
- TURNER, J. I., «The Expressive Dimension of EU Criminal Law», *American Journal of Comparative Law*, Vol. 60, Núm. 2, 2012.
- VON HIPPEL, F., *Lehrbuch des Strafrechts*, Verlag von Julius Springer, Berlin, 1932.
- VON LIZST, F., *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts* Guttentag, Verlagsbuchhandlung, Berlin, 1896.
- VON SCHWARZE, F. O., «Der Wirkungskreis des Strafgesetzes rücksichtlich der Zeit, des Raumes und der Personen», en Freiherr von Holzendorff, F., *Handbuch des deutschen Strafrechts*, Zweiter Band, Lüderiß'sche Buchhandlung, Berlin, 1871.
- VON WÄCHTER, G., *Das Königlich Sächsische und das Thüringische Strafrecht*, Verlag der J. B. Metzler'schen Buchhandlung, Stuttgart, 1857.
- WERLE, G., *Justiz-Strafrecht und polizeiliche Verbrechensbekämpfung im Dritten Reich*, De Gruyter, Berlin, 1989.
- WERNER, A. F., *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 5. Aufl., Verlag von Bernhard Tauchnitz, Leipzig, 1871.

¿Actos que expresen de manera clara la voluntad de la persona? Sobre el significado del «solo sí es sí» y la definición del consentimiento sexual

CARLOS CASTELLVÍ MONSERRAT

Profesor lector. Universidad de Barcelona(1)

RESUMEN

La exigencia de actos que expresen de manera clara la voluntad de la persona no modifica el significado del silencio en el ámbito sexual. Pues dicho silencio nunca ha sido unívoco: ni antes de la LO 10/2022 equivalía siempre a un «sí», ni después de dicha ley equivale siempre a un «no». Así, el sentido del artículo 178.1 in fine CP no es acabar con la exigencia de que la víctima diga «no» para apreciar una agresión sexual. Ni tampoco criminalizar todo acto sexual que no vaya precedido de un «sí». En este sentido, el artículo 178.1 in fine CP no supone un gran cambio de paradigma. Lo cual, sin embargo, no significa que su relevancia sea solo simbólica. Precisamente, este trabajo desarrolla una interpretación de dicho precepto que respeta su tenor literal (que no es el propio de una definición) y se hace cargo del problema que implican los sesgos de género en la comunicación sexual.

Palabras clave: *consentimiento, definición, claridad, libertad sexual, imprudencia.*

(1) Quiero dar las gracias a Sara Castellví, Silvia Fernández, Alejandra Olave, Marta Pantaleón, Leopoldo Puente, Angélica Torres, Alejandro Turienzo y Ana Valverde por sus agudas observaciones y críticas a una versión inicial de este artículo. Este trabajo ha sido desarrollado en el marco del Proyecto de investigación «Violencia extrema sobre la mujer: respuesta penal y alternativas para la prevención» (VEM, PID2022-140170NB-I00).

ABSTRACT

The requirement of acts that clearly express the will of the agent does not change the meaning of silence within the sexual sphere. This silence has never been unequivocal: neither before the LO 10/2022 silence meant always a «yes», nor after the passing of this law always means «no». Thus, the meaning of artículo 178.1 in fine CP is not to put an end to the requirement that the victim says «no» to appreciate a sexual assault. Nor seeks to outlaw every sexual act not preceded by a «yes». From this viewpoint, artículo 178.1 in fine of the Spanish Criminal Code is not a turning point. Yet its importance is not just symbolic. This paper aims to offer an interpretation of this legal norm that respects its literal tenor (which is not that of a definition) and considers the problem of gender bias in sexual communication.

Keywords: consent, definition, clarity, sexual autonomy, recklessness.

SUMARIO: I. Introducción.–II. ¿La ausencia de un «no» equivale a un «sí»?–III. ¿La ausencia de un «sí» equivale a un «no»?–IV. ¿Todo sigue igual?–V. Actos que expresen de manera clara la voluntad de la persona. 1. ¿Definición del consentimiento sexual? 2. Tres agresiones sexuales que antes no lo eran. 2.1 Consentimiento interno sin comunicación. 2.2 Dolo, imprudencia y falta de claridad. 2.3 Consentimiento interno y falta de claridad. 3. ¿Lesividad?–VI. ¿Solo sí es sí?: una reflexión final.–VII. Conclusiones.–VIII. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 178.1 *in fine* CP exige que el consentimiento sexual se manifieste mediante actos que expresen de manera clara la voluntad de la persona. Dicha exigencia se ha vinculado directamente con el lema de «solo sí es sí» y ha sido objeto de tres interpretaciones muy distintas. La primera entiende que el artículo 178.1 *in fine* CP supera un modelo previo en el que el silencio de una persona equivalía a su consentimiento, de modo que, gracias a dicho precepto, la ausencia de un «no» ya no supondrá automáticamente un «sí». En cambio, la segunda interpretación estima que el artículo 178.1 *in fine* CP impone un modelo en el que el silencio de una persona niega forzosamente su consentimiento, haciendo que, con independencia del contexto, la ausencia de un «sí» siempre suponga un «no». Finalmente, la tercera interpretación considera que el artículo 178.1 *in fine* CP no implica

ninguna novedad con respecto al modelo anterior, siendo su relevancia meramente simbólica.

El objetivo de este trabajo es mostrar que ninguna de las tres interpretaciones esbozadas resulta convincente. Para ello, se empezará evidenciando que las dos primeras se enfrentan a «hombres de paja»; es decir, a modelos que no se presentan en su mejor versión posible. En este sentido, ni el modelo anterior a la LO 10/2022 implicaba que «todo silencio significa sí», ni el actual dice que «todo silencio significa no». De este modo, se pondrá de manifiesto que el artículo 178.1 *in fine* CP no supone ningún gran cambio de paradigma. Lo cual, sin embargo, no significa que su relevancia sea meramente simbólica. A estos efectos, interpretar que el artículo 178.1 *in fine* CP no implica ninguna novedad es, como mínimo, poco deferente con el legislador. Precisamente por ello, este artículo desarrollará una interpretación alternativa de dicho precepto. Una que respete el tenor literal del artículo 178.1 *in fine* CP. Y que, al mismo tiempo, se haga cargo del problema que implican los sesgos de género en la comunicación sexual.

Así pues, tras descartar las interpretaciones anteriores, este trabajo pondrá de manifiesto que, pese a las apariencias, el artículo 178.1 *in fine* CP no define el consentimiento sexual, sino que añade un requisito para que dicho consentimiento determine la atipicidad de un acto sexual; concretamente, su manifestación mediante actos que expresen de manera clara la voluntad de la persona (V.1). A continuación, se mostrarán las tres consecuencias prácticas que implica añadir dicho requisito: transformar algunas tentativas en agresiones sexuales consumadas (V.2.1), convertir determinadas imprudencias en agresiones sexuales dolosas (V.2.2) y transformar ciertas «imprudencias sin resultado» en agresiones sexuales dolosas y consumadas (V.2.3). Finalmente, se defenderá que esta ampliación del ámbito de las agresiones sexuales no vulnera el principio de lesividad (V.3) y que, además, resulta coherente con el propósito de reducir los errores en la comunicación sexual (VI).

II. ¿LA AUSENCIA DE UN «NO» EQUIVALE A UN «SÍ»?

La profesora Faraldo Cabana describe del siguiente modo la evolución del delito de violación:

«La superación del modelo decimonónico de violación basado en el empleo de violencia, fuerza o intimidación supone dar entrada al modelo

consensual, esto es, a una nueva configuración de la violación como un delito que se comete sin consentimiento de la víctima. Esto significa que para que se produzca la violación es necesario que la persona manifieste su oposición, verbalmente o de cualquier otra forma reconocible para el autor, y que este no la respete, lo que se expresa a través del aforismo “no es no”»(2).

Sin embargo, la evolución de dicho delito no acabaría aquí, pues, de acuerdo con Faraldo Cabana, el modelo consensual «obliga a la víctima a decir que no o a expresar esa negativa de alguna otra forma»(3). De modo que, tal como indica la propia autora:

«aun suponiendo un avance respecto de la regulación anterior, también esta posición ha sido objeto de críticas, porque ha resultado en la desprotección de muchas mujeres incapaces de manifestar su falta de consentimiento o de probarla en el juicio. Por ello, en los últimos años se ha propuesto ir más allá y exigir, no ya la manifestación de la ausencia de consentimiento (“no es no”), sino la de su concurrencia (“solo sí es sí”), de forma que el autor se haga merecedor de pena cuando actúe sin que la víctima haya dado a conocer, de alguna forma reconocible para él, su aquiescencia»(4).

Desde esta perspectiva, el consentimiento afirmativo constituiría un auténtico cambio de paradigma: si el modelo consensual presupone la «disponibilidad por definición del cuerpo femenino, salvo que la mujer diga que no», el modelo del «consentimiento afirmativo parte de la indisponibilidad por principio del cuerpo de la mujer salvo que manifieste su consentimiento»(5). De este modo, el sentido del consentimiento afirmativo sería acabar con la exigencia de que la víctima diga «no» (o exprese su negativa de otra forma) para apreciar un acto sexual inconsciente(6). Lo cual se lograría, precisamente, haciendo

(2) FARALDO CABANA, P., «Solo sí es sí: hacia un modelo comunicativo del consentimiento en el delito de violación», en Acale Sánchez, A.; Isabel Miranda, A.; Nieto Martín, A. (coords.), *Reformas penales en la península ibérica: A «jangada de pedra»?*, BOE, Madrid, 2021, p. 270.

(3) FARALDO CABANA, P., «Solo sí es sí», *op. cit.*, p. 270.

(4) FARALDO CABANA, P., «Solo sí es sí», *op. cit.*, p. 268.

(5) FARALDO CABANA, P., «Solo sí es sí», *op. cit.*, p. 268. También en RAMÓN RIBAS, E. y FARALDO CABANA, P.; «¿La libertad sexual en peligro? ¿En serio?», en Agustina, J., *Comentarios a la ley del «solo sí es sí»: Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre*, Atelier, Barcelona, 2023, p. 92. En términos similares, IGAREDA, N., «Las controversias sobre la Ley del “Sí es sí” sobre violencia sexual», en *Política Criminal*, Vol. 18, Núm. 36, 2023, p. 578.

(6) SRINIVASAN, A., *El derecho al sexo*, trad. Inga Pellisa, Anagrama, Barcelona, 2022, p. 67, indicando que «si antes los hombres debían parar cuando las mujeres decían no, ahora deben conseguir que las mujeres digan sí».

que el silencio deje de ser equivalente al consentimiento(7); es decir, haciendo que la ausencia de un «no» deje de ser equivalente a un «sí»(8).

No obstante, la evolución descrita no se corresponde con la propia del Código penal español. En este sentido, nuestro texto punitivo nunca ha exigido un «no» (o una negativa equivalente) para apreciar un acto sexual in consentido. La prueba de ello son las numerosas sentencias previas a la LO 10/2022 que castigan como actos sexuales in consentidos los tocamientos sorprendivos; es decir, aquellos actos sexuales realizados sobre una víctima que no ha tenido tiempo de expresar su negativa(9). Teniendo en cuenta que dichos actos nunca se han considerado consentidos (y que a nadie se le ha ocurrido decir que la ausencia de un «no» previo al tocamiento equivale a su consentimiento), debe concluirse que el modelo previo a la LO 10/2022 no presupone la «disponibilidad por definición del cuerpo femenino, salvo que la mujer diga que no»(10); es decir, que dicho modelo no exige necesariamente una negativa para apreciar un acto sexual in consentido(11). Precisamente por ello, el sentido del artículo 178.1 *in fine* CP no puede ser el de acabar con dicha exigencia.

En realidad, un modelo de protección de la libertad sexual que exigiera a la víctima un «no» (o una negativa equivalente) no se correspondería con el lema del «no es no», sino, más bien, con uno alternativo que podríamos denominar «solo no es no». En efecto, tal y como indica Kimberly Ferzan, «la propuesta del “no es no” no dice que el consentimiento se presuma a menos que haya un “no”, sino que ofrece un “no” como prueba concluyente

(7) TUERKHEIMER, D., «Affirmative Consent», en *Ohio State Journal of Criminal Law*, Vol. 13, 2016, p. 448.

(8) FARALDO CABANA, P., «The Wolf-Pack Case and the Reform of Sex Crimes in Spain», en *German Law Journal*, Vol. 22, Núm. 5, 2021, p. 855.

(9) Entre muchas otras: SAP Córdoba, Sección 1.ª, 160/2001 de 25 de octubre; SAP Lugo, Sección 2.ª, 103/2003 de 22 de julio; SAP Valencia, Sección 3.ª, 94/2013 de 13 de febrero; SAP Alicante, Sección 2.ª, 317/2020 de 25 de septiembre; SAP Barcelona, sección 8.ª, 533/2022 de 9 de septiembre.

(10) FARALDO CABANA, P., «Solo sí es sí», *op. cit.*, p. 268.

(11) En la misma dirección, RAMÍREZ ORTIZ, J. L., «¿Es posible garantizar la libertad sexual sin la reforma penal?», en *IgualdadES*, Núm. 5, 2021, p. 502; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. y TRAPERO BARREALES, M. A., «¿Razones válidas para la reforma de los delitos sexuales?», en Santana Vega, D.; Fernández Bautista, S.; Cardenal Monraveta, S.; Carpio Briz, D.; Castellví Monserrat, C. (dirs.), *Una perspectiva global del Derecho Penal: Libro homenaje al profesor Dr. Joan J. Queralt Jiménez*, Atelier, Barcelona, 2021, p. 550.

de la inadmisibilidad del contacto»(12). Dicho de otra manera: el modelo del «no es no» hace que la negativa de la víctima funcione como una «presunción irrefutable de ausencia de consentimiento»(13), evitando así que (debido a prejuicios machistas) su «no» sea interpretado como un «sí»(14). Pero en ningún caso plantea la necesidad de que exista un «no» (o una negativa equivalente) para apreciar un delito contra la libertad sexual. De lo contrario, no solo quedarían sin castigo los tocamientos sorprendidos(15), sino también todos aquellos actos sexuales realizados sobre personas inconscientes o que no han podido expresar una negativa debido al empleo de violencia(16). Precisamente por ello, ningún modelo de protección de la libertad sexual se configura exclusivamente mediante una regla de «no es no», sino que, como mínimo, dicha regla se combina con otras que prohíben realizar actos sexuales con violencia o sobre personas inconscientes [y también, muy frecuentemente, «por sorpresa»(17) o, en general, «sin consentimiento»(18)]. Por tanto, ningún modelo de protección de la libertad sexual presupone la «disponibilidad por definición del cuerpo femenino, salvo que la mujer diga que no»(19). Y, en consecuencia, el sentido del consentimiento afirmativo no es el de «desterrar definitivamente la idea de que quien calla otorga»(20).

(12) FERZAN, K. K., «Consent, Culpability, and the Law of Rape», en *Ohio State Journal of Criminal Law*, Vol. 13, 2016, p. 413.

(13) GREEN, S. P., «Criminalizing Sex: A Unified Liberal Theory», Oxford University Press, Oxford, 2020, p. 79.

(14) De este modo, la existencia de un «no» hace que la creencia (sincera) de que la otra parte consentía sea irrelevante. Es más, tal y como indica SERRA SÁNCHEZ, C., *El sentido de consentir*, Anagrama, Barcelona, 2024, p. 96, «una mujer puede decir “no” al sexo aunque lo desee y, si ese “no” es vulnerado, en modo alguno el deseo cambiaría nada sobre la necesidad de llamar a eso “violación”».

(15) FERZAN, K. K., *op. cit.*, p. 429.

(16) GREEN, S. P., *op. cit.*, p. 80.

(17) Por ejemplo, el § 177 Abs. 2 Nr. 3 StGB. Al respecto, HÖRNLE, T., «The New German Law on Sexual Assault and Sexual Harassment», en *German Law Journal*, Vol. 18, Núm. 6, 2017, pp. 1314 y 1321.

(18) Por ejemplo, el § 130.05 (2) (c) del Código penal de Nueva York. Sobre la regla del «no es no» propia de dicho Código, GREEN, S. P., *op. cit.*, p. 79.

(19) FARALDO CABANA, P., «Solo sí es sí», *op. cit.*, p. 268.

(20) RAMÓN RIBAS, E., «Aciertos y desaciertos de la reforma de los delitos sexuales», en García Álvarez, P.; Caruso Fontán, M. V.; Rodríguez Ramos, M. (coords.), *Perspectiva de género en la Ley del «Solo sí es sí»: Claves de la polémica*, Colex, A Coruña, 2023, p. 388.

III. ¿LA AUSENCIA DE UN «SÍ» EQUIVALE A UN «NO»?

El profesor Álvarez García considera que, en virtud del artículo 178.1 *in fine* CP:

«[...] queda prohibida penalmente toda conducta que consista en mantener relaciones de significado sexual (ser objeto de manifestaciones sexuales) que no hayan sido consentidas, en cada caso, por actos exteriores concluyentes e inequívocos que “expresen de manera clara la voluntad de la persona”: por particulares actos exteriores... Es decir: no sería aceptable una autorización general para llevar a cabo, en un cierto período de tiempo, el que sea, “actos sexuales”»(21).

Debido a la necesidad de consentir cada relación sexual mediante actos particulares, la ausencia de un «sí» (o de otra expresión equivalente) siempre supondría un «no». Y ello implicaría que muchos actos sexuales realizados en el marco de parejas estables sean incontinentos. El propio Álvarez García pone algunos ejemplos:

«[...] queda prohibido acercarse a la propia pareja por la noche, mientras ésta se encuentra dormida, abrazarla y acariciarla, puesto que dormida no ha podido manifestar por medio de un acto “de manera clara la voluntad de la persona”. [...] Pero quedan también prohibidos los siguientes comportamientos (bajo amenaza de prisión de hasta cuatro años), entre otros muchos: acercarse a la pareja, subrepticamente (alevo-sía), y abrazarla, dándole así una “sorpresa cariñosa”; hacer, con engaño, que la pareja dirija sus ojos hacia arriba (¡mira!, ¡un lince ibérico volador!), y aprovechar que el mentón apunta al cielo para depositar en sus labios un enternecedor ósculo»(22).

En efecto, entender que «todo silencio significa no» es adecuado para la mayoría de interacciones sexuales (sobre todo, para las que

(21) ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., «La libertad sexual en peligro», en *Diario La Ley*, Núm. 10007, 2022, p. 18. Debe advertirse que el artículo 178.1 *in fine* CP no requiere actos exteriores, concluyentes e inequívocos. Así lo señalan RAMÓN RIBAS, E. y FARALDO CABANA, *op. cit.*, p. 82, nota 3. En este sentido, aunque el Anteproyecto de la LO 10/2022 sí exigía «actos exteriores, concluyentes e inequívocos», dicha exigencia desapareció en el texto que se presentó después como proyecto de ley y que finalmente se aprobó.

(22) ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *op. cit.*, p. 5. A continuación, dicho autor se pregunta: «¿cómo entender que se ha otorgado consentimiento en los términos del precepto estando dormida la persona? Es más, en este caso se estaría llevando a cabo una conducta de significación sexual con persona privada de sentido (nuevo artículo 178.2, de la Ley de Libertad Sexual)». Sin embargo, esto último no constituiría una novedad de la LO 10/2022, pues el antiguo artículo 181.2 CP ya preveía (con los mismos términos) el castigo de los actos sexuales realizados «sobre personas que se hallen privadas de sentido».

tienen carácter esporádico), pero resulta problemático en el contexto de relaciones afectivas prolongadas(23). Tal y como indica Ferzan, una regla que equipare la ausencia de un «sí» a un «no» (como la que existe en determinados campus universitarios estadounidenses) «prohibiría a una profesora ayudante que viva en una residencia universitaria pellizcar la nalga de su marido sin que este haya dicho primero “sí”»(24). De este modo, dicho acto sexual tendría la misma consideración que un tocamiento sorpresivo realizado por un desconocido en el metro.

Pero, según Álvarez García, los problemas no acaban aquí. De acuerdo con dicho autor, la exigencia del artículo 178.1 *in fine* CP de que el consentimiento se exprese mediante «actos» supondría «imponer una cierta manera de manifestar la libertad sexual»; concretamente, una que excluiría «las miradas, los gestos labiales, el enarcar las cejas, etc., como formas válidas de prestar el consentimiento. Pues ¿acaso puede entenderse que una mirada es un “acto” que expresa “de manera clara la voluntad de la persona”?»(25). Si esto es así, dos personas que mantienen relaciones sexuales mutuamente consentidas mediante una mirada cometerían una agresión sexual la una sobre la otra. Después de todo, su consentimiento no se habría expresado del modo que exige el Código penal; es decir, mediante «actos».

En todo caso, la restricción de la libertad sexual todavía sería mayor si se entiende que el artículo 178.1 *in fine* CP no solo exige el consentimiento se manifieste mediante actos, sino que, además, impone otro requisito: que el consentimiento sea «expreso». Esto es, precisamente, lo que sostiene Lascuráin Sánchez cuando analiza el tenor literal del artículo 178.1 *in fine* CP y subraya «cuatro palabras: “manifestado”, “actos”, “expresen”, “clara”. Es decir, que solo habrá un consentimiento excluyente de la tipicidad cuando el consentimiento sea activo, expreso y claro»(26). De esta forma, no solo constituirían agresiones sexuales las relaciones cuyo consentimiento no se plasme en «actos», sino también aquellas consentidas (mediante actos) de un modo que no pueda considerarse «expreso».

Sin embargo, no creo que esto sea así. En este sentido, me parece que la última crítica expuesta no es aplicable al texto legal vigente. Y

(23) DOUGHERTY, T., «Affirmative Consent and Due Diligence», en *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 46, Núm. 1, 2018, p. 106.

(24) FERZAN, K. K., *op. cit.*, p. 438.

(25) ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *op. cit.*, p. 6.

(26) LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «Los nuevos delitos sexuales: indiferenciación y consentimiento», en Agustina, J. (dir.), *Comentarios a la ley del «solo sí es sí»: Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre*, Atelier, Barcelona, 2023, p. 55.

que las dos anteriores se fundamentan en una interpretación irrazonable del mismo.

Así, en primer lugar, el artículo 178.1 *in fine* CP no exige que el consentimiento sea «expreso», sino que se manifieste mediante actos que «expresen» de manera clara la voluntad de la persona. Adviértase que la exigencia de un consentimiento expreso obligaría a castigar todos los actos sexuales consentidos tácitamente. Y, sin embargo, un consentimiento tácito puede expresar de forma clara la voluntad de la persona(27). Así, por ejemplo, quien pone un preservativo a su pareja no consiente expresamente una penetración. No obstante, en la mayoría de casos, dicha penetración estará tácitamente consentida mediante actos que expresan de forma clara la voluntad de la persona. Y esto último es todo lo que exige el artículo 178.1 *in fine* CP. Además, teniendo en cuenta que otros preceptos del Código penal sí requieren que el consentimiento sea «expreso» [art. 156 bis CP(28)] o «expresamente emitido» [arts. 155 y 156 CP(29)] –impidiendo así que un consentimiento tácito exima o atenúe la responsabilidad–, resulta inadecuado entender que el artículo 178.1 *in fine* CP dice más de lo que dice y reduce «el consentimiento al consentimiento claro, activo y expreso»(30).

En segundo lugar, resulta irrazonable entender que el término «acto» no incluye «miradas, gestos, elevación del mentón, mohines, movimientos de manos o pies»(31). Más aún si se repara en que la

(27) RAMÍREZ ORTIZ, J. L., *op. cit.*, p. 504, afirma que «la exigencia de “actos” que “expresen” la voluntad de la persona de manera “clara” puede dar lugar a que haya tribunales que interpreten que el consentimiento tácito queda prohibido, pues, según el DRAE “tácito” es lo que no se expresa o no se dice, pero se supone o sobreentiende, lo que pugnaría con el recurso al verbo “expresar” empleado en la formulación legal». No obstante, aunque es cierto que la tercera acepción de «tácito» en el DRAE es «que no se expresa, pero se sobreentiende», dicha acepción solo va referida a elementos gramaticales (siendo un sinónimo de «elíptico»). Y, obviamente, el «consentimiento» no es un elemento gramatical. De modo que el término «tácito» no tiene aquí dicho significado, sino el que se corresponde con la segunda acepción del DRAE: «que no se entiende, percibe, oye o dice formalmente, sino que se supone e infiere». Y, así, es perfectamente posible que un consentimiento «tácito» cumpla con las exigencias del artículo 178.1 *in fine* CP. Al fin y al cabo, un consentimiento que no se dice formalmente puede inferirse mediante actos que «expresen de manera clara la voluntad de la persona».

(28) Dicho artículo requiere el «consentimiento libre, informado y expreso del donante».

(29) El artículo 155 CP exige el «consentimiento válida, libre, espontánea y expresamente emitido del ofendido» y el art 156 CP hace lo propio con el «consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido».

(30) LASCURÁIN SÁNCHEZ, J. A., *op. cit.*, p. 56.

(31) ÁLVAREZ GARCÍA, F. J, *op. cit.*, p. 6.

RAE utiliza el término «acto» para definir algunas de dichas palabras [por ejemplo, la de «gesto» como «acto o hecho que implica un significado o una intencionalidad»(32)]. Además, una mirada o un gesto pueden bastar para cooperar en un delito «con un “acto” sin el cual no se habría efectuado» (art. 28 CP). Por ejemplo: en las circunstancias adecuadas, la mirada de un mafioso (o de un soplón) puede ser un acto de cooperación necesaria en un homicidio. Y, si esto es así, la mirada entre dos personas también puede ser un acto que exprese su consentimiento. Por ello, tienen razón Ramón Ribas y Faraldo Cabana cuando afirman que atribuir al término «actos» un hermetismo que deje fuera de su contenido las miradas, los gestos, etc., «no es, desde luego, obligado, sino todo lo contrario; es una palabra permeable, elástica»(33). En efecto, la palabra «actos» es lo suficientemente amplia como para incluir cualquier forma de expresión del consentimiento sexual(34). Lo cual pone de manifiesto que la crítica de Álvarez García no tiene como objeto la mejor versión posible del artículo 178.1 *in fine* CP, sino, más bien, una interpretación poco razonable del mismo.

Finalmente, tampoco me parece razonable entender que, en virtud del artículo 178.1 *in fine* CP, cualquier relación sexual que no vaya inmediatamente precedida de un acto de consentimiento sea, con independencia del contexto, una agresión sexual. En este sentido, el artículo 178.1 *in fine* CP no obliga a concluir que «todo silencio significa no»(35). Y, por tanto, no obliga a equiparar el tocamiento sorpresivo de un desconocido en el metro con los abrazos, besos o pellizcos que se produzcan sin previo aviso en el contexto de relaciones afectivas prolongadas. Tal y como indica Ramón Ribas, en estos últimos casos «el consentimiento se habrá prestado mediante actos anteriores a los hechos. Mientras no se revoque, ese consentimiento sigue vigente, aunque se haya expresado mucho tiempo atrás. No es necesario que exista inmediatez de la prestación de consentimiento respecto de la ejecución de lo que se consiente»(36). Es cierto que algunas reglas de consentimiento afirmativo (propias de campus estadounidenses) requieren un acto de consentimiento específico para cada

(32) O «mirada» como «acción y efecto de mirar».

(33) RAMÓN RIBAS, E. y FARALDO CABANA, *op. cit.*, p. 88.

(34) El propio ÁLVAREZ GARCÍA, *op. cit.*, p. 7, reconoce la posibilidad de interpretar así dicho término.

(35) Tal y como indica SERRA SÁNCHEZ, C., *op. cit.*, «existe una diferencia sustancial entre decir que un silencio no debe servir a los hombres para presuponer la disponibilidad sexual de una mujer y afirmar que, al margen de todo contexto, siempre significa una negativa».

(36) RAMÓN RIBAS, E., *op. cit.*, p. 384.

nueva interacción sexual. Así, por ejemplo, el Antioch College establecía que «la solicitud de consentimiento debe ser específica para cada acto. Si has tenido un determinado nivel de intimidad sexual antes con alguien, debes pedirlo igualmente cada vez»(37). Adviértase que, de acuerdo con dicha regla, «no sería aceptable una autorización general para llevar a cabo, en un cierto período de tiempo, el que sea, “actos sexuales”»(38). Sin embargo, el artículo 178.1 *in fine* CP no contiene una regla de esta naturaleza. Y, por tanto, no puede concluirse que dicho precepto persigue «vetar a los ciudadanos acariciar a sus parejas cuando éstas se encuentran dormidas en el lecho común»(39).

IV. ¿TODO SIGUE IGUAL?

La profesora Acale Sánchez afirma que la redacción del artículo 178.1 *in fine* CP:

«no plantea ningún cambio trascendental respecto a la interpretación que están haciendo nuestros tribunales: son las circunstancias del caso las que determinan la interpretación que se merezca el comportamiento de la víctima [...] visto que las referencias que se hacen a cuándo existe consentimiento se limitan a trasponer a la letra de la ley la forma de actuación de los tribunales, puede concluirse que se trata de una disposición que solo aporta seguridad jurídica»(40).

Recientemente, el Tribunal Supremo parece haber asumido esta misma postura. Así, la STS 23/2023, de 20 de enero, señala que:

«La fórmula que utiliza el legislador es, pues, una fórmula abierta, y que ya se tomaba en consideración, en términos similares, jurispruden-

(37) WESTEN, P., *The Logic of Consent*, Routledge, New York, 2004, p. 76.

(38) ÁLVAREZ GARCÍA, *op. cit.*, p. 5.

(39) ÁLVAREZ GARCÍA, *op. cit.*, p. 11.

(40) ACALE SÁNCHEZ, M., «Delitos sexuales: razones y sinrazones para esta reforma», en *IgualdadES*, Núm. 5, 2021, pp. 475 y 477. En el mismo sentido, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B., «La reforma y contrarreforma del delito de agresión sexual», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Núm. 25, 2023, p. 18; GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., «El Delito de agresión sexual en su configuración por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual: comentario al artículo 178 del Código Penal», en *Estudios penales y criminológicos*, Núm. 43, 2023, p. 32; También apuntan a la posibilidad de optar por dicha interpretación, RAMÍREZ ORTIZ, J. L., «¿Cambio de paradigma o juego de espejos?», en *Juezas y Jueces para la Democracia*, Núm. 12, 2021, p. 38; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. y TRAPERO BARREALES, M. A., *op. cit.*, p. 570.

cialmente, para entender concurrente el consentimiento [...] De modo que siempre se partió –y ahora también– de una inferencia: el Tribunal sentenciador extrae “en atención a las circunstancias del caso”, la existencia o no de consentimiento conforme a los elementos probatorios que “expresen de manera clara la voluntad de la persona”».

Desde esta perspectiva, el artículo 178.1 *in fine* CP contendría una regla probatoria que, como tal, no iría dirigida a los ciudadanos (en general), sino a los jueces (en particular). Y dicha regla probatoria les estaría diciendo que sigan haciendo lo que ya hacen: dar por acreditado (o no) el consentimiento en función de si existen actos que «expresen de manera clara la voluntad de la persona».

Lo anterior, sin embargo, resulta poco deferente con el legislador. Y no solo por interpretar la letra de la ley de un modo que la hace prácticamente irrelevante, sino también por no tomarse en serio su tenor literal(41). En este sentido, debe advertirse que el artículo 178.1 *in fine* CP no requiere actos que «expresen la voluntad de la persona», sino que «expresen “de manera clara” la voluntad de la persona». Si el Código penal solo exigiera lo primero (es decir, actos que «expresen la voluntad de la persona»), podría interpretarse que el artículo 178.1 *in fine* CP contiene una regla probatoria completamente trivial; una en virtud de la cual los jueces deben determinar la existencia o ausencia de consentimiento en función de los actos que «expresen la voluntad de la persona» (¿cómo iban a hacerlo si no?). No obstante, el Código penal exige lo segundo (es decir, actos que «expresen “de manera clara” la voluntad de la persona») y ello hace que el artículo 178.1 *in fine* CP no pueda interpretarse como una regla probatoria, pues, de ser así, dicha regla infringiría la presunción de inocencia. Al fin y al cabo, impediría que determinados actos que expresan la voluntad de la persona (concretamente, todos aquellos que no lo hacen de manera clara) puedan valorarse en favor de reo; o, al revés: obligaría a interpretar en contra de reo la falta de claridad en los actos que expresan la voluntad de la persona. Lo cual, tal y como indica Lascuráin Sánchez, iría en contra de «la exigencia de que los elementos del delito deben constatar con certeza, más allá de toda duda razonable»(42).

Así pues, no puedo estar de acuerdo con la Fiscalía General del Estado cuando afirma que el artículo 178.1 *in fine* CP «se limita a incorporar en el Código Penal una inferencia lógica: si el consenti-

(41) En esta dirección, TOMÉ GARCÍA, J. A., «La ley del “solo sí es sí”: consentimiento sexual y carga de la prueba», en *La Ley Penal*, Núm. 159, 2022, p. 6.

(42) LASCURÁIN SÁNCHEZ, J. A., *op. cit.*, p. 57. En sentido similar, MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «El consentimiento en los delitos contra la libertad sexual», en *Diario La Ley*, Núm. 10143, 2022, p. 19.

miento no se manifiesta de forma inequívoca, mediante actos que expresen claramente la voluntad de la persona, deberá deducirse que la víctima no consintió». Dicha inferencia no es lógica, pues la ausencia de actos que expresen «claramente» la voluntad de la persona no permite deducir que esta no consintió, sino, como máximo, que no consintió «claramente». Y, tal como indica del Moral García, «lo que tiene que estar “claro” e indubitado (*in dubio...*) para el aplicador de la ley no es el consentimiento, sino su ausencia»(43). Precisamente por ello, no puede concluirse que el artículo 178.1 *in fine* CP contiene una regla probatoria que se limita «a trasponer a la letra de la ley la forma de actuación de los tribunales»(44). Pues, de ser así, se estaría trasponiendo a la letra de la ley una forma de actuación de los tribunales que vulnera la presunción de inocencia.

V. ACTOS QUE EXPRESEN DE MANERA CLARA LA VOLUNTAD DE LA PERSONA

Teniendo en cuenta lo anterior, debe concluirse que el artículo 178.1 *in fine* CP no se dirige a los jueces (en particular), sino a los ciudadanos (en general). Y que, en vez de determinar cómo probar una agresión sexual, dicho precepto delimita qué es una agresión sexual; así, tras la LO 10/2022, una agresión sexual ya no es un «acto que atente contra la libertad sexual de otra persona “sin su consentimiento”» (art. 178.1 CP), sino un «acto que atente contra la libertad sexual de otra persona “sin su consentimiento manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona”». Lo cual supone que, tal y como indica Tomé García:

«comete delito no solo “*el que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento*”, sino también el que realice dicho acto sin que la víctima haya manifestado su consentimiento “*libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona*”»(45).

(43) DEL MORAL GARCÍA, A., «Caracterización normativa del consentimiento en la reforma de los delitos sexuales», en Agustina, J. (dir.), *Comentarios a la ley del «solo sí es sí»: Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre*, Atelier, Barcelona, 2023, p. 117.

(44) ACALE SÁNCHEZ, M., *op. cit.*, p. 477.

(45) TOMÉ GARCÍA, J. A., *op. cit.*, p. 6. No obstante, dicho autor distingue más adelante (p. 7) entre dos clases de supuestos: «puede haber juicios en los que las par-

Así pues, el artículo 178.1 *in fine* CP amplía el ámbito de las agresiones sexuales; concretamente, lo amplía a los supuestos en que alguien consiente un acto sexual sin manifestarlo «libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona». De este modo, no hace falta presumir la ausencia de consentimiento, dado que la inexistencia de actos que «expresen de manera clara la voluntad de la persona» es suficiente por sí misma para apreciar una agresión sexual(46).

Más adelante se mostrarán las consecuencias que comporta esta ampliación del ámbito de las agresiones sexuales (V.2). Y se defenderá que, al contrario de lo que pueda parecer, dicha ampliación no vulnera el principio de lesividad (V.3). Sin embargo, antes se pondrá de relieve que el artículo 178.1 *in fine* CP no contiene una definición del consentimiento sexual, sino, más bien, una exigencia adicional a dicho consentimiento; una exigencia que, en este ámbito, hace insuficiente el mero consentimiento «interno» (V.1).

tes acusadoras logren probar que el consentimiento en la relación sexual no se manifestó de manera clara, y dichas pruebas justifiquen la condena del acusado, a pesar de que el Tribunal dude acerca de si, efectivamente, la víctima prestó o no su consentimiento. Caso distinto sería cuando el Tribunal no duda, sino que considera probado que la víctima consintió libremente: supuesto en el que consideramos que, aunque la víctima no hubiere manifestado dicho consentimiento de manera clara, no procedería la condena del acusado». De este modo, al excluir el castigo en el segundo caso, TOMÉ GARCÍA, J. A., *op. cit.*, p. 7, no lleva hasta sus últimas consecuencias el planteamiento transcrito en el texto, ni tampoco sus propias palabras acerca de la deferencia que merece el legislador: «Podemos estar de acuerdo o no con el legislador (nosotros no lo estamos), e incluso, como algunos apuntan, dudar de la constitucionalidad del precepto (al entender que el mismo vulnera el derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2.º CE), pero ésta ha sido la decisión del legislador». Adviértase que dicha decisión debería comportar el castigo de aquellos casos en que el juez «considera probado que la víctima consintió libremente» y, sin embargo, advierte que esta no ha «manifestado dicho consentimiento de manera clara».

(46) Lo cual supone que, tal y como indica PUENTE RODRÍGUEZ, L., «Contra la tipificación de la agresión sexual imprudente», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Núm. 25, 2023, p. 26, nota 77, el estándar probatorio «se mantiene incólume (“más allá de toda duda razonable”)». Lo que [...] sucede es que cambia el “objeto” de la prueba, pero porque ha cambiado también la propia conducta típica, que es la que ha de probarse, al incluirse la definición de consentimiento. Ahora es “otra cosa” (otra conducta típica diferente) lo que debe probarse más allá de toda duda razonable». De todos modos, aunque modificar el «objeto de la prueba» pueda dar los mismos resultados prácticos que relajar el «estándar probatorio», no creo que la diferencia entre hacer lo uno o lo otro sea «puramente formal» (PUENTE RODRÍGUEZ, L., *op. cit.*, p. 26, nota 77). Después de todo, relajar el «estándar probatorio» supone infringir una garantía que goza de la máxima protección constitucional (la presunción de inocencia). Y modificar el «objeto de la prueba» solamente puede afectar a un principio que, en todo caso, que no goza de ese mismo nivel de protección (el de lesividad).

1. ¿Definición del consentimiento sexual?

Al contrario de lo que opina la mayor parte de la doctrina(47), el artículo 178.1 *in fine* CP no contiene una definición del consentimiento sexual, pues, de ser así, dicha definición sería tautológica. Para advertirlo basta con leer atentamente dicho precepto e intentar identificar qué es aquello que debe manifestarse libremente mediante actos:

«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».

En efecto, cuando el artículo 178.1 *in fine* CP dice «Sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente [...]», la pregunta que surge inmediatamente es ¿cuándo se haya manifestado libremente el qué? Y, obviamente, la respuesta es «el consentimiento». Lo cual significa que, en realidad, el artículo 178.1 *in fine* CP dice lo siguiente:

Sólo se entenderá que hay consentimiento cuando *el consentimiento* se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona.

Precisamente por ello, el artículo 178.1 *in fine* CP no define el consentimiento (pues no puede definirse una palabra con esa misma palabra), sino que añade un requisito para que el consentimiento (oculto en la frase) determine la atipicidad de un acto sexual: su manifestación mediante actos que expresen de manera clara la voluntad de la persona(48). De este modo, lo que determina la atipicidad de un acto sexual es la suma de dos requisitos: la existencia de consentimiento («interno») y su manifestación mediante actos que expresen de manera clara la voluntad de la persona.

(47) PÉREZ DEL VALLE, C., «La reforma de los delitos sexuales. Reflexiones a vuelapluma», en *Diario La Ley*, Núm. 10045, 2022, p. 6; TORRES FERNÁNDEZ, M. E., «Notas sobre los delitos contra la libertad sexual en la Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual (LO 10/2022)», en Agustina, J. (dir.), *Comentarios a la ley del «solo sí es sí»: Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre*, Atelier, Barcelona, 2023, p. 29; LASCURRAÍN SÁNCHEZ, J. A., *op. cit.*, p. 55; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B., *op. cit.*, p. 14; CANCIO MELIÁ, M. «Sexual Assaults under Spanish Law: Law Reform, Consent, and Political Identity», en en Hörnle, T. (ed.), *Sexual Assault: Law Reform in a Comparative Perspective*, Oxford University Press, Oxford, 2023, p. 231.

(48) Esta idea ya fue esbozada en CASTELLVÍ MONSERRAT, C., «¿Violaciones por engaño?: Sobre el concepto de consentimiento y el objeto del consentimiento sexual», en *InDret*, Núm. 4, 2023, p. 189, nota 40.

De acuerdo con lo anterior, podemos reconstruir el tipo básico de agresiones sexuales sustituyendo la palabra «consentimiento» que aparece en el artículo 178.1 CP por aquello que, según el artículo 178.1 *in fine* CP, debe entenderse como tal: el «consentimiento manifestado mediante actos que expresen de manera clara la voluntad de la persona». Así, el artículo 178.1 CP tendría el siguiente tenor literal:

Será castigado [...] el que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona.

Obviamente, el «consentimiento» que aparece en la redacción propuesta es meramente interno [pues, de lo contrario, la exigencia de que se manifieste mediante actos sería redundante(49)]. En consecuencia, su naturaleza es la propia de una «acción mental, similar a la acción de decidir o elegir»(50). En este sentido, alguien puede consentir un acto sexual sin expresarlo de modo alguno, pues, tal y como indica la Fiscalía General del Estado, dicho consentimiento «se genera en el fuero interno de los individuos, en su psique, lugar donde puede permanecer oculto para terceros»(51). Aunque, de acuerdo con lo que ya se ha señalado, ese consentimiento resulta insuficiente para que un acto sexual sea atípico. Esto último requiere que, adicionalmente, el consentimiento «interno» se manifieste mediante actos que expresen de manera clara la voluntad de la persona(52). Solo entonces concurrirán los dos requisitos que niegan la tipicidad de un acto sexual.

(49) WESTEN, P., *op. cit.*, p. 65.

(50) TADROS, V., *Wrongs and Crimes*, Oxford University Press, Oxford, 2016, p. 205.

(51) Circular 1/2023, de 29 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, sobre criterios de actuación del Ministerio Fiscal tras la reforma de los delitos contra la libertad sexual operada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre.

(52) La palabra «consentimiento» es ambigua. Y puede aludir tanto a una elección mental interna como a un acto de comunicación. En el primer caso, el consentimiento existe al margen de si se manifiesta externamente o no. En el segundo, en cambio, la existencia del consentimiento presupone dicha manifestación. Y aunque ya se ha aclarado que el «consentimiento» que aparece en la reconstrucción del tipo es una elección mental interna, resulta interesante poner de manifiesto que el artículo 178.1 *in fine* CP emplea en la misma frase ambas nociones de consentimiento. Así, cuando dice que «Sólo se entenderá que hay consentimiento cuando *el consentimiento* se haya manifestado [...]», el segundo «consentimiento» (el oculto) constituye sin duda una elección mental interna (pues, de lo contrario, la exigencia de que se manifieste mediante actos sería redundante), pero el primer «consentimiento» es un acto de comunicación (dado que solo se entenderá que existe cuando la elección mental interna se manifieste mediante actos). Sobre ambas nociones de consentimiento, HURD, H. M., «The Moral Magic of Consent», en *Legal Theory*, Vol. 2, Núm.

2. Tres agresiones sexuales que antes no lo eran

La exigencia de actos que «expresen de manera clara la voluntad de la persona» (art. 178.1 *in fine* CP) conlleva tres consecuencias prácticas relevantes. La primera consiste en calificar como agresiones sexuales (consumadas) las relaciones sexuales consentidas «internamente» sin actos que expresen claramente dicho consentimiento (V.2.1). La segunda pasa por castigar como agresiones sexuales (dolosas) las relaciones sexuales que el autor cree consentidas «internamente», sabiendo que no existen actos que expresen claramente dicho consentimiento (V.2.1). Finalmente, la tercera consecuencia práctica del artículo 178.1 *in fine* CP es una combinación de las dos anteriores: considerar como agresiones sexuales (consumadas y dolosas) las relaciones sexuales consentidas «internamente», y que el autor cree consentidos «internamente», sabiendo que no existen actos que expresen claramente dicho consentimiento (V.2.3).

2.1 CONSENTIMIENTO INTERNO SIN COMUNICACIÓN

Tal como indica la Fiscalía General del Estado, son «concebibles supuestos en los que concurre el consentimiento a pesar de no existir una exteriorización del mismo»(53). El siguiente ejemplo es una muestra de ello:

John quiere mantener relaciones sexuales con Sam. Sin embargo, tiene miedo de que, si se lo comunica, él piense que es «demasiado fácil» y acabe rechazando mantener una relación con él. Una noche, Sam empieza a hacerle insinuaciones sexuales. John quiere que siga adelante, pero no le dice nada para animarle y, de hecho, se resiste con cierta fuerza

2, 1996, pp. 125 y 135; WESTEN, P., *op. cit.*, p. 5; ALEXANDER, L., «The Ontology of Consent», en *Analytic Philosophy*, Vol. 5, Núm. 1, 2014, pp. 102-108; DOUGHERTY, T., «Yes Means Yes: Consent as Communication», en *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 43, Núm. 3, 2015, pp. 228-230; FERZAN, K. K., *op. cit.*, p. 403; ALEXANDER, L., y HURD, H., y WESTEN, P., «Consent Does Not Require Communication: A Reply to Dougherty», en *Law and Philosophy*, Vol. 35, Núm. 6, 2016, pp. 655-660; DOUGHERTY, T., «Consent, Communication, and Abandonment», en *Law and Philosophy*, Vol. 38, Núm. 4, 2019, p. 388. Con respecto a otros significados de la palabra «consentimiento» (que no prejuzgan su carácter interno o externo), CASTELLVÍ MONSERRAT, C., «¿Violaciones por engaño?», *op. cit.*, pp. 176-178; CASTELLVÍ MONSERRAT, C., «¿Intimidación o abuso de una situación de superioridad? Sobre el consentimiento, la libertad y las amenazas en las agresiones sexuales», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Núm. 25, 2023, pp. 6-9.

(53) Circular 1/2023, de 29 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, sobre criterios de actuación del Ministerio Fiscal tras la reforma de los delitos contra la libertad sexual operada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre.

a cada paso que da. Esta resistencia no disuade a Sam, y al final tienen relaciones sexuales. John está encantado. Las cosas han salido como él esperaba. Ha mantenido relaciones sexuales con Sam y, además, ha sido capaz de comunicarle que no estaba de acuerdo. Sin embargo, más tarde, después de contárselo orgulloso a un amigo, su actitud cambia. Porque, como señala su amigo, Sam estaba dispuesto a mantener relaciones sexuales con él a pesar de que probablemente creía que no estaba consintiendo. ¿No era eso una demostración de que Sam no lo respeta? La alegría de John por cómo habían transcurrido las cosas se convierte ahora en indignación(54).

Resulta incuestionable que, en este caso, Sam ha cometido una agresión sexual. Sin embargo, la pregunta relevante es: ¿dicha agresión sexual está consumada o constituye una tentativa? Adviértase que si una agresión sexual solo fuera un «acto que atente contra la libertad sexual de otra persona “sin su consentimiento”» (art. 178.1 CP), Sam habría cometido una tentativa (inidónea); al fin y al cabo, John ha consentido «internamente» el acto sexual. Y el hecho de que no lo haya manifestado en modo alguno solo sería relevante a los efectos de negar que Sam tuviera conocimiento de dicho consentimiento. Precisamente por ello, podría afirmarse que Sam creía que estaba realizando un «acto que atente contra la libertad sexual de otra persona “sin su consentimiento”» (art. 178.1 CP). Y que, en consecuencia, debe responder por una tentativa de agresión sexual(55).

En cambio, si una agresión sexual es un «acto que atente contra la libertad sexual de otra persona “sin su consentimiento manifestado mediante actos que expresen de manera clara la voluntad de la persona”», Sam no comete una tentativa, sino una agresión sexual consumada. Después de todo, aunque John haya consentido «internamente» el acto sexual, dicho consentimiento no se ha manifestado mediante actos que expresen claramente la voluntad de la persona. Y ello resulta directamente relevante a los efectos de afirmar la concurrencia de los elementos (objetivos) del tipo. En este sentido, Sam no (solo) creía que estaba realizando un «acto que atenta contra la libertad sexual de otra persona “sin su consentimiento manifestado mediante actos que

(54) ALEXANDER, L., y HURD, H., y WESTEN, P., *op. cit.*, pp. 655-656, con ligeras variaciones.

(55) PANTALEÓN DÍAZ, M., *Delito y responsabilidad civil extracontractual: Una dogmática comparada*, Marcial Pons, Madrid, 2022, p. 243, indica que la doctrina mayoritaria (tanto española como alemana) se decanta por apreciar una simple tentativa en estos casos. Sin embargo, ella misma defiende un concepto de resultado (objetivo en vez de subjetivo) que conduce a apreciar un delito consumado en dichos supuestos (aunque no concurra ninguna clase de responsabilidad civil: PANTALEÓN DÍAZ, M., *op. cit.*, pp. 350-351).

expresen de manera clara la voluntad de la persona”», sino que, efectivamente, Sam estaba realizando un «acto que atenta contra la libertad sexual de otra persona “sin su consentimiento manifestado mediante actos que expresen de manera clara la voluntad de la persona”». Por lo tanto, Sam debe responder por una agresión sexual consumada.

Así pues, la primera consecuencia del artículo 178.1 *in fine* CP es transformar algunas tentativas en agresiones sexuales consumadas; concretamente, todas aquellas en que el autor cree que la víctima no consiente debido a que no lo ha manifestado mediante actos que expresen claramente su voluntad. Por ejemplo, cuando alguien «roba un beso» a una desconocida que, pese a no haber dado ninguna muestra de ello, quería secretamente recibirlo. O cuando alguien realiza un tocamiento sorpresivo sobre una persona que parece dormida pero que, en realidad, está despierta y desea experimentarlo. En estos supuestos, los autores no solo se creen (erróneamente) realizar un acto sexual sin consentimiento, sino que, además, llevan a cabo objetivamente un acto sexual que no se ha consentido mediante actos que expresen claramente la voluntad de la persona. Y ello basta para apreciar una agresión consumada.

2.2 DOLO, IMPRUDENCIA Y FALTA DE CLARIDAD

La segunda consecuencia del artículo 178.1 *in fine* CP es, con diferencia, la más relevante. Y deriva de que, al cambiar el contenido del tipo (objetivo) de las agresiones sexuales, también se modifica el objeto de referencia del dolo. Así, en tanto que agresiones sexuales ya no exigen la ausencia de consentimiento, sino la ausencia de una manifestación clara de dicho consentimiento, el dolo del autor ya no debe referirse a la ausencia de consentimiento, sino a la ausencia de una manifestación clara de dicho consentimiento⁽⁵⁶⁾. De este modo, si el autor cree (erróneamente) que existe consentimiento, pero sabe que no existe una manifestación clara de dicho consentimiento, su conducta no será imprudente, sino dolosa. Después de todo, el dolo no debe referirse a la realización de un «acto que atenta contra la libertad sexual de otra persona “sin su consentimiento”», sino a la de un «acto que atenta contra la libertad sexual de otra persona “sin su consentimiento manifestado mediante actos que expresen de manera clara la voluntad de la persona”».

(56) Esta idea puede encontrarse esbozada en CASTELLVÍ MONSERRAT, C., «Delitos contra la libertad sexual», en Corcoy Bidasolo, M. (dir.), *Comentarios al Código penal*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 854-855.

¿Y qué relevancia tiene esto último? Pues bien, si el artículo 178.1 *in fine* CP solo exigiera que el consentimiento se manifieste en actos que «expresen la voluntad de la persona», el cambio de objeto del dolo sería completamente intrascendente. Al fin y al cabo, quien sabe que no existen actos que expresen el consentimiento de una persona no puede creer razonablemente que esa persona consiente (¿sobre la base de qué iba a creerlo?). En consecuencia, siempre que el dolo abarque la ausencia de actos que «expresen la voluntad de la persona», también deberá abarcar la ausencia de consentimiento. De modo que es irrelevante si el objeto del dolo es un «acto que atenta contra la libertad sexual de otra persona “sin su consentimiento”» o un «acto que atenta contra la libertad sexual de otra persona “sin su consentimiento manifestado mediante actos que expresen la voluntad de la persona”». Cambiar lo primero por lo segundo no tendría ninguna incidencia en la imputación subjetiva.

Sin embargo, el artículo 178.1 *in fine* CP no exige que el consentimiento se manifieste en actos que «expresen la voluntad de la persona», sino en actos que «expresen “de manera clara” la voluntad de la persona». Y dicha exigencia de «claridad» hace que modificar el objeto de referencia del dolo sea sumamente relevante. Pues implica que el autor actúa dolosamente cuando, pese a creer de forma razonable que existe consentimiento, sabe que dicho consentimiento no se ha manifestado de manera clara(57).

¿Y qué supone exigir que el consentimiento se haya manifestado manera clara? Pues que este se haya expresado de un modo que garantice un determinado grado de seguridad acerca de su existencia; un grado de seguridad que, obviamente, es mayor que el necesario para creer razonablemente que alguien ha consentido(58). De este modo,

(57) Y, con más razón, el autor también actuará dolosamente cuando crea de forma irrazonable que existe consentimiento. BARON, M. W., «I Thought She Consented», en *Philosophical Issues*, Vol. 11, 2001, pp. 9-10, resume así un famoso caso inglés (DPP v Morgan [1975] UKHL 3) en que se planteó la relevancia de dicha creencia (irrazonable pero honesta): «El Sr. Morgan y tres amigos estaban de copas cuando Morgan les propuso que fueran todos a su casa a mantener relaciones sexuales con su esposa. Según sus acusados, Morgan les dijo que no se sorprendieran si ella forcejeaba y protestaba; era sólo su forma de excitarse. Así procedieron y todos la violaron mientras los otros la sujetaban por la fuerza». En dicho caso, la Cámara de los Lores afirmó que la creencia honesta de que existía consentimiento (por muy irrazonable que sea) hubiera bastado para negar la responsabilidad de los amigos de Morgan. Aunque, finalmente, confirmó su condena dando a entender que ellos ni siquiera creían honestamente que existía consentimiento. Al respecto, FERZAN, K. K., *op. cit.*, pp. 424-425.

(58) De lo contrario, la exigencia de actos que «expresen *de manera clara* la voluntad de la persona» sería papel mojado. En este sentido, resultaría muy poco

creer razonablemente que existe consentimiento es compatible con saber que no existe una manifestación clara del mismo; y, consecuentemente, el error sobre la existencia de un «acto que atenta contra la libertad sexual de otra persona “sin su consentimiento”» es compatible con el dolo referido a un «acto que atenta contra la libertad sexual de otra persona “sin su consentimiento manifestado mediante actos que expresen de manera clara la voluntad de la persona”»(59). Precisamente por ello, hacer que el objeto del dolo sea lo segundo (en vez de lo primero) supone ampliar el ámbito propio de las agresiones sexuales; concretamente, supone ampliarlo a costa de determinadas conductas que hasta ahora era atípicas: aquellas en que el autor tiene un grado de seguridad suficiente para creer (razonablemente) que la víctima consiente, sin tener el grado de seguridad suficiente para creer (razonablemente) que la víctima ha manifestado su consentimiento de manera clara.

Así pues, el artículo 178.1 *in fine* CP exige que estemos más seguros de que existe consentimiento cuando realizamos un acto sexual que cuando llevamos a cabo otra clase de actos (que afectan al patrimonio, la inviolabilidad domiciliaria, etc.). Lo cual, por cierto, no es absurdo. Pues, tal y como indica Dougherty «cuanto mayor sea lo que está en juego, más clara deberá ser la comunicación del consentimiento»(60). Así, por ejemplo:

«Si Hannah indica con un gesto a un desconocido que tiene intención de mover su bicicleta aparcada, que le impide desbloquear la suya, el mero contacto visual del desconocido puede ser una forma de comunicación suficientemente clara para que ella proceda. Pero si Hannah es la doctora del desconocido y le está proponiendo un procedimiento médico, el contacto visual no será suficientemente claro para que ella proceda»(61).

respetuoso con el legislador entender que el grado de seguridad necesario afirmar que el consentimiento se ha expresado de forma clara es el mismo que se requiere para creer (razonablemente) que alguien ha consentido.

(59) Del mismo modo, creer razonablemente que existe consentimiento es compatible con saber que este no ha sido «expresamente emitido» (art. 156 CP). Precisamente por ello, el médico que cree razonablemente que su paciente ha consentido una esterilización no queda exento de responsabilidad si sabe que dicho consentimiento no se ha emitido expresamente. Lo cual supone el error del médico sobre la existencia de unas «lesiones no consentidas» también es compatible con su dolo respecto a unas «lesiones no consentidas expresamente».

(60) DOUGHERTY, T., «Yes Means Yes», *op. cit.*, p. 248.

(61) DOUGHERTY, T., «Yes Means Yes», *op. cit.*, pp. 247-248.

La importancia de la libertad sexual puede explicar la exigencia de un mayor grado de seguridad sobre el consentimiento sexual(62). Pero, además, dicha exigencia también puede explicarse por algunos sesgos de género que dificultan la comunicación en el ámbito sexual. En este sentido, Faraldo Cabana señala que «numerosos estudios apuntan a que entre hombres y mujeres hay frecuentes malentendidos en lo que se refiere a la percepción de la disponibilidad sexual de un miembro del otro sexo»(63). Teniendo en cuenta la frecuencia de dichos malentendidos y la importancia de la libertad sexual, resulta razonable que el Código penal exija un mayor grado de seguridad sobre el consentimiento sexual; es decir, que exija «actos que expresen de manera clara la voluntad de la persona» (art. 178.1 *in fine* CP).

Lo anterior puede motivar que, ante un mismo grado de seguridad sobre la existencia de consentimiento, la realización de un acto sexual sea delictiva y la de otra clase de acto resulte atípica. Así, por ejemplo, la comunicación indirecta del consentimiento [es decir, su comunicación a través de un tercero(64)] puede dar el grado de seguridad necesario para entrar en un domicilio ajeno, pero no para realizar un acto sexual(65). En este sentido, si Juan, Pedro y María son amigos y tie-

(62) GUERRERO, A., «The Epistemology of Consent», en Lackey, J. (ed.), *Applied Epistemology*, Oxford University Press, Oxford, 2021, p. 372.

(63) FARALDO CABANA, P., «Solo sí es sí», *op. cit.*, p. 274.

(64) DOUGHERTY, T., «Yes Means Yes», *op. cit.*, p. 249, señala que esta clase de comunicación indirecta «puede generar un consentimiento moralmente válido, lo cual resulta especialmente evidente en algunas instituciones. Supongamos que un hospital cuenta con un procedimiento en el que dos enfermeras explican a un paciente una intervención de bajo riesgo antes de que firme en su presencia un consentimiento informado. Si el hospital está bien organizado, un médico podría realizar la intervención de bajo riesgo confiando en el testimonio de las enfermeras de que el paciente ha firmado el formulario. De este modo, el paciente podría comunicarse indirectamente con el médico». Sin embargo, tal y como indica el propio DOUGHERTY, T., «Yes Means Yes», *op. cit.*, p. 250, «en el caso de una intervención quirúrgica invasiva o con secuelas, lo que está en juego es más importante, por lo que se necesitaría un mayor grado de claridad. En consecuencia, el médico puede incluso tener que estar presente cuando el paciente firme estos formularios o volver a discutirlos con él».

(65) Es interesante destacar que algunos ordenamientos establecen expresamente que la comunicación indirecta del consentimiento no ofrece el grado de seguridad necesario para realizar un acto sexual. Así, por ejemplo, el artículo 273.1 (2a) del Código penal de Canadá niega la concurrencia del consentimiento sexual cuando este «se expresa mediante las palabras o la conducta de una persona distinta de la denunciante». En este sentido, LACKEY, J., «Sexual Consent and Epistemic Agency», en Lackey, J. (ed.), *Applied Epistemology*, Oxford University Press, Oxford, 2021, p. 321, sostiene que la realización de un acto sexual «requiere un tipo particular de apoyo epistémico, que implica el testimonio de la propia persona que consiente. Esto se debe al hecho de que la persona que consiente se encuentra en una posición única con respecto a la cuestión de su propio consentimiento, tanto desde el punto de vista

nen tanta confianza entre ellos como para dejarse una copia de las llaves de sus casas por si las pierden, el hecho de que Juan le diga a Pedro que María le deja entrar en su casa puede bastar para que Pedro acceda a dicho domicilio sin cometer un allanamiento de morada; adviértase que si Juan hubiera engañado a Pedro, este último incurriría en un error de tipo por creer razonablemente que estaba actuando con «la voluntad de su morador» (art. 202.1 CP). En cambio, aunque Juan, Pedro y María sean amigos y tengan confianza entre ellos, el hecho de que Juan le diga a Pedro que María quiere que la despierte con un beso (o que la sorprenda con un tocamiento sexual) no basta para que Pedro pueda realizar dicho acto impunemente; adviértase que si Juan hubiera engañado a Pedro, este no incurriría en error de tipo alguno, pues, aunque pudiera creer razonablemente que obraba con el consentimiento de María, su dolo abarcaría la realización de un acto sexual sobre otra persona «sin su consentimiento manifestado mediante actos que expresen de manera clara la voluntad de la persona»(66).

Obviamente, esto último implica castigar como dolosas conductas que, antes de la LO 10/2022, hubieran sido imprudentes (y, por tanto, atípicas). Y esto supone que, tal como indica Puente Rodríguez, el artículo 178.1 *in fine* CP ha ensanchado «el ámbito de la agresión sexual dolosa y reducido, en consecuencia, el ámbito de la agresión sexual imprudente»(67). En tanto que el objeto del dolo ya no es un «acto que atenta contra la libertad sexual de otra persona “sin su consentimiento”», sino un «acto que atenta contra la libertad sexual de otra persona “sin su consentimiento manifestado mediante actos que expresen de manera clara la voluntad de la persona”», el ámbito de la imprudencia ya no abarca la creencia errónea de que la víctima ha

agencial como epistémico». Desde esta perspectiva, el consentimiento sexual sería «distinto de muchos otros tipos de consentimiento, incluso de aquellos en los que hay mucho en juego, en la medida en que está vinculado con la agencia. Por ejemplo, yo puedo autorizar a otras personas para que realicen muchas acciones en mi nombre: hablar, hacer compras, someterse a procedimientos médicos, responder ante un tribunal, etc. [...] Pero no puedo autorizar a otra persona para que consienta mantener relaciones sexuales en mi nombre sin violar mi autonomía sexual» (LACKEY, J., *op. cit.*, p. 333).

(66) Es posible imaginar alguna variación de este caso en que la comunicación indirecta del consentimiento constituya una expresión clara del mismo: por ejemplo, si Pedro y María han acordado previamente que emplearán a Juan como medio para transmitir sus deseos sexuales. No obstante, sin un acuerdo previo de estas características (o alguna costumbre extravagante que se haya consolidado entre ellos) la comunicación indirecta del consentimiento no ofrecerá el grado de seguridad necesario para que Pedro pueda realizar el acto sexual impunemente (aunque sí le permita acceder al domicilio de María sin responsabilidad alguna).

(67) PUENTE RODRÍGUEZ, L., *op. cit.*, p. 26.

consentido, sino, únicamente, la creencia errónea de que la víctima ha consentido de manera clara. En consecuencia, solo podría actuar con imprudencia quien alcanza el grado de seguridad suficiente para creer (razonablemente) que la víctima ha consentido de manera clara y, pese a ello, realiza un acto sexual que la víctima no ha consentido. O, dicho de otro modo: solo podría actuar con imprudencia quien realiza un acto sexual no consentido que, sin embargo, parece haberse consentido de manera clara.

Lo anterior pone de manifiesto que ahora es más difícil apreciar una imprudencia, y no más fácil. Después de todo, quien realiza un acto sexual no consentido creyendo razonablemente que la víctima ha consentido (pero sin tener la seguridad necesaria para creer razonablemente que lo ha hecho de forma clara) no actuará de forma imprudente, sino dolosa. Por ello, no puedo compartir las siguientes palabras de Ramos Vázquez:

«[...] las fricciones entre la claridad pretendida por la definición y el acopio de razones que una persona puede tener para pensar (erróneamente) que la otra consiente van a suponer más de una absolución. Podría decirse que esa posibilidad ya existía con la anterior regulación, pero el estándar actual es más riguroso y exige actos claros. En mi opinión, esta elevación del rigor en la definición (en realidad, la propia existencia de una definición) va a suponer que el error pueda cubrir un espacio de impunidad que quizás los impulsores de la norma no esperaban, convirtiendo alegaciones que antes eran residuales en la defensa por excelencia»(68).

Es cierto que el estándar actual es más riguroso y exige actos claros. Pero eso no hace que el ámbito del error se amplíe, sino que se reduzca. Al fin y al cabo, el consentimiento manifestado mediante actos claros no es un elemento positivo del tipo, sino uno negativo. Y aunque aumentar las exigencias de un elemento positivo del tipo supone ampliar las posibilidades de apreciar un error de tipo, aumentar las exigencias de un elemento negativo del tipo supone reducir las posibilidades de apreciar dicho error de tipo (del mismo modo que aumentar las exigencias de una causa de justificación supone reducir las posibilidades de apreciar un error sobre sus presupuestos objetivos). En este sentido, si el Código penal aumentara los requisitos del elemento positivo de las agresiones sexuales y exigiera un «acto que atente “gravemente” contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento», tendría razón Ramos Vázquez al afirmar que «el

(68) RAMOS VÁZQUEZ, J. A., «Algunos problemas conceptuales y epistemológicos de la definición del consentimiento sexual en la llamada ley de “solo sí es sí”», en *Teoría y derecho*, Núm. 34, 2023, p. 250.

campo de aplicación del error va a ser más amplio»(69). Pues, en ese caso, incurriría en un error de tipo quien lleva a cabo un acto sexual inconsciente desconociendo las circunstancias fácticas que lo hacen particularmente grave. Sin embargo, el Código penal aumenta los requisitos del elemento negativo de las agresiones sexuales y exige un «acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento “manifestado mediante actos que expresen de manera clara la voluntad de la persona”». Lo cual hace que el ámbito aplicativo del error de tipo sea más reducido. Pues, con esta configuración, quien cree (razonablemente) que existe consentimiento, pero sabe que no existe una manifestación clara de dicho consentimiento, no incurre en un error de tipo, sino que actúa dolosamente.

Este último argumento también podría esgrimirse contra la siguiente afirmación de Pérez del Valle sobre el artículo 1781.1 CP:

«Se trata de un delito doloso y, por tanto, sólo puede ser cometido cuando los elementos del tipo objetivo han sido conocidos por el autor; esto es: los actos que, de acuerdo con las circunstancias, expresan claramente la voluntad. Por tanto, si el autor no ha percibido estos actos, o incluso si los ha interpretado incorrectamente, no hay dolo y no hay delito de agresiones sexuales»(70).

Es cierto que las agresiones sexuales son delitos dolosos y, por tanto, requieren el conocimiento de los elementos objetivos del tipo. Sin embargo, hay un salto entre afirmar eso y decir que si el autor no percibe los actos que expresan claramente la voluntad de la persona «no hay dolo y no hay delito de agresiones sexuales»(71). En este sentido, el dolo del autor no debe abarcar los actos que expresen claramente la voluntad de la persona, sino la «ausencia» de actos que expresen claramente la voluntad de la víctima. Y, por tanto, si el autor no percibe dichos actos sí que hay dolo y sí que concurre un delito de agresiones sexuales. Lo cual, en parte, resuelve el problema que plantea el propio Pérez del Valle sobre «qué hacer en aquellos casos en los que, en efecto, el autor desconoce la ausencia de consentimiento (por ejemplo: interpreta incorrectamente los actos de la víctima), pero a quien se le puede exigir que haga más para conocer la voluntad de la víctima»(72). En muchos de estos supuestos podrá apreciarse una agresión sexual dolosa, dado que, para ello, no es necesario que el autor conozca la ausencia de consentimiento, sino que basta con que

(69) RAMOS VÁZQUEZ, J. A., *op. cit.*, p. 251.

(70) PÉREZ DEL VALLE, C., *op. cit.*, p. 7.

(71) PÉREZ DEL VALLE, C., *op. cit.*, p. 7.

(72) PÉREZ DEL VALLE, C., *op. cit.*, p. 7.

conozca la ausencia de actos que expresen de manera clara la voluntad de la víctima.

De hecho, la propia Fiscalía General del Estado sostiene que «la cláusula del inciso segundo del artículo 178.1 CP demanda verificar que el responsable del delito no ha explorado la voluntad de aquel previamente y de un modo diligente». Lo cual supone imponer «un deber de diligencia que exige explorar de un modo responsable el consentimiento de la otra parte antes de ejecutar sobre ella actos con significación sexual»(73). Y, obviamente, la infracción de ese deber de diligencia no da lugar a un delito imprudente (pues, de momento, las agresiones sexuales imprudentes son atípicas), sino a uno doloso. Lo que se explica precisamente porque el objeto del dolo no es un «acto que atenta contra la libertad sexual de otra persona “sin su consentimiento”», sino un «acto que atenta contra la libertad sexual de otra persona “sin su consentimiento manifestado mediante actos que expresen de manera clara la voluntad de la persona”».

La modificación del objeto del dolo hace que algunos casos jurisprudenciales en que se apreció un error de tipo vencible, ahora, tras la LO 10/2022, constituyan agresiones sexuales dolosas. Así, por ejemplo, en la STS 275/2006, de 6 de marzo, se afirma que un sujeto «se acercó a Dña. Daniela, le soltó el delantal que portaba, le agarró de las manos y le colocó contra la mesa, bajándose los pantalones, todo ello con la finalidad de mantener un contacto corporal que, escudándose en la experiencia vivida durante más de veinte años, entendía contaba con anuencia de Dña. Daniela». Sin embargo, dicho contacto sexual no estaba consentido y, además, «el error sobre la falta de consentimiento de Daniela podía haberse evitado si hubiera desplegado [...] la diligencia precisa para esclarecer el alcance de lo que le estaba diciendo la citada Daniela». Obviamente, el tribunal absolvió al sujeto en cuestión, dado que «el error sobre los hechos constitutivos de la infracción, cuando es vencible, determina que la conducta sea castigada, en su caso, como imprudente. Lo que no es posible en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual al no estar prevista en el Código Penal». No obstante, con la legislación vigente, los hechos transcritos podrían calificarse como una agresión sexual dolosa(74). Pues, aunque el autor creía que existía consentimiento, también sabía que su manifestación no fue clara. Precisamente, esta es la razón por

(73) Circular 1/2023, de 29 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, sobre criterios de actuación del Ministerio Fiscal tras la reforma de los delitos contra la libertad sexual operada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre.

(74) Lo mismo podría decirse de los hechos a los que se refiere la STS 735/2022, de 18 julio.

la que el tribunal califica su error como vencible: porque dicho error «podía haberse evitado si hubiera desplegado [...] la diligencia precisa para esclarecer el alcance de lo que le estaba diciendo la citada Daniela».

En cualquier caso, lo anterior no implica privar de todo espacio conceptual a las «agresiones sexuales imprudentes» (ni, por lo tanto, negar la relevancia de su eventual tipificación en el futuro) Es verdad que, tras la LO 10/2022, obra con dolo quien no alcanza el grado de seguridad necesario para creer razonablemente que la víctima ha consentido de manera clara. Y que, por exclusión, solo puede obrar con imprudencia quien alcanza dicho grado de seguridad; es decir, quien cree razonablemente que la víctima ha consentido de manera clara(75). Lo cual, por supuesto, hace que se reduzca sensiblemente el ámbito conceptual de las «agresiones sexuales imprudentes» (pues, si el autor cree razonablemente que la víctima ha consentido de manera clara, ¿qué norma de cuidado infringe al realizar el acto sexual?). No obstante, que dicho ámbito conceptual se reduzca no quiere decir que desaparezca(76). En este sentido, los deberes de diligencia impuestos por un tipo imprudente pueden ir más allá de lo requerido por el artículo 178.1 *in fine* CP; es decir, pueden exigir un grado de seguridad mayor sobre la existencia de consentimiento (por ejemplo, requiriendo que dicho consentimiento se exprese de manera «muy» clara, inequívoca, concluyente, etc.)(77). De este modo, actuaría de forma imprudente quien cree que el acto sexual se ha consentido de manera clara y, sin embargo, podría haber advertido que en realidad no se ha consentido si hubiera sido más diligente (por ejemplo, asegurándose de que el consentimiento se exprese de manera «muy» clara, inequívoca, concluyente, etc.). En definitiva, que el ámbito propio de las «agresiones sexuales imprudentes» quedaría delimitado (por arriba) mediante el grado de seguridad necesario para creer que el acto sexual se ha

(75) Aunque también puede obrar por imprudencia quien yerra sobre la naturaleza sexual del acto realizado. O quien cree erróneamente que las facultades volitivas y cognitivas de la víctima están en perfecto estado (pese a estar privada de sentido o con la voluntad anulada). O el que se equivoca sobre la edad de la víctima. En estos casos, una eventual tipificación de las «agresiones sexuales imprudentes» siempre sería relevante. Pues el 178.1 *in fine* CP no permite calificar dichos casos como agresiones sexuales dolosas.

(76) En este sentido, LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., *op. cit.*, p. 60.

(77) Aunque una exigencia de estas características supondría una limitación muy relevante de la libertad sexual positiva. Pues, de acuerdo con SERRA SÁNCHEZ, C., *op. cit.*, p. 108, «todo acercamiento sexual implica asumir un cierto riesgo. El riesgo de no ser deseado por el otro, de desear cosas distintas al otro, de no haber leído bien las señales, de toparse con cierta incompreensión mutua [...]».

consentido de manera clara y (por abajo) mediante el grado de seguridad sobre el consentimiento que exija la diligencia debida. Y, obviamente, si el primer límite está muy arriba (porque la exigencia de claridad se entiende de forma muy laxa) y el segundo muy abajo (porque se admite la imprudencia menos grave) el espacio para las «agresiones sexuales imprudentes» será muy amplio. Mientras que si el primer límite está muy abajo (porque la exigencia de claridad se entiende de forma muy estricta) y el segundo muy arriba (porque solo se admite la imprudencia grave) el espacio de dichas agresiones imprudentes será prácticamente nulo(78).

2.3 CONSENTIMIENTO INTERNO Y FALTA DE CLARIDAD

La tercera consecuencia del artículo 178.1 *in fine* CP es, sin duda, la más inesperada. Y, sin embargo, deriva simplemente de combinar las dos anteriores. Teniendo en cuenta que, por un lado, el artículo 178.1 *in fine* CP transforma algunas tentativas en agresiones sexuales «consumadas» y que, por el otro, convierte determinadas imprudencias en agresiones sexuales «dolosas», la tercera consecuencia de dicho precepto consiste en hacer las dos cosas a la vez; es decir, transformar algunas «imprudencias sin resultado» en agresiones sexuales «dolosas y consumadas». Concretamente, aquellas en que, a pesar de que la víctima consiente y el autor cree razonablemente que esto es así, no existe una manifestación clara de dicho consentimiento.

Para ilustrar esta clase de supuestos, recuérdese el caso Juan, Pedro y María. En dicho ejemplo, Juan le dice a Pedro que María da su consentimiento para despertarla con un beso. Y aunque dicha comunicación indirecta (entre amigos) basta para creer razonablemente que existe consentimiento, no permite afirmar que dicho consentimiento se ha expresado de manera clara. De modo que, gracias al artículo 178.1 *in fine* CP, Pedro cometerá una agresión sexual dolosa si despierta a María con un beso. Ahora bien, ¿esto solo será así si Juan ha mentido y se ha inventado el consentimiento de María o también pasará lo mismo si Juan ha sido sincero y, realmente, ha comunicado la voluntad de María? Pues bien, teniendo en cuenta que el tipo del artículo 178.1 CP consiste en realizar actos sexuales «no consentidos claramente», ambos supuestos deben calificarse del mismo modo. Al fin y al cabo, con independencia de si María ha consentido efectivamente, Pedro ha realizado un acto sexual sobre otra persona «sin su consentimiento manifestado mediante actos que expresen de manera clara su voluntad». A estos efectos, el hecho de que María consienta

(78) En esta dirección, PUENTE RODRÍGUEZ, L., *op. cit.*, p. 27, nota 81.

«internamente» es irrelevante: el tipo se cumple tanto si esta no consiente como si consiente y no lo expresa claramente. Y esto implica que, si María realmente quería recibir el beso, una conducta que antes era imprudente (por no concurrir una expresión clara de consentimiento) y no consumada (por concurrir consentimiento) ahora constituye una agresión sexual dolosa y consumada.

Esto último pone de manifiesto que el artículo 178.1 *in fine* CP va más allá del ámbito conceptual de las «agresiones sexuales imprudentes». Después de todo, dichas agresiones imprudentes (al igual que todos los delitos imprudentes) requieren la concurrencia de un resultado; concretamente, la concurrencia de un acto sexual inconsciente. En cambio, la agresión sexual dolosa del artículo 178.1 *in fine* CP no requiere dicho resultado; es decir, puede consumarse sin que concurra un acto sexual inconsciente. En consecuencia, aunque el artículo 178.1 *in fine* CP y una eventual tipificación de las «agresiones sexuales imprudentes» tengan un efecto común (requerir un mayor grado de seguridad sobre el consentimiento para realizar un acto sexual), sus respectivos ámbitos de aplicación no coinciden: mientras que el artículo 178.1 *in fine* CP abarca cualquier acto sexual que no se ha consentido de manera clara (con independencia de si se ha consentido efectivamente), las «agresiones sexuales imprudentes» solo abarcan los actos sexuales que no se han consentido de manera clara y, además, no se ha consentido efectivamente.

3. ¿Lesividad?

La posibilidad de castigar actos sexuales efectivamente consentidos ha hecho que la doctrina ponga en duda la legitimidad del artículo 178.1 *in fine* CP, pues, desde su perspectiva, dicho precepto vulneraría el principio de lesividad⁽⁷⁹⁾. Por ejemplo, Tomé García afirma que:

«Es posible que el consentimiento no se haya manifestado de manera clara y que, sin embargo, la relación sexual haya sido consentida. Y en esos casos no debería haber delito. Como señala el Magistrado Ramírez Ortiz, “la exigencia de claridad puede convertir en punibles supuestos en

(79) LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., *op. cit.*, p. 56. En sentido similar, sugiriendo una interpretación teleológica para excluir el castigo en estos casos, GIMBERNAT ORDEIG, É., «Contra la nueva regulación de los delitos sexuales», en *Diario del Derecho*, 2022.

los que podemos convenir en que no se produce lesión alguna del bien jurídico»(80).

Pues bien, es cierto que la exigencia de claridad del artículo 178.1 *in fine* CP puede convertir en punibles casos en que, al concurrir efectivamente consentimiento, no se produce lesión alguna del bien jurídico «libertad sexual» (el caso de Juan, Pedro y María es un buen ejemplo de ello). Sin embargo, no creo que castigar supuestos en que no se produce la «lesión» de un bien jurídico sea necesariamente ilegítimo. Al fin y al cabo, no todos los delitos requieren la lesión de un bien jurídico: algunos de ellos se conforman con su puesta en «peligro». Precisamente, esto es lo que caracteriza los delitos de peligro. Y si dichos delitos son legítimos, el artículo 178.1 *in fine* CP también puede serlo. Después de todo, aunque dicho precepto no requiere en todo caso la lesión del bien jurídico «libertad sexual», sí que exige necesariamente su puesta en peligro (pues la realización de un acto sexual sin un «consentimiento claro» siempre implica un peligro para la libertad sexual). Y ello es suficiente para considerar legítimo el castigo de todo acto sexual sobre otra persona «sin su consentimiento manifestado mediante actos que expresen de manera clara su voluntad»(81). Eso sí, asumiendo que, tras la LO 10/2022, dicho tipo constituye un delito de peligro(82).

(80) TOMÉ GARCÍA, J. A., *op. cit.*, p. 8, citando a RAMÍREZ ORTIZ, J. L., «¿Es posible garantizar la libertad sexual sin la reforma penal?», *op. cit.*, p. 504.

(81) En esta dirección, SCHULHOFER, S. J., «What Does ‘Consent’ Mean?», en Hörnle, T. (ed.), *Sexual Assault: Law Reform in a Comparative Perspective*, Oxford University Press, Oxford, 2023, p. 59.

(82) Lo cual permite superar la siguiente objeción de GIMBERNAT ORDEIG, E., *op. cit.*: «aunque un comportamiento cumpla, formal y literalmente, la descripción de un tipo penal, no obstante no será punible, sobre la base de una elemental interpretación teleológica, si, en el caso concreto, no ha lesionado el bien jurídico que se quiere proteger con esa tipificación». Pese a que lo anterior resulta aplicable a todos los delitos de lesión, no puede predicarse con respecto a los delitos de peligro. Precisamente por ello, no estoy de acuerdo con dicho autor cuando afirma que «si la persona objeto de un acto sexual ha consentido libremente en él –aunque no lo haya hecho expresa, sino sólo tácitamente–, es imposible que quien ha practicado los actos sexuales, consentidos implícita, pero no explícitamente, pueda responder por un delito de agresión sexual intimidatoria, porque no se ha actuado contra la libertad sexual de la mujer (el bien jurídico protegido por esos delitos, como se ha encargado de identificar explícitamente el legislador)». Aunque es cierto que legislador identifica explícitamente la «libertad sexual» como bien jurídico protegido por el artículo 178.1 CP, no establece que dicho precepto contenga un delito de lesión. Y, por tanto, la ausencia de una lesión de la libertad sexual (debido al consentimiento interno de la víctima) no constituye un obstáculo para apreciar un delito de agresión sexual. Pues también actúa (o «atenta») contra la libertad sexual de otra persona quien pone en peligro

De todos modos, lo anterior no impide poner de manifiesto los problemas de proporcionalidad que implica castigar mediante el mismo tipo conductas que efectivamente lesionan el bien jurídico «libertad sexual» (aquellas en que no concurre consentimiento «interno») y conductas que solo lo ponen en peligro (aquellas en que sí concurre dicho consentimiento)(83). Tal y como indica Green, los tipos de esta naturaleza infringen «la proporcionalidad (vertical) al imponer el mismo castigo a actos que difieren significativamente en términos de ilicitud. Una persona que ha cometido lo que en esencia es un *malum prohibitum* será castigada como si hubiera cometido un *malum in se*, y viceversa»(84). Sin embargo, aunque incluir en un mismo tipo conductas de distinta gravedad pueda ser indeseable *de lege ferenda*, me parece que *de lege lata* puede solventarse fácilmente en el ámbito de la determinación judicial de la pena, dado que, tras la LO 10/2022, el delito de agresión sexual tiene un margen de pena muy amplio que, en su tipo básico, va desde una multa (art. 178.4 CP) hasta los cuatro años de prisión (art. 178.1 CP).

VI. ¿SOLO SÍ ES SÍ?: UNA REFLEXIÓN FINAL

De acuerdo con Ramos Vázquez, «los roles de género tienen una importancia capital en la percepción de los mensajes cruzados durante el acercamiento sexual», de modo que hombre y mujeres «tenemos distintas visiones del consentimiento, del modo en que este se expresa y, consecuentemente, de los actos de la otra persona que implican el consentimiento»(85). Esto hace que, tal y como indica Ferzan, «confiar en las interpretaciones masculinas de la conducta femenina para determinar su disposición sexual suele ser inconveniente. Los hombres son mucho más propensos a percibir un interés sexual inexistente»(86). Y dicha propensión a entender que hay consentimiento donde no lo hay es, sin duda, un problema relevante.

Una forma en que el Código penal puede hacerse cargo de dicho problema pasa por establecer una fórmula fija que, «al margen del contexto», determine en qué situaciones puede entenderse que existe consentimiento: ante un «sí» verbal, unas determinadas palabras, un

dicho bien jurídico. Y ello puede predicarse de cualquiera que realice un acto sexual sobre otro sin una manifestación clara de su consentimiento.

(83) DOUGHERTY, T., «Affirmative Consent and Due Diligence», *op. cit.*, p. 98.

(84) GREEN, S. P., *op. cit.*, p. 92.

(85) RAMOS VÁZQUEZ, J. A., *op. cit.*, p. 245.

(86) FERZAN, K. K., *op. cit.*, p. 416.

gesto en concreto, etc. Precisamente, este es el modelo propio de algunos campus universitarios estadounidenses(87). Y tiene la ventaja de ofrecer la máxima claridad posible en la comunicación sexual, reduciendo al mínimo el riesgo de malentendidos(88). Así, con un modelo de estas características, el silencio (o, mejor, la ausencia de dicha fórmula) nunca permitirá entender que existe consentimiento. Y esto impedirá que alguien pueda entender consentido un acto sexual realizado sobre una persona que se ha quedado bloqueada y, debido a ello, «es incapaz de expresar verbalmente su objeción a la conducta sexual, tal vez con la mirada perdida en el espacio, sin decir nada»(89).

Sin embargo, un modelo que solucione así el problema de la comunicación sexual pagará un precio demasiado alto: el de castigar todas las relaciones sexuales consentidas sin emplear dicha fórmula(90). Y teniendo en cuenta que, actualmente, la expresión del consentimiento sexual no se ajusta a fórmula alguna, el número de relaciones sexuales consentidas que deberían sancionarse sería totalmente inasumible. Pues, en este sentido, tiene razón Álvarez García cuando afirma que, en el ámbito sexual, «el otorgamiento del consentimiento [...] no admite rigidez en las formas»(91). Además, aunque es posible que, a la larga, la expresión del consentimiento sexual se ajuste a la fórmula legalmente prevista, por el camino se habrían castigado demasiados actos sexuales consentidos. Y, tal y como indica Ferzan, si castigamos «para provocar un cambio social o para proteger a las mujeres mediante la creación de normas profilácticas, entonces estamos castigando a personas que no son culpables de lo que realmente nos importa (el sexo no consentido) para lograr nuestro objetivo (una comunicación mejor y más precisa sobre el consentimiento)»(92).

En todo caso, el Código penal puede hacerse cargo del problema de la comunicación sexual de otra forma distinta: exigiendo que el consentimiento se exprese de una manera clara(93). Y, tal como indica Clara Serra, «no existen fórmulas preestablecidas para hacer que el consentimiento sea claro (tampoco el lenguaje verbal)», de modo que

(87) WESTEN, P., *op. cit.*, p. 76.

(88) FERZAN, K. K., *op. cit.*, p. 414.

(89) GREEN, S. P., *op. cit.*, p. 81, aludiendo a los casos de «inmovilidad tónica».

(90) Lo que supondría una limitación relevante de la libertad sexual positiva. Sobre las tensiones entre la faceta positiva y negativa de la libertad sexual, SCHULHOFER, S. J., *op. cit.*, p. 54.

(91) ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *op. cit.*, p. 5.

(92) FERZAN, K. K., *op. cit.*, p. 421.

(93) Lo cual, por cierto, no solo puede lograrse a través de cláusulas como la del artículo 178.1 *in fine* CP, sino también (indirectamente) mediante la tipificación de las «agresiones sexuales imprudentes».

«la única forma de “aclarar” o verificar el consentimiento –o saber si estamos diciendo “sí” o “no”– pasa por interpretar el significado de nuestras palabras, gestos y actos en función de un contexto siempre particular»(94). En efecto, la determinación de qué es un «consentimiento claro» depende del contexto. Lo cual hace que un mismo comportamiento pueda ser una expresión clara de consentimiento cuando se produce en el contexto de una pareja estable y, en cambio, no serlo cuando se produce entre dos desconocidos(95). Así, aunque la regla general es que el silencio no constituye una expresión clara del consentimiento, determinados contextos podrán justificar una excepción a dicha regla(96). De modo que, tal como indica Dougherty, una «pareja casada pueda consentir en virtud de una omisión, siempre que en las circunstancias del caso esa omisión constituya un acuerdo inequívoco para mantener relaciones sexuales»(97). Y al revés: aunque la regla general es que un «sí» verbal a la propuesta de realizar un acto sexual constituya una expresión clara de consentimiento, determinados contextos también podrán justificar una excepción de dicha regla (por ejemplo, que dicho «sí» lo haya pronunciado una persona extranjera que está aprendiendo el idioma).

De todos modos, el hecho de que deba valorarse el contexto no significa que el Código penal se tome a la ligera el problema de la comunicación en el ámbito sexual. Pues dicho contexto no (solo) deberá valorarse para determinar la existencia de consentimiento, sino para constatar la concurrencia de un «consentimiento claro». Y dicha exigencia de claridad solo la encontramos en el ámbito de las relaciones sexuales. Lo cual implica que el legislador es consciente de los problemas de comunicación propios de la sexualidad. Y que, para mitigarlos, impone una exigencia de mayor claridad en el consentimiento; una exigencia de mayor claridad que, obviamente, se concretará de un modo u otro en función del contexto.

VII. CONCLUSIONES

La exigencia de actos que «expresen de manera clara la voluntad de la persona» (art. 178.1 *in fine* CP) no ha modificado el significado

(94) SERRA SÁNCHEZ, C., *op. cit.*, p. 18.

(95) DOUGHERTY, T., «Yes Means Yes», *op. cit.*, p. 253.

(96) SCHULHOFER, S. J., *op. cit.*, p. 63.

(97) DOUGHERTY, T., «Affirmative Consent and Due Diligence», *op. cit.*, p. 107.

del silencio en el ámbito sexual. Pues, en realidad, dicho silencio nunca ha tenido un único significado: ni antes de la LO 10/2022 equivalía siempre a un «sí», ni después de dicha ley equivale siempre a un «no». Precisamente por ello, el sentido del artículo 178.1 *in fine* CP no es acabar con la exigencia de que la víctima diga «no» para apreciar un acto sexual in consentido. Ni tampoco criminalizar todo acto sexual que no vaya precedido de un «sí».

Así pues, el artículo 178.1 *in fine* CP no supone ningún gran cambio de paradigma. Lo que, sin embargo, no significa que su relevancia sea meramente simbólica. En este sentido, interpretar que el artículo 178.1 *in fine* CP contiene una regla probatoria completamente trivial es, como mínimo, poco respetuoso con el legislador. Y no solo por interpretar la letra de la ley de un modo que la hace prácticamente irrelevante, sino también por no tomarse en serio su tenor literal. En tanto que el artículo 178.1 *in fine* CP requiere actos que «expresen “de manera clara” la voluntad de la persona» (y no, simplemente, que «expresen la voluntad de la persona»), su contenido no puede interpretarse como una regla probatoria. Pues, de ser así, dicha regla infringiría la presunción de inocencia.

El artículo 178.1 *in fine* CP no se dirige a los jueces (en particular), sino a los ciudadanos (en general). Y no determina cómo probar una agresión sexual, sino que, directamente, delimita qué es una agresión sexual. Así, tras la LO 10/2022, una agresión sexual ya no es un «acto que atente contra la libertad sexual de otra persona “sin su consentimiento”» (art. 178.1 CP), sino un «acto que atente contra la libertad sexual de otra persona “sin su consentimiento manifestado libremente mediante actos que expresen de manera clara la voluntad de la persona”». De modo que, en vez de relajar el estándar probatorio del consentimiento, el artículo 178.1 *in fine* CP modifica la conducta prohibida por el delito de agresión sexual.

Para comprender correctamente el alcance del artículo 178.1 *in fine* CP debe advertirse que, pese a las apariencias, dicho artículo no define el consentimiento sexual. Pues cuando dice «Sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos [...]», la pregunta que surge inmediatamente es ¿cuándo se haya manifestado el qué? Y, obviamente, la respuesta es «el consentimiento». Lo cual significa que, en realidad, el contenido del artículo 178.1 *in fine* CP es el siguiente: «Sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente “el consentimiento” mediante actos [...]». Precisamente por ello, el artículo 178.1 *in fine* CP no define el consentimiento (pues no puede definirse una palabra con esa misma palabra), sino que añade un

requisito para que el consentimiento (oculto en la frase) determine la atipicidad de un acto sexual: su manifestación mediante actos que expresen de manera clara la voluntad de la persona. Así, la atipicidad de un acto sexual dependerá de que concurran cumulativamente dos requisitos: el consentimiento («interno») y su manifestación mediante actos que expresen de manera clara la voluntad de la persona.

Lo anterior obliga a castigar mediante el artículo 178.1 CP algunos actos sexuales que han sido consentidos «internamente»; es decir, algunos actos sexuales que no han lesionado el bien jurídico «libertad sexual». Sin embargo, la sanción de dichos actos no infringe necesariamente el principio de lesividad. Al fin y al cabo, realizar un acto sexual sobre una persona que no ha expresado claramente su consentimiento supone, como mínimo, poner en peligro su libertad sexual. Y ello basta para legitimar su castigo. Eso sí, asumiendo que, tras la LO 10/2022, el artículo 178.1 CP protege la libertad sexual (negativa) mediante un delito de peligro.

En todo caso, la exigencia de actos que expresen de manera clara la voluntad de la persona comporta tres consecuencias prácticas relevantes. La primera consiste en transformar algunas tentativas en agresiones sexuales consumadas; concretamente, todas aquellas en que el autor cree que la víctima no consiente debido a que no lo ha manifestado mediante actos que expresen claramente su voluntad. Por ejemplo, cuando alguien «roba un beso» a un desconocido que, pese a no haber dado ninguna muestra de ello, quería secretamente recibirlo. La segunda consecuencia es convertir determinadas imprudencias en agresiones sexuales dolosas; en particular, aquellas en que el autor cree (erróneamente) que existe consentimiento, pero sabe que no concurre una expresión clara de dicho consentimiento. Finalmente, la tercera consecuencia práctica deriva de combinar las dos anteriores y, así, transformar algunas «imprudencias sin resultado» en agresiones sexuales dolosas y consumadas; concretamente, aquellas en que, a pesar de que la víctima consiente y el autor cree (razonablemente) que esto es así, no existe una manifestación clara de dicho consentimiento.

De todos modos, el principal objetivo del artículo 178.1 *in fine* CP consiste en reducir los errores en la comunicación sexual. Precisamente por ello, dicho precepto exige que el consentimiento sexual se exprese de una manera clara; es decir, de una manera que minimice el riesgo de incurrir en un error. Lo cual, sin embargo, no implica que todo acto sexual haya de ir inmediatamente precedido de un «sí», sino, simplemente, que debemos estar más seguros del consentimiento ajeno al realizar un acto sexual que al llevar a cabo otra clase de actos.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ACALE SÁNCHEZ, M., «Delitos sexuales: razones y sinrazones para esta reforma», en *IgualdadES*, Núm. 5, 2021, pp. 467-485.
- ALEXANDER, L., «The Ontology of Consent», en *Analytic Philosophy*, Vol. 5, Núm. 1, 2014, pp. 102-113.
- ALEXANDER, L., y HURD, H., y WESTEN, P., «Consent Does Not Require Communication: A Reply to Dougherty», en *Law and Philosophy*, Vol. 35, Núm. 6, 2016, pp. 655-660.
- ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., «La libertad sexual en peligro», en *Diario La Ley*, Núm. 10007, 2022, pp. 1-20.
- BARON, M. W., «I Thought She Consented», en *Philosophical Issues*, Vol. 11, 2001, pp. 1-32.
- CANCIO MELIÁ, M., «Sexual Assaults under Spanish Law: Law Reform, Consent, and Political Identity», en Hörnle, T. (ed.), *Sexual Assault: Law Reform in a Comparative Perspective*, Oxford University Press, Oxford, 2023, pp. 215-234.
- CASTELLVÍ MONSERRAT, C., «¿Violaciones por engaño?: Sobre el concepto de consentimiento y el objeto del consentimiento sexual», en *InDret*, Núm. 4, 2023, pp. 171-220.
- CASTELLVÍ MONSERRAT, C., «¿Intimidación o abuso de una situación de superioridad? Sobre el consentimiento, la libertad y las amenazas en las agresiones sexuales», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Núm. 25, 2023, pp. 1-46.
- CASTELLVÍ MONSERRAT, C., «Delitos contra la libertad sexual», en Corcoy Bidasolo, M. (dir.), *Comentarios al Código penal*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 846-877.
- DEL MORAL GARCÍA, A., «Caracterización normativa del consentimiento en la reforma de los delitos sexuales», en Agustina, J. (dir.), *Comentarios a la ley del «solo sí es sí»: Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre*, Atelier, Barcelona, 2023, pp. 107-122.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. y TRAPERO BARREALES, M. A., «¿Razones válidas para la reforma de los delitos sexuales?», en Santana Vega, D.; Fernández Bautista, S.; Cardenal Montraveta, S.; Carpio Briz, D.; Castellví Monserrat, C. (dirs.), *Una perspectiva global del Derecho Penal: Libro homenaje al profesor Dr. Joan J. Queralt Jiménez*, Atelier, Barcelona, 2021, pp. 545-570.
- DOUGHERTY, T., «Consent, Communication, and Abandonment», en *Law and Philosophy*, Vol. 38, Núm. 4, 2019, pp. 387-405.
- «Yes Means Yes: Consent as Communication», en *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 43, Núm. 3, 2015, pp. 224-253.
- «Affirmative Consent and Due Diligence», en *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 46, Núm. 1, 2018, pp. 90-112.

- FARALDO CABANA, P., «Solo sí es sí: hacia un modelo comunicativo del consentimiento en el delito de violación», en Acale Sánchez, A.; Isabel Miranda, A.; Nieto Martín, A. (coords.), *Reformas penales en la península ibérica: A «jangada de pedra»?*, BOE, Madrid, 2021, pp. 265-279.
- «The Wolf-Pack Case and the Reform of Sex Crimes in Spain», en *German Law Journal*, Vol. 22, Núm. 5, 2021, pp. 847-859.
- FERZAN, K. K., «Consent, Culpability, and the Law of Rape», en *Ohio State Journal of Criminal Law*, Vol. 13, 2016, pp. 397-440.
- GIMBERNAT ORDEIG, E., «Contra la nueva regulación de los delitos sexuales», en *Diario del Derecho*, 2022.
- GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., «El Delito de agresión sexual en su configuración por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual: comentario al artículo 178 del Código Penal», en *Estudios penales y criminológicos*, Núm. 43, 2023, pp. 1-46.
- GREEN, S. P., «Criminalizing Sex: A Unified Liberal Theory», Oxford University Press, Oxford, 2020.
- GUERRERO, A., «The Epistemology of Consent», en Lackey, J. (ed.), *Applied Epistemology*, Oxford University Press, Oxford, 2021, pp. 348-386
- HÖRNLE, T., «The New German Law on Sexual Assault and Sexual Harassment», en *German Law Journal*, Vol. 18, Núm. 6, 2017, pp. 1309-1330.
- HURD, H. M., «The Moral Magic of Consent», en *Legal Theory*, Vol. 2, Núm. 2, 1996, pp. 121-146.
- IGAREDA, N., «Las controversias sobre la Ley del “Sí es sí” sobre violencia sexual», en *Política Criminal*, Vol. 18, Núm. 36, 2023, pp. 564-590.
- LACKEY, J., «Sexual Consent and Epistemic Agency», en Lackey, J. (ed.), *Applied Epistemology*, Oxford University Press, Oxford, 2021, pp. 321-347.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «Los nuevos delitos sexuales: indiferenciación y consentimiento», en Agustina, J. (dir.), *Comentarios a la ley del «solo sí es sí»: Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre*, Atelier, Barcelona, 2023, pp. 51-62.
- MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «El consentimiento en los delitos contra la libertad sexual», en *Diario La Ley*, Núm. 10143, 2022, pp. 1-21.
- MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B., «La reforma y contrarreforma del delito de agresión sexual», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Núm. 25, 2023, pp. 1-36.
- PANTALEÓN DÍAZ, M., *Delito y responsabilidad civil extracontractual: Una dogmática comparada*, Marcial Pons, Madrid, 2022.
- PÉREZ DEL VALLE, C., «La reforma de los delitos sexuales. Reflexiones a vuelapluma», en *Diario La Ley*, Núm. 10045, 2022, pp. 1-9.
- PUENTE RODRÍGUEZ, L., «Contra la tipificación de la agresión sexual imprudente», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Núm. 25, 2023, pp. 1-42.

- RAMÍREZ ORTIZ, J. L., «¿Cambio de paradigma o juego de espejos?», en *Juezas y Jueces para la Democracia*, Núm. 12, 2021, pp. 29-43.
- «¿Es posible garantizar la libertad sexual sin la reforma penal?», en *IgualdadES*, Núm. 5, 2021, pp. 487-517.
- RAMÓN RIBAS, E. y FARALDO CABANA, P.; «¿La libertad sexual en peligro? ¿En serio?», en Agustina, J. (dir.), *Comentarios a la ley del «solo sí es sí»: Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre*, Atelier, Barcelona, 2023, pp. 79-94.
- RAMÓN RIBAS, E., «Aciertos y desaciertos de la reforma de los delitos sexuales», en García Álvarez, P.; Caruso Fontán, M. V.; Rodríguez Ramos, M. (coords.), *Perspectiva de género en la Ley del «Solo sí es sí»: Claves de la polémica*, Colex, A Coruña, 2023, pp. 359-409.
- RAMOS VÁZQUEZ, J. A., «Algunos problemas conceptuales y epistemológicos de la definición del consentimiento sexual en la llamada ley de “solo sí es sí”», en *Teoría y derecho*, Núm. 34, 2023, pp. 230-255.
- SCHULHOFER, S. J., «What Does ‘Consent’ Mean?», en Hörnle, T. (ed.), *Sexual Assault: Law Reform in a Comparative Perspective*, Oxford University Press, Oxford, 2023, pp. 54-88.
- SERRA SÁNCHEZ, C., *El sentido de consentir*, Anagrama, Barcelona, 2024.
- SRINIVASAN, A., *El derecho al sexo*, trad. Inga Pellisa, Anagrama, Barcelona, 2022.
- TADROS, V., *Wrongs and Crimes*, Oxford University Press, Oxford, 2016.
- TOMÉ GARCÍA, J. A., «La ley del “solo sí es sí”: consentimiento sexual y carga de la prueba», en *La Ley Penal*, Núm. 159, 2022, pp. 1-17.
- TORRES FERNÁNDEZ, M. E., «Notas sobre los delitos contra la libertad sexual en la Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual (LO 10/2022)», en Agustina, J. (dir.), *Comentarios a la ley del «solo sí es sí»: Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre*, Atelier, Barcelona, 2023, pp. 21-36.
- TUERKHEIMER, D., «Affirmative Consent», en *Ohio State Journal of Criminal Law*, Vol. 13, 2016, pp. 441-468.
- WESTEN, P., *The Logic of Consent*, Routledge, New York, 2004.

La agravante de «precio, recompensa o promesa». Una interpretación restrictiva del artículo 22.3.^a CP

ORIOl MARTÍNEZ SANROMÀ

Profesor Lector Universitat Oberta de Catalunya

RESUMEN

La agravante de precio, recompensa o promesa se ha planteado históricamente en clave de motivo abyecto. En este trabajo se defiende una interpretación restrictiva para limitar la aplicación de esta circunstancia a los casos de sicariato puro, esto es, a aquellos supuestos en los que el precio, la recompensa o la promesa constituyen medios de contratación delincuencia en un ámbito profesionalizado. Esta fundamentación tiene un impacto en dos aspectos. Por un lado, se propone entender esta agravante como un modo de señalar un específico subgrupo de dinámicas motivacionales, lo que conlleva una interpretación altamente restrictiva. Por el otro, se asume que la circunstancia presenta, en un nivel conceptual, una naturaleza bilateral.

Palabras clave: *circunstancia agravante, precio, recompensa y promesa, motivos abyectos, comunicabilidad de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal.*

ABSTRACT

The aggravating circumstance of price, reward or promise has historically been considered as an abject motive. This paper defends a restrictive interpretation to limit the application of this circumstance to cases of pure contract killing, that is, to those cases in which the price, reward or promise constitutes a means of criminal contracting in a professional environment. This rationale has an impact on two aspects. On the one hand, it is proposed to understand this aggravating circumstance as a way of pointing to a specific subgroup of motivational dynamics: those that respond to the

fulfilment of a criminal request in a professional context. On the other hand, it is assumed that the circumstance presents, at a conceptual level, a bilateral nature.

Keywords: *aggravating circumstance, price, reward and promise, abject motives, communicability of the criminal liability modifying circumstances.*

SUMARIO: I. Introducción.–II. Un repaso crítico a los fundamentos teóricos del artículo 22.3.^a CP. 1. Motivos abyectos y reprochables. 2. Motivos nulos del filtro de culpabilidad. 3. Instrumentalización y dignidad humana. 4. El artículo 22.3.^a CP como mecanismo de prevención.–III. Una propuesta de fundamentación. 1. El esquema inductor-inducido y el precio, recompensa o promesa. 2. Profesionalización y mercado del crimen.–IV. Consecuencias prácticas. 1. Una interpretación restrictiva. 2. Comunicabilidad de la circunstancia agravante.–V. Recapitulación y reflexiones finales.–VI. Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN

En el año 81 a. C., bajo la magistratura del dictador Lucio Cornelio Sila, se promulgó la *lex Cornelio de sicariis et veneficis*. Lo que pretendía Sila con esta ley era combatir el aumento significativo de asesinatos por precio que había experimentado una Roma convulsa a causa del conflicto entre *optimates* y *populares*. Realismo político frente a determinadas formas de criminalidad organizada(1). Esta atención por el homicidio por precio se mantuvo durante el principado y el dominado, se proyectó más tarde en la compilación de Justiniano y fue conservada por las legislaciones medievales(2). Todo ello asentó la imagen del asesino como aquel que mata a cambio de una merced. En el caso del Código penal español, su inclusión como agravante

(1) GONZÁLEZ ROMANILLO, J. A., *Autoría y participación en el Derecho criminal romano. Un estudio sobre la instigación al delito*, J. M. Bosch, Barcelona, 2021, p. 24: «la preocupación de Sila era controlar a los *sicarii*, pues en esta época eran un instrumento esencial en la lucha política cotidiana». El autor cita un término utilizado por Mommsen, «*Gelegenheitsgesetz*» [ley de oportunidad o coyuntural], para referirse a esta misma disposición. Igualmente, FERNÁNDEZ ALBOR, A., *Homicidio y asesinato*, Montecorvo, Madrid, 1965, p. 25.

(2) Véase la evolución histórica en FERNÁNDEZ ALBOR, A., *op. cit.*, pp. 21 ss. y MARTOS NÚÑEZ, J. A., «La circunstancia de precio, recompensa o promesa en el Sistema Penal Español», en *Poder Judicial*, n. 36, 1994, pp. 51 ss.

genérica (art. 22.3.^a CP) extendió la idea a la comisión de cualquier otro delito. Esta referencia histórica permite introducir la tesis básica de este artículo. En efecto, las razones que, en mi opinión, permiten fundamentar la existencia de esta circunstancia no son muy distintas a las que llevaron a Sila en su momento a promulgar la *lex Cornelia*: contribuir al desmantelamiento de un mercado del crimen a los efectos de prevenir una profesionalización de la delincuencia. La apreciación antedicha permite asentar una interpretación altamente restrictiva que reduce el ámbito de aplicación de esta agravante a los supuestos en los que el delito se comete en un contexto profesional. A los efectos de desarrollar estas ideas, se inicia el texto con un repaso crítico de los fundamentos que se han planteado por parte de la doctrina para justificar esta circunstancia agravante (apdo. 2)(3). Seguidamente, se presenta una propuesta de fundamentación, basada en la necesidad de contextualizar esta institución en una determinada comprensión de la inducción al delito (apdo. 3). A continuación, se presentan cuáles son las consecuencias prácticas de esta fundamentación alternativa: (i) la forma en la que debe interpretarse la agravante de precio, recompensa o promesa y (ii) los efectos en su comunicabilidad (apdo. 4). Se cierra el texto con unas reflexiones finales sobre la conveniencia de mantener esta circunstancia en la sistemática del Código en vista a la fundamentación defendida (apdo. 5).

II. UN REPASO CRÍTICO A LOS FUNDAMENTOS TEÓRICOS DEL ARTÍCULO 22.3.^a CP

Tal y como ocurre con otras disposiciones legales fruto de la evolución codificadora española, el artículo 22.3.^a CP(4) tiene su origen en la redacción que ofrecía el artículo 10.3.^a del Código penal de 1848. En todo caso, recuperando la referencia histórica de la introducción, la preocupación por estos supuestos se remonta atrás en el tiempo. Que esta preocupación siga vigente hoy en día es discutible. Sea como fuere, lo verdaderamente importante es que la existencia de este pre-

(3) En el presente trabajo me centro en los aportes doctrinales con el fin de diseñar una propuesta particular. Puede encontrarse una reciente y completa evolución jurisprudencial del asunto en ORTEGA MATESANZ, A., «La circunstancia agravante de precio, recompensa o promesa. Principales cuestiones que plantea», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 26, 2024, pp. 5 ss.

(4) Prescindo, por el momento, de las cuestiones de legalidad relacionadas con el uso alternativo de las preposiciones «mediante» (art. 22.3.^a CP) y «por» (art. 139.1.2.^a CP). Volveré a ellas más adelante.

cepto nos obliga a adaptarlo a los tiempos modernos, fueran cuales fueran las intenciones reales de Sila. Efectivamente, son muchas las instituciones jurídico-penales cuya fundamentación contemporánea debe lidiar con las cosmovisiones y contextos sociohistóricos que propiciaron, en su momento, su creación. La tarea del jurista de hoy consiste en ataviar estas instituciones con una fundamentación que permita comprenderlas, justamente, hoy. Será tarea del jurista del mañana contextualizarlas en las convenciones, sociales y académicas, que surjan en su momento. ¿Y cómo se entiende hoy esta agravante? La doctrina ha barajado, *grosso modo*, dos posibles fundamentos: (i) o bien ejecutar un delito mediante precio, recompensa o promesa supone hacerlo por un motivo penalmente desaprobado, (ii) o bien el fenómeno al que se refiere la agravante requiere de una mayor prevención (más pena) que otros. Por lo general, se entiende que el primer fundamento presenta un carácter subjetivo vinculado a la especial motivación del autor, mientras que el segundo, un carácter objetivo relacionado con la peligrosidad(5).

Sin embargo, existen razones para obviar esta clasificación bipartita. En primer lugar, porque ambas formas de presentar la agravante suelen solaparse(6), hasta el punto de que algunos autores consideran que el mejor camino consiste en defender una fundamentación mixta(7). En segundo lugar, porque quienes ponen el acento en cuestiones estrictamente subjetivas, basadas en la relevancia del motivo, no le atribuyen a este un significado jurídico-penal unívoco. Así pues, de una lectura de las opiniones vertidas sobre el tema se pueden extraer múltiples maneras de entender la relevancia de las motivaciones del autor, que van desde la idea de la mayor ignominia, hasta postulados más refinados basados en las más recientes construcciones dogmáticas sobre el tema(8). Finalmente, porque incluso una fundamentación estrictamente objetiva, conectada con la aparente peligrosidad subyacente a la agravante, no implica necesariamente dejar de entender el precio, la recompensa o la promesa como motivos de la

(5) MARTOS NÚÑEZ, J. A., *op. cit.*, pp. 54 ss.

(6) Véase MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, 9.ª ed., Reppertor, Barcelona, 2011, p. 639, distinguiendo entre un fundamento común (mayor peligrosidad) sin perjuicio de un fundamento específico en relación con la aplicación de la agravante a la figura del autor («motivo bajo»).

(7) ORTEGA MATESANZ, A., *op. cit.*, pp. 32 ss.

(8) Contrástese, a modo de ejemplo, a MARTOS NÚÑEZ, J. A., *op. cit.*, p. 54 con DÍAZ LÓPEZ, J. A., *El odio discriminatorio como agravante penal. Sentido y alcance del artículo 22.4.ª CP*, 2014, Civitas, Madrid pp. 373 ss.

acción delictiva(9). Esta impresión permite conectar la discusión, allende de la consideración sobre su mayor o menor baja moral o reprochabilidad, con la relevancia jurídico-penal que presentan los motivos del autor(10). Por todo esto, considero más adecuado presentar los posibles fundamentos defendidos por la doctrina en cuatro bloques: cometer un delito por precio, recompensa o promesa constituye (i) un motivo abyecto, (ii) un motivo nulo del filtro de culpabilidad, (iii) una forma de instrumentalizar la vida humana o (iv) un indicador de una mayor peligrosidad.

1. Motivos abyectos y reprochables

El fundamento que más se ha repetido históricamente entre doctrina y jurisprudencia es que cometer un delito mediante precio, recompensa o promesa supone hacerlo por una motivación especialmente abyecta. Este entendimiento es constante en la manualística decimonónica(11) y, todavía hoy, acompaña la aplicación jurisprudencial de esta agravante(12) y, en ocasiones, su presentación doctrinal(13). Se habla, entonces, de un «egoísmo crematístico»(14), de «motivación inmoral» y de «vileza»(15), de un «móvil especialmente despreciable» que evidencia «que se mate sin motivo propio»(16) o de un «motivo bajo»(17). Estas referencias suelen converger en la consi-

(9) Cfr. DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «Delitos cometidos por motivos discriminatorios. Una aproximación desde los criterios de legitimación de la pena», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 57, n. 1, 2004, p. 152 ss.

(10) PERALTA, M., *Motivos reprochables. Una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 31 ss.

(11) PACHECO, J. F., *Estudios de derecho penal: lecciones pronunciadas en el Ateneo de Madrid en 1839 y 1840*, t. II, 2.^a ed., 1854, p. 179; GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A., *El Código Penal de 1870, concordado y comentado*, t. I, Timoteo Arnaiz, Burgos, 1870. 387.

(12) Pej., STS 168/2012, de 12 de marzo (ponente Julián Artemio Sánchez Melgar) [ECLI: ES: TS:2012:2558], reprochando esta motivación por la «inmoralidad y falta de escrúpulo que revela».

(13) MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, 9.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 524.

(14) ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal*, Akal, Madrid, 1986. 390.

(15) MARTOS NÚÑEZ, J. A., *op. cit.*, pp. 57, 59.

(16) ROCA AGAPITO, L., «Inducción mediante precio y cooperación con el sicario en la muerte del marido. La supuesta función unificadora de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. 15, 2005, p. 297.

(17) CUELLO CALÓN, E., *Derecho Penal. Parte General*, t. I, Bosch, Barcelona, 1975, p. 580.

deración de que quien delinque por precio, recompensa o promesa actúa movido por la codicia(18). Ello permitiría reprochar en mayor medida su conducta a través de un juicio de culpabilidad agravado(19). En mi opinión, estas consideraciones deberían ponernos en alerta. Ciertamente, en palabras de Masip de la Rosa, «con alusiones generales e imprecisas a la “cobardía”, la “vileza” o la “especial reprochabilidad” no traducidas a ningún elemento concreto del tipo, se corre siempre el riesgo de estar enjuiciando la carrera del autor y no su hacer concreto»(20). En efecto, todas estas expresiones parecen erosionar el ideal de un Derecho penal basado en el principio del hecho y podrían llegar a encarnar un Derecho penal de autor(21). La visualización de los motivos como una forma de expresar un determinado ánimo reprochable constituiría, en este sentido, una merma de las garantías de un Derecho penal legitimado únicamente a castigar hechos externos.

Sea como fuere, la propia redacción de los arts. 22.3.^a y 139.1.2.^a CP permite alejar el análisis de la discusión de raíz aristotélica sobre la contraposición entre virtudes y vicios. En efecto, nuestra legislación penal no utiliza el término codicia [*Habgier*], como sí ocurre en Alemania con el § 211 (2) StGB(22). Si así fuera, sería adecuado exportar la ingente producción realizada en ese país al hilo de este término(23). Además, esta eventualidad permitiría subsumir en el

(18) MARTOS NÚÑEZ, J. A., *op. cit.*, p. 59; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «La circunstancia agravante de precio, recompensa o promesa», en *Cuadernos de Política Criminal*, n. 19, 1983, p. 61; ROCA AGAPITO, L., *op. cit.*, pp. 297 ss.; GARCÍA ARÁN, M., *Los criterios de determinación de la pena en derecho español*, Universidad de Barcelona, Barcelona, 1982, p. 152.

(19) ROCA AGAPITO, L., *op. cit.*, p. 298; PÉREZ DEL VALLE, C., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 7.^a ed., Dykinson, Madrid, 2023, p. 239; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *op. cit.*, pp. 41, 43.

(20) MASIP DE LA ROSA, L. I., *La alevosía. Su fundamento y análisis desde los fines de la pena*, tesis inédita, Madrid, 2017, p. 279.

(21) Así, DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., *op. cit.*, pp. 152 ss.

(22) Por lo que deben criticarse los paralelismos que efectúa ROCA AGAPITO, L., *op. cit.*, pp. 297 ss. entre esta agravante y, no solo la legislación alemana, sino también la italiana y su artículo 61.1 CP.

(23) La conversión de un problema coyuntural (los asesinos a sueldo) en una cuestión moral relacionada con la falta de virtud del codicioso quizás se deba al proceso de «etificación del injusto» iniciado en la Plena Edad Media por influencia del Derecho canónico, donde el «merecimiento de castigo» sustituye a la visión compensatoria, propia del Derecho civil, sobre la que se venía articulando la legislación penal de raíz romana hasta entonces. Sobre ello, GARCÍA DE LA TORRE, H., *La tentativa y el nacimiento de la ciencia penal europea. Bases para una reconstrucción contemporánea*, tesis inédita, 2020, Barcelona, pp. 59 ss. El autor, en pp. 63 ss., relaciona este proceso con la necesidad de la Iglesia de «sedimentar en la conciencia de sus fieles

ámbito de aplicación de la agravante supuestos de delitos cometidos por avaricia sin la existencia propiamente dicha de una remuneración en forma de precio, recompensa o promesa(24). Pero este no es el sentido del Código penal español que, de nuevo con Masip de la Rosa, al utilizar la expresión «precio, recompensa o promesa» garantiza «que no será el carácter del autor lo que se tome en cuenta para decidir si ha cometido asesinato, sino el hecho de que su acción de matar esté vinculada a un precio, recompensa o promesa»(25). Aunque estas tres opciones puedan entenderse como motivos de la comisión delictiva, cabe señalar que analizar la relevancia de las razones que han llevado a un sujeto a infringir el Derecho no implica necesariamente plantear si estas lo aproximan al arquetipo de persona virtuosa o, por el contrario, al de pecador(26). La concurrencia, en un supuesto particular, de estos motivos no debe forzar al intérprete a efectuar una valoración del carácter individual del infractor(27). Con independencia de ello, tampoco es aceptable que se considere que esta específica motivación presente a un sujeto más culpable. Así pues, como indica Garrocho Salcedo, «las agravantes no pueden afectar a la culpabilidad, si esta se entiende como una categoría que afecta a la imputación personal del injusto antijurídico. El desvalor del hecho se condensa en el injusto y en la culpabilidad se confirma la posible atribución de su responsabilidad ante su comisión, pero ella en sí misma no alberga gradaciones al alza, sino en todo caso a la baja»(28). Consiguientemente, desde una concepción al uso de la culpabilidad, la vinculación de esta con los motivos del autor debe ir un paso más allá de afirmar, sin ulteriores consideraciones, que su concurrencia es más reprochable.

una noción de lo moralmente debido que tensionaba algunas de las costumbres de la sociedad», lo que conllevó el comienzo de un proceso de «comprensión moralizada del Derecho».

(24) DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., *op. cit.*, p. 148. Trasfigurando bastante uno de sus ejemplos: alguien comete unas amenazas sobre unos vecinos conflictivos para que se marchen de lugar y conseguir así una revalorización del valor del edificio.

(25) MASIP DE LA ROSA, L. I., *op. cit.*, p. 279.

(26) Resalta la relación entre «pecado» y la idea de *homo interior*, GARCÍA DE LA TORRE, H., *op. cit.*, pp. 67 ss.

(27) Contrástese esta idea con la manera con la que FERNÁNDEZ ALBOR, A., *op. cit.*, p. 159 trata la agravante de alevosía, comparándola con la cobardía del agresor: «[s]i el padre, por defender la honra de su hija mata alevosamente, no cabe dudar que tiene un motivo y no parece el delito tan repulsivo como otros que hemos citado; por tanto, no se dan en él las características del “asesino”».

(28) GARROCHO SALCEDO, A., «El asesinato de personas constitucionalmente indefensas: una propuesta para una interpretación razonable del artículo 140.1.1.ª del Código penal español», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 26, 2024, p. 8.

2. Motivos nulos del filtro de culpabilidad

Al hilo de esta última crítica puede presentarse una visión más actual sobre los motivos del autor con repercusiones en la fundamentación de la agravante del artículo 22.3.^a CP. La idea es defendida principalmente por Peñaranda Ramos: quien comete un delito por precio, recompensa o promesa no puede distanciarse en absoluto de su injusto, de tal manera que debe imponérsele la pena en toda su extensión(29). El embrión de esta aproximación se encuentra en el trabajo de habilitación del autor referido quien, reflexionando sobre la posible explicación del tránsito del homicidio al asesinato, indicaba

«[I]os homicidios se cometen en muy variados contextos de interacción social y reflejan grados de responsabilidad muy distintos. En unos casos, el filtro de imputación personal es muy tupido porque la acción del sujeto se presenta como comprensible o disculpable [...] en atención al contexto en que se realizó: el filtro deja pasar poco del contenido desvalioso del hecho a la responsabilidad del autor. En otras la situación no permite ninguna disculpa y sobre la responsabilidad del sujeto cae todo ese desvalor. Pero, en principio, cabe suponer que el contexto de la acción se encuentra entre esos extremos y de esa suposición parte la ley al fijar la sanción del homicidio en el artículo 138 CP. [...] El precio, la recompensa o la promesa, como móvil de la acción de matar, indican la existencia de un caso en que esa acción carece de cualquier justificación o excusa»(30).

A Díaz López se le debe el desarrollo de esta idea en sus tesis sobre la relevancia jurídico-penal de las motivaciones discriminatorias del artículo 22.4.^a CP(31). Sin ánimo de extenderme al detalle en la cuestión, considero importante presentarla al lector. De esta manera, en opinión de Díaz López, las especiales motivaciones señaladas por el Código penal constituirían «motivo[s] nulo[s] para filtrar el desvalor del injusto típico»(32). Así pues, el autor no abraza la vinculación de los motivos con la culpabilidad limitándose al argumento de la

(29) PEÑARANDA RAMOS, E., «Delitos de odios y Derecho Penal de la Culpabilidad», en DÍAZ LÓPEZ, J. A. (Coord.), *Reflexiones académicas sobre los delitos de odio*, Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia, Madrid, 2021, pp. 19 ss.

(30) PEÑARANDA RAMOS, E., *Estudios sobre el delito de asesinato*, BdeF, Buenos Aires-Montevideo, 2014, p. 292.

(31) Una conclusión con la que proyecta en la categoría de la culpabilidad los planteamientos de MÜSSIG, B., *Mord und Totschlag: Vorüberlegungen zu einem Differenzierungsansatz im Bereich des Tötungsunrechts*, 2005, Mohr Siebeck, Colonia, pp. 129 ss. y PERALTA, M., *op. cit.*, pp. 151 ss.

(32) DÍAZ LÓPEZ, J. A., *op. cit.*, p. 388, contrastando este motivo con el de la legítima defensa.

mayor reprochabilidad, pues advierte acertadamente que los motivos no pueden aumentar la gravedad de esta categoría si esta «se refiere a la mayor o menor posibilidad de imputar al sujeto activo el desvalor de [la] lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido»(33). Otra cosa, prosigue el autor, es que estas motivaciones especiales, aunque no fundamenten, se tengan en cuenta en este proceso de imputación personal. En este punto, Díaz López asume un concepto de culpabilidad *à la Mir Puig*: esta no crea un nuevo desvalor, sino que atribuye un injusto ya existente, funcionando como un filtro del *quantum* de desaprobación del hecho que debe soportar el autor(34). Sobre este concepto, Díaz López concluye correctamente que «un instrumento que filtra no puede aumentar lo que está filtrando»(35). Por ello, «los motivos podrían filtrar el desvalor por el injusto, reduciendo la pena que finalmente padecería el autor», pero no podrían incrementar «la responsabilidad penal del sujeto después de ser filtrada»(36). Aunque ello implicaría la desconexión de los motivos agravatorios del juicio de culpabilidad, Díaz López contraargumenta indicando que puede que «las mallas del tamiz tengan unos huecos de tales dimensiones que no retengan desvalor en ellas al filtrar: que todo el desvalor caiga al fondo del tamiz al ser filtrado» de tal forma que el autor del hecho tenga que soportar toda la desaprobación sobre sus espaldas(37). En consecuencia, si bien los motivos no fundamentarían la pena, sí deberían tenerse en consideración «para determinar, dentro del marco punitivo previsto por el delito en el que se proyectan, la pena a imponer al sujeto»(38).

Peñaranda Ramos vuelve a estas ideas y las concreta en el siguiente sentido: una vez fundamentada la imposición de una pena por la comisión de un hecho antijurídico, la culpabilidad expresaría el mayor o menor distanciamiento del sujeto activo con respecto a dicho acontecimiento. En consecuencia, dentro del marco penológico marcado por el tipo, las razones explicativas de la conducta del autor podrían, o bien distanciarlo de la pena más alta (mitad inferior) o bien acercarlo

(33) DÍAZ LÓPEZ, J. A., *op. cit.*, p. 348.

(34) MIR PUIG, S., *op. cit.*, p. 170, en la culpabilidad «se comprueba si el hecho injusto cometido *puede atribuirse a su autor* en condiciones psíquicas de *motivabilidad normal*» (con cursivas en el original).

(35) DÍAZ LÓPEZ, J. A., *op. cit.*, p. 345.

(36) DÍAZ LÓPEZ, J. A., *op. cit.*, p. 442. Igualmente, DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., *op. cit.*, p. 12.

(37) DÍAZ LÓPEZ, J. A., *op. cit.*, p. 388: «el motivo discriminatorio» origina «una malla con unos huecos de descomunales dimensiones: a través del tamiz, caerá todo el injusto sin que se haya podido filtrar efectivamente nada».

(38) DÍAZ LÓPEZ, J. A., *op. cit.*, p. 340.

a ella (mitad superior)(39). Cometer el delito por precio, recompensa o promesa constituiría, precisamente, una razón que impediría al autor distanciarse de su injusto, de tal forma que se le debería imponer la pena máxima.

Más allá de lo sugerente de esta idea, no estoy de acuerdo con su contenido. Sin necesidad de entrar a discutir la ubicación dogmática de los motivos del autor, no encuentro ningún argumento definitivo que permita considerar que quien mata, p.ej., por placer se encuentre más distanciado de su injusto que quien lo hace por precio, recompensa o promesa(40). En términos más dogmáticos, si asumimos que la culpabilidad filtra, solo hay tres opciones posibles: o hay culpabilidad plena, o parcial, o no la hay. La cuestión controvertida reside, en todo caso, en determinar cuándo hay culpabilidad plena, esto es, qué elementos configuran este filtro de imputación. Sobre este punto, considero que el conocimiento del significado de la conducta y la capacidad para llevarla a cabo son piezas suficientes para efectuar este proceso de tamización del hecho antijurídico con respecto al infractor. Así pues, no considero que existan razones para afirmar que un injusto le pertenezca a su autor en mayor medida dada la concurrencia de una circunstancia que vaya más allá de haberlo realizado pudiendo conocer y conociendo su significado (si se quiere, con *dolus malus*)(41). Cuando a un sujeto se le castiga por la concurrencia de un motivo especial, no se le impone más pena porque no haya contenido de injusto a filtrar, pues la malla del tamiz y sus huecos presentan la misma magnitud que si este motivo no concurriera. Lo que cambia es el hecho que se está filtrando: un hecho más grave que merece (o necesita) más pena.

(39) PEÑARANDA RAMOS, E., *op. cit.*, p. 21 indicando, en relación con los motivos del artículo 22.4.ª CP, que «cuando un sujeto comete un hecho delictivo por motivos racistas o discriminatorios hacia su víctima no puede distanciarse siquiera mínimamente de ese hecho y su contenido de injusto se le imputa personalmente en toda su extensión». Igualmente, PANTALEÓN DÍAZ, M., «¿Vulnera el principio del hecho considerar los móviles abyectos como agravante? El ejemplo de la aporofobia (1)», en *La Ley Penal* 147, n. 147, 2020, p. 6.

(40) Una duda que ya expresó en su momento PUENTE SEGURA, L., *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal*, Colex, Madrid, 1997, p. 495, aunque desde la perspectiva de la «reprochabilidad» y contrastando el «móvil crematístico» con el «mero capricho o deseo de agredir».

(41) Sin necesidad de abundar en el tema, véase al respecto MOLINA FERNÁNDEZ, F. «El razonable “regreso” del dolo a la culpabilidad», en SILVA SÁNCHEZ, J. M./QUERALT JIMÉNEZ, J./CORCOY BIDASOLO, M./CASTIÑEIRA PALOU, M. (Coords.), *Estudios de derecho penal: homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, BdeF, Montevideo, 2017, pp. 735 ss.

3. Instrumentalización y dignidad humana

Todavía en el marco de la conexión del precio, recompensa o promesa con los motivos del autor, cabe mencionar una tercera línea de pensamiento. Esta última parte de la idea de que las específicas motivaciones del infractor envuelven el hecho que este realiza de una determinada indumentaria simbólico-expresiva(42). De esta manera, los motivos del autor, exteriorizados a través del sentido comunicativo del hecho, constituyen circunstancias accidentales con respecto al núcleo de antijuridicidad del suceso delictivo al que atribuyen un *plus* de desaprobación. Por lo tanto, a través de la revelación del motivo en el hecho se dota a este de un significado comunicativo adicional(43). En palabras de Molina Fernández, «[s]olo cuando el agresor da ese significado a su acto y lo exterioriza convirtiéndolo en comunicativo se produce la lesión» del bien que protege la circunstancia agravante por motivos que corresponda(44). Con esto dicho, la pregunta a plantear es qué añade, en términos expresivo-comunicativos, a un hecho delictivo que este se haya realizado por precio, recompensa o promesa. La respuesta, en opinión de Ragués i Vallès, es clara: «a quien mata por dinero no se le agrava la pena por ser codicioso, sino por haber expresado con su hecho que la vida humana es algo susceptible de transacciones económicas como si de un mero objeto se tratara»(45).

El problema de esta idea es que no conecta con el ámbito de aplicación del artículo 22.3.^a CP. En efecto, como circunstancia genérica, la agravante de precio, recompensa o promesa no se limita a los delitos contra las personas, como sí ocurre con la alevosía (art. 22.1.^a CP). No niego que esto deriva en el problema de analizar si la circunstancia es compatible con todos y cada uno de los delitos del

(42) RAGUÉS I VALLÈS, R., «Conducción de vehículos con consciente desprecio por la vida de los demás y tentativa de homicidio (Comentario a la STS de 25 de octubre de 1999)», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 50, 1997, pp. 804 ss.; MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Antijuridicidad y sistema del delito*, 3.^a ed., BdeF, Buenos Aires-Montevideo, 2021, p. 842 ss.; DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., *op. cit.*, pp. 155 ss.; SILVA SÁNCHEZ, J. M., «La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo», en *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, n. 2, 2007. 12, hablando de «elementos de contenido expresivo o simbólico [...] contemplados *ex ante*» en tanto que componentes de la dimensión cualitativa del injusto objetivo.

(43) DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., *op. cit.*, p. 155; RAGUÉS I VALLÈS, R., *op. cit.*, p. 805.

(44) MOLINA FERNÁNDEZ, F., *op. cit.*, p. 842.

(45) RAGUÉS I VALLÈS, R., *op. cit.*, p. 806.

Código(46). Sin embargo, la posibilidad de desconectar la agravante de los actos lesivos contra las personas deshabilita planteamientos como el antedicho. Y aunque limitáramos la tesis al artículo 139.1.2.^a CP, a modo de justificación del tránsito del homicidio al asesinato(47), dejaríamos sin fundamento al artículo 22.3.^a CP. Esto último, siempre que no estuviéramos dispuestos a aceptar una interpretación flagrantemente contraria al tenor literal del precepto. De esta forma, si existe la posibilidad de inducir a delitos contra bienes no necesariamente personales e, incluso, colectivos(48), es necesario ofrecer una respuesta a por qué este escenario puede generar una desaprobación añadida en caso de que el acto instigador haya consistido en precio, recompensa o promesa. Esta respuesta deberá ir más allá de la sugerente idea de la instrumentalización o cosificación, pues en muchos delitos cometidos con base en estas motivaciones no existirá víctima alguna identificable.

4. El artículo 22.3.^a CP como mecanismo de prevención

La última fundamentación a señalar es la de aquellos autores que identifican el *plus* de gravedad de la circunstancia en la mayor peligrosidad que esta entraña de cara al bien jurídico protegido por el tipo(49). Esta es una conclusión a la que se suele acceder con argumentos bastante análogos a los que se utilizan para fundamentar la

(46) Muy especialmente, con respecto al cohecho y aquellos delitos patrimoniales que exigen «ánimo de lucro». En relación con estos últimos, porque su contemplación podría generar fricciones, principalmente, si la agravante se sostiene sobre la concreta actitud subjetiva del autor. Sobre ello, MARTOS NÚÑEZ, J. A., *op. cit.*, pp. 94 ss. En el ámbito jurisprudencial, véase por todas la STS 700/2013, de 24 de septiembre (ponente Perfecto Agustín Andrés Ibáñez) [ECLI: ES: TS:2013:4784].

(47) Un planteamiento que, nuevamente, cobraría todo el sentido en el marco del Derecho positivo alemán y el uso del término codicia [*Habgier*]. En un sentido similar al de Ragués i Vallès se ha pronunciado, p. ej., KELKER, B., *Zur Legitimität von Gesinnungsmerkmalen im Strafrecht. Eine strafrechtlichrechtsphilosophische Untersuchung*, Vittorio Klostermann, Frankfurt, 2007, pp. 586 ss.

(48) Por todos, ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General*, t. II, 1.^a ed., Civitas, Navarra, 2014, pp. 263 ss.

(49) DE VICENTE MARTÍNEZ, R., «Circunstancias de la responsabilidad penal», en DEMETRIO CRESPO, E. (Coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal. T. II. Teoría del delito*, 2.^a ed., Iustel, Madrid, 2015, p. 412, aludiendo a un supuesto «mayor riesgo social», sin ulteriores precisiones; QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Comentarios al Código penal*, 2.^a ed., Madrid, 1966, p. 206; MORALES PRATS, F., «Las formas agravadas de homicidio: problemas de fundamentación material y cuestiones técnico-jurídicas», en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *Delitos contra la vida y la integridad física*, CGPJ, Madrid, 1995, pp. 276 ss.

alevosía. De la misma manera que esta última circunstancia agravante se fija en aquellos casos en los que el autor se asegura la consecución del resultado típico, la del artículo 22.3.^a CP también señalaría una forma de afianzar la comisión delictiva. Este apuntalamiento de la realización típica se evidenciaría, en palabras de Álvarez García «en la mayor debilidad del bien jurídico de cara al ataque proveniente de sicarios, frente a los cuales no actúan las inhibiciones que sí son operativas en las normales relaciones humanas, y en relación a los cuales las posibilidades de defensa son menores (tanto por lo imprevisible del ataque como por la, generalmente, mayor profesionalidad del mismo) y más reducidas las oportunidades para un posterior descubrimiento del autor. Por tanto, nos hallamos nuevamente ante un supuesto de incremento de lo injusto»(50). Según Morales Prats, la circunstancia debería ser reconducida a «la idea de “profesionalidad” en el sujeto que lleva a cabo la conducta letal (empleo de sicarios o de ejecutores profesionalizados), lo que evidentemente *ex ante* comporta un mayor peligro objetivo de la acción para el bien jurídico»(51). Ortega Matesanz señala gráficamente las consecuencias de esta mayor peligrosidad al indicar que «aquel que paga por el delito contribuye a la consolidación de un mercado de la delincuencia y a la profesionalización, en todos los sentidos, de quienes trafican con el crimen»(52).

En lo que alcanzo, este supuesto mercado entrañaría un riesgo proyectado en dos dimensiones(53), una de carácter material y otra procesal. La peligrosidad material residiría en la mayor aptitud de los ofertantes de cara a la comisión delictiva. Esta idea la plantea Esquinas Valverde cuando indica que «quien así mata suele ser un profesional, que actuará con más efectividad»(54). De esta manera, la oferta del producto (en este caso, la realización del injusto penal) en este hipotético mercado criminal estaría dirigida a compradores en busca de personas con la experticia suficiente como para desarrollar de

(50) ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., «Asesinato», en EL MISMO/VENTURA PÜSCHEL, A. (Coords.): *Tratado de Derecho penal español: parte especial (I). Delitos contra las personas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 190.

(51) MORALES PRATS, F., *op. cit.*, p. 277, aunque asumiendo sus «evidentes dificultades de articulación de *lege lata* a tenor [...] del artículo 139.2.^a del CP 1995».

(52) ORTEGA MATE SANZ, A., *op. cit.*, p. 44.

(53) Aunque desde la perspectiva de la circunstancia de alevosía y el dolo del inductor, la jurisprudencia parece haberse pronunciado en esta misma línea. Véase, muy especialmente, la STS 949/2016, de 15 de diciembre (ponente Pablo Llarena Conde) [ECLI: ES: TS:2016:5501].

(54) ESQUINAS VALVERDE, P., «El homicidio y sus formas», en LA MISMA (Coord.)/MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B. (Dir.), *Lecciones de Derecho penal: Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 57.

forma competente la cristalización de sus respectivas resoluciones delictivas. Esta profesionalidad repercutiría en una mayor amenaza para el bien jurídico protegido por el tipo, habida cuenta de la especial capacidad del experto de cara a la consumación del delito. En este punto, la agravante guardaría paralelismos, no solo con la alevosía, sino también con toda la legislación referente a grupos y organizaciones criminales. La peligrosidad procesal, por su parte, se vincularía con la dificultad que entrañarían estos supuestos con respecto a su persecución y descubrimiento. Este aspecto lo remarcó en su momento Mir Puig al considerar que cometer un delito por precio, recompensa o promesa «rompe la cadena motivacional que une al inductor con el delito, mientras que el autor material no tiene ningún motivo que pueda relacionarlo con la víctima»(55). Esta anonimidad bilateral repercutiría negativamente en la capacidad de la Administración de Justicia en lo que a la investigación de los hechos se refiere. Por lo tanto, desde esta perspectiva, la circunstancia ejercería una función similar a la que habitualmente se le atribuye a la agravante de disfraz. En resumen, Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée señalan que la circunstancia «lleva a la constitución de asociaciones del crimen, a dificultades en la persecución y en la prueba de los hechos; por tanto, hay aquí un aumento no sólo del merecimiento de pena, sino también de la necesidad de pena»(56).

Dicho esto, el problema de estos autores es que no alcanzan a ofrecer una interpretación al artículo 22.3.^a CP coherente con el fundamento defendido. Así pues, la percepción que tengo es que la mayoría de quienes sostienen esta hipótesis se contentan con el mero hecho de esgrimirla como un revestimiento retórico para la explicación pedagógica de la agravante. Sobre este punto, entiendo que una fundamentación no solo tiene que servir para racionalizar una institución, esto es, para presentarla al público como una restricción razonable de la libertad. Por el contrario, es necesario que de este fundamento se extraigan consecuencias que permitan justificar, en el caso concreto, esta restricción de libertad, racionalizándola en atención a las características particulares del supuesto. No niego, ahora bien, la existencia de sobresalientes esfuerzos en este sentido. Destacan los de Mir Puig, quien

(55) MIR PUIG, S., *op. cit.*, p. 639. Se adhieren PUENTE SEGURA, L., *op. cit.*, p. 496; ESQUINAS VALVERDE, P., *op. cit.*, p. 57; PÉREZ ALONSO, E. J./VALVERDE CANO, A. B., «Las circunstancias del delito», en PÉREZ ALONSO, E. J. (Coord.), *Derecho penal. Parte general*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2022, p. 452, aunque luego remarcan la necesidad de que concurra el requisito de «inmoralidad» y «falta de escrúpulos».

(56) BUSTOS RAMÍREZ, J. J./HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Trotta, Madrid, 2006, p. 501.

consideraba que esta fundamentación repercutiría en dos aspectos: por un lado, en la posibilidad de ampliar el contenido de la promesa más allá de los beneficios económicos, pues la cadena motivacional que une inductor y hecho antijurídico se rompería con independencia de la naturaleza del objeto de la promesa; por el otro, en el carácter bilateral de la circunstancia, pues este efecto de impunidad, proyectado en las dificultades de descubrimiento posterior del delito, beneficiaría a ambos sujetos, inductor e inducido(57). Sea como fuere, la impresión es clara: en términos generales, dudo que pueda afirmarse que siempre que concorra precio, recompensa o promesa se derive el peligro material y procesal al que hace referencia esta línea doctrinal minoritaria. En cambio, considero que solo en determinadas situaciones podrá confirmarse esta mayor peligrosidad. En consecuencia, si bien estoy de acuerdo en que el elemento clave de la valoración es el significado que se le puede atribuir al hecho delictivo cuando media precio, recompensa o promesa, y que puede llegar a tener sentido vincular este «plus» de significado con una mayor peligrosidad; entiendo que es necesario concretar la idea un poco más para poder visualizar correctamente a «qué» y a «cuánta» peligrosidad nos estamos refiriendo(58).

III. UNA PROPUESTA DE FUNDAMENTACIÓN

Desde mi punto de vista, la fundamentación de la agravante del artículo 22.3.^a CP debe partir de las siguientes premisas. Primera: cuando un delito se comete por precio, recompensa o promesa es evidente que se realiza sobre una determinada motivación. Segunda: esta realidad no implica necesariamente tener que fundamentar esta circunstancia agravante desde una perspectiva estrictamente subjetiva centrada en el significado de este específico ánimo. Tercera: los motivos pueden trascender en el hecho realizado por su autor en tanto que circunstancias fácticas que otorgan al suceso delictivo una faceta adicional a la que este tendría de limitarse a la confluencia de los elemen-

(57) MIR PUIG, S., *op. cit.*, pp. 638 ss., sin perjuicio de que el uso actual de la expresión «ejecutar el hecho» «puede haber tenido la finalidad de limitar la agravante al autor material».

(58) En un sentido parecido, RAGUÉS I VALLÈS, R., *op. cit.*, p. 804: «el hecho de que quien comete un delito vaya a ser recompensado económicamente por ello no parece que influya automáticamente en la peligrosidad de su comportamiento».

tos descritos por el tipo penal (59). Cuarta: esta desaprobación agregada se asentará, en líneas generales, en cualquiera de las tres alternativas en las que se suele basar una circunstancia agravante: (i) la mayor peligrosidad de la conducta debido al medio empleado o al objeto sobre el que se proyecta (como ocurre con la alevosía *ex* artículo 22.1.^a CP), (ii) el especial valor (material o simbólico) del objeto del delito o (iii) el «plus» de significado social del hecho (que es lo que permite, entiendo, la conversión de determinados hechos comunes –p.ej., un maltrato de obra *ex* artículo 147.3 CP– en hechos particulares –p.ej., la lesión en un contexto de violencia de género *ex* artículo 153 CP). La proyección de todas estas impresiones sobre el artículo 22.3.^a CP permite extraer una conclusión fundamental: lo importante reside en la posibilidad de presentar el hecho delictivo (de racionalizarlo de cara a terceros) como algo conectado a un precio, una promesa o una recompensa (60). Una vez se haya efectuado esta vinculación, la pregunta a responder será la siguiente: ¿Qué añade a un hecho delictivo que este se haya realizado por alguna de estas tres opciones? A los efectos de contestar a esta pregunta, presento en primer lugar el concepto de inducción del que parto, en cuyo marco deberemos contextualizar la agravante señalada (apdo. 3.1). Continúo explicando la posible función que se le puede atribuir en este esquema «inductor-inducido» al precio, recompensa o promesa como forma de fundamentar la especial fijación por este fenómeno por parte del artículo 22.3.^a CP (apdo. 3.2).

1. El esquema inductor-inducido y el precio, recompensa o promesa

La respuesta a la cuestión acabada de plantear requiere desvelar un interrogante preliminar: la estructura «inductor-inducido». En efecto, esta tríada de posibilidades (precio, recompensa y promesa) constituye, tanto el medio por el que el inductor consigue (en la terminología al uso) crear la resolución delictiva del inducido, como el motivo por el que este último realiza el delito objeto de la inducción. Por lo tanto, la correcta comprensión dogmática de esta agravante

(59) La idea es clara en STRATENWERTH, G., «Zur Funktion strafrechtlicher Gesinnungsmerkmale», en WELZEL, H./CONRAD, H./KAUFMANN, A./KAUFMANN, H. (Eds.): *Festschrift für Hellmuth von Weber zum 70. Geburtstag*, 1963, Bonn, pp. 189 ss. Esta «trascendencia en el hecho» se efectuará cuando el suceso presente de cara a terceros aquellas circunstancias fácticas que presupongan esta dimensión de sentido agregada.

(60) MASIP DE LA ROSA, L. I., *op. cit.*, p. 279.

requiere captar, de forma previa, la dinámica que se oculta tras este esquema clásico. Esto permitirá entender frente a qué hecho debe lidiar el Derecho penal en estos casos y qué añade a este el que haya mediado precio, recompensa o promesa. A estos efectos, presento a continuación de forma muy esquemática mis ideas sobre la inducción(61):

1. Con independencia del modelo teórico de intervención delictiva del que se parta, el término legal inductor debe aplicarse al sujeto que desarrolla el primer impulso (*Initialzündung*) del hecho delictivo(62). Más en detalle, es inductor quien propulsa motivacionalmente de forma definitiva la cristalización material de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido por el tipo. Ciertamente, la equiparación penológica entre autor e inductor permite asignarle a este último un papel protagonista en la construcción (interna) del hecho delictivo indistintamente de la manera cómo entendamos que se ejerce este protagonismo. Así pues, no entraré a valorar si esta relevancia cuantitativa debe relacionarse con la creación de la resolución delictiva de un *non omnimodo facturus*(63), con el dominio del autor del delito a través de un pacto de injusto (*Unrechtspakt*)(64) o con la posición dominante de su contribución motivacional(65).

2. Sea como fuere, la adquisición de un papel protagonista en el impulso motivacional de un hecho delictivo depende, en cualquier situación, de la capacidad del sujeto de motivar a otra persona a ejecutar ese mismo suceso. Esto conlleva preguntarse cuáles son los mecanismos penalmente relevantes con los que se puede motivar a otro a cometer un delito. En la dogmática de la inducción, las soluciones discurren desde las opciones más flexibles, según las cuales es válida para influir cualquier condición causalmente desencadenante de una

(61) A continuación, resumo los planteamientos contenidos en MARTÍNEZ SANROMÀ, O., *Motivación e intervención delictiva. Una reestructuración de la «participación psíquica»*, Atelier, Barcelona, 2023, pp. 185 ss., proyectados estrictamente sobre la figura de la inducción.

(62) KÜHL, K., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 7.^a ed., Vahlen Jura, Múnich, 2012, p. 825. Parecido, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., «En los límites de la inducción», en *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, n. 2, 2012, p. 6.

(63) Así, la doctrina mayoritaria. Por todos, BALDÓ LAVILLA, F., «Algunos aspectos conceptuales de la inducción (A propósito de la STS de 24 de junio de 1987, ponente Días Palos)», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1989, pp. 1095 ss.

(64) Así, PUPPE, I., «Der objektive Tatbestand der Anstiftung», en *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1984, pp. 112 ss.

(65) Así, STEEN, H., *Die Rechtsfigur des omnimodo facturus*, Duncker & Humblot, Berlín, 2011, pp. 82 ss.

resolución delictiva(66), hasta las más restrictivas, que exigen una intensidad en la conducta motivadora equiparable a la de la conminación penal de la norma (en términos gráficos: una «contra-norma»)(67). La doctrina mayoritaria se sitúa en un punto intermedio: no vale cualquier mecanismo para inducir, sino solo aquellos lo suficientemente peligrosos *ex ante*(68). Sin embargo, esta máxima nos obliga a hacer depender la consideración sobre la eficacia de un medio motivacional del caso concreto, impidiendo el establecimiento de criterios más ciertos a la hora de determinar cómo puede motivarse a alguien de forma penalmente relevante. Aunque ello puede predicarse de cualquier criterio dogmático dada la necesidad de contrastarlo con las particularidades del supuesto de hecho específico, en el caso de la inducción, esta tesis implica que el establecimiento de los márgenes de la libertad comunicativa dependa de indicadores demasiado abiertos (importancia, relevancia, suficiencia, etc.)(69).

3. En mi opinión, la forma de soslayar la porosidad con la que se presenta el criterio de la peligrosidad motivacional *ex ante* pasa por asumir una tesis más restrictiva: solo induce a cometer un delito aquel sujeto que asegura su influencia psíquica con mecanismos equiparados en fuerza a los que utiliza la norma de conducta cuando se dirige a sus ciudadanos. Esta entidad deóntica comunica al destinatario cómo debe comportarse, consolidando su directiva a través de razones morales (el interés que se protege es digno de reconocimiento) y prudenciales (la amenaza de pena). Mientras pueda asegurarse la vigencia de estas razones (principalmente, la realidad y la eficacia de la conminación penal), el destinatario seguirá teniendo motivos poderosos

(66) Así, BLEI, H., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 18.^a ed., C. H. Beck, Múnich, 1983, p. 285.

(67) Así, AMELUNG, K., «Die Anstiftung als korrumpierende Aufforderung zu strafbedrohlichem Verhalten», en HOYER, A./MÜLLER, H. E./PAWLIK, M./WOLTER, J. (Eds.), *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag*, C. F. Müller, Heidelberg, 2006, pp. 167 ss.

(68) Entre muchos otros, KRETSCHMER, J., «Welchen Einfluss hat die Lehre der objektiven Zurechnung auf das Teilnahmeunrecht?», en *Juristische Ausbildung*, n. 4, 2008, p. 266; GÓMEZ RIVERO, C., *La inducción a cometer el delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 80 ss.; BAUNACK, M., *Grenzfragen der strafrechtlichen Beihilfe unter besonderer Berücksichtigung der sogenannten psychischen Beihilfe*, Duncker & Humblot, Berlín, 1999, p. 145; SCHÜNEMANN, B./GRECO, L., *Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch*, 13.^a ed., C. H. Beck, Berlín, 2020, núm marg. 15

(69) La indeterminación del criterio de desaprobación de conductas motivadoras es todavía más acusada en la complicidad psíquica y el uso indiscriminado por parte de la doctrina de la fórmula del «refuerzo de la resolución». Véase, MARTÍNEZ SANROMÀ, O., «La complicidad psíquica», en *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, n. 4, 2023, pp. 235 ss., 243 ss.

sos para no cometer el delito. Quien motiva al ilícito, para poder merecer pena, debe descompensar esta preponderancia motivacional, anulando la vigencia de estas razones normativas. Solo entonces puede justificarse el castigo por motivar a alguien a cometer un injusto penal: el impulso del hecho delictivo se ha realizado a costa de una perturbación intolerable en la función motivacional de la norma. De permitirse esta injerencia, se consolidaría una merma de la capacidad directiva de los mecanismos que utiliza el Derecho penal para realizar su programa normativo de protección de bienes jurídicos.

4. Sin embargo, en la medida en que nuestra comunidad política reconoce el derecho a la libertad de expresión, debe tolerarse hasta cierto punto un contexto comunicativo en el que la emisión de mensajes perturbadores constituye algo regular en las interacciones sociales. La perturbación solo se volverá penalmente insoportable cuando esta se presente como una «imagen especular» de la norma de la conducta. Así pues, el Derecho penal solo debería prohibir aquellos mensajes comunicativos que, dada su estructura, puedan equipararse en fuerza a los instrumentos motivacionales que utiliza la norma. De esta forma, ante la estructuración de un sistema de valores que enfatiza la preponderancia de determinados intereses (vida, patrimonio, etc.) en el seno de la comunidad (razones morales), debe enfrentarse un sistema de valores contrapuestos que modifiquen el estatus deóntico del comportamiento ilícito (dónde se leía prohibido, ahora se lee debido). Por su parte, en oposición a la conminación penal (razón prudencial), debe contraponerse la entrega o anuncio de una reacción positiva (promesa, recompensa) o negativa (amenaza) cuya consecuencia sea más grave o suscite mayor interés que cumplir con el Derecho(70).

La explicación antedicha posibilita calificar precio, recompensa o promesa como formas de perturbación de la norma de conducta en su función aflictiva. De este modo, el inductor anula el impacto subjetivo producido por la conminación penal compensando el mal anunciado por la norma a través de un bien. Por consiguiente, un hecho delictivo conectado a cualquiera de estas tres opciones responderá, en términos generales, a la siguiente estructura: un sujeto habrá construido su dimensión externa a través de una conducta vinculada a su fase ejecutiva, mientras que otro habrá impulsado la cristalización de esta contribución erosionando la norma de conducta dirigida al primer sujeto por medio, justamente, de precio, recompensa o promesa(71). En

(70) Como indica AMELUNG, K., *op. cit.*, p. 156, el «interés de la impunidad» [*Straffreiheitsinteresse*].

(71) De forma parecida, STS 256/2008, de 14 de mayo (ponente Perfecto Agustín Andrés Ibáñez) [ECLI: ES: TS:2008:2809].

principio, el primer sujeto merecerá la calificación de «autor» y el segundo la de «inductor»(72). De forma simple: *A* promete un ascenso a *B* si este desvela a la prensa una conversación personal con *C* en la que este último confiesa que es un asiduo consumidor de cocaína; *B* ejecuta un delito de revelación de secretos.

2. Profesionalización y mercado del crimen

Una vez ubicados, en tanto que medios de la inducción, el precio, la recompensa y la promesa, es momento ahora para relacionarlos con la agravante del artículo 22.3.^a CP. En este punto, he de recuperar la pregunta que planteaba al inicio de este apartado: ¿qué añade a un hecho delictivo que responde a la estructura «inductor-inducido» que este se haya realizado por o mediante precio, recompensa o promesa? La respuesta está condicionada por una idea fundamental: estos tres instrumentos no constituyen los únicos mecanismos con los que un sujeto puede impulsar un hecho delictivo motivando a otro a ejecutarlo. Tanto una amenaza que no anule la culpabilidad de la persona de delante(73) como el hecho de lograr la inserción de un programa de valores contrapuestos a los de la norma en la mente del sujeto (muy particularmente, en los casos de ascendencia moral(74) y contextos grupales ajenos al Derecho) son también mecanismos válidos de inducción al delito. Todos ellos presentan la capacidad *ex ante* para anular los mecanismos con los que se vale la norma de conducta para motivar a su destinatario. En esta tesitura, cabe plantearse qué característica particular presentan el precio, la recompensa y la promesa en contraposición con los otros instrumentos penalmente relevantes de motivación al delito.

A este respecto, parece razonable pensar que el legislador pueda hacer una selección de estas herramientas motivacionales y considerar que unas son más peligrosas que otras. Sobre este punto, no es una novedad afirmar que el Código está repleto de circunstancias agravantes que tienen en consideración la especial peligrosidad del medio empleado (el ejemplo paradigmático es el artículo 148.1.º CP en el contexto de las lesiones). En esta tesitura, podría aceptarse que el legislador considera que cuando se induce a alguien a través de precio,

(72) Salvo que existan razones para imponer la pena de la complicidad.

(73) JOERDEN, J., *Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs*, Duncker & Humblot, Berlín, 1988, p. 122.

(74) OLMEDO CARDENETE, M. D., *La inducción como forma de participación accesoria*, EDERSA, Madrid, 1999, pp. 682 ss.

recompensa o promesa se genera una mayor peligrosidad frente al bien jurídico protegido por el tipo. El problema inicial que despierta esta impresión es que el criterio de la «imagen especular» impide *ab initio* efectuar, en términos abstractos y en lo que a su gravedad se refiere, una graduación entre los distintos instrumentos de motivación. Para que esta objeción se entienda, debo plantear la distinción entre capacidad motivacional *in abstracto* y capacidad motivacional *in concreto*, diferencia que quizás el lector ya haya podido desprender de las anteriores consideraciones.

En efecto, el esquema sostenido por el criterio de la «imagen especular» que he presentado en el apartado anterior distingue entre dos mecanismos a través de los cuales un sujeto puede erosionar la función motivacional de la norma: las razones que se oponen a su dimensión expresiva (razón moral) y las que se enfrentan a su dimensión aflictiva (razón prudencial). A mi entender, abstractamente consideradas, todas estas razones constituyen mecanismos igual de idóneos para revertir el mensaje de la norma de conducta e impulsar al acontecimiento futuro. Tanto una amenaza, una promesa de recompensa o un precio (razones prudenciales) como la influencia, p.ej., de alguien con ascendiente sobre el inducido (razón moral) constituyen mecanismos equiparados estructuralmente en fuerza a los que utiliza la norma de conducta para guiar a sus destinatarios. En abstracto, no hay instrumentos de motivación más aptos que otros. Por el contrario, la mayor capacidad motivacional de un medio frente a otro solo se podrá determinar en el caso singular. De allí la contraposición entre aptitud *in abstracto* e *in concreto*: la efectividad real de un mecanismo motivacional, pese a ser abstractamente peligroso como medio de erosión del mensaje de la norma, deberá comprobarse contrastándolo con las particularidades de la específica relación comunicativa establecida entre hablante y oyente. Y en dicho contexto especial, quizás una promesa de 1.000 euros a cambio de cometer un delito se presente menos capacitada que la amenaza de denunciar a un pedófilo, presentando pruebas irrefutables al efecto, en caso de que no cometa el ilícito solicitado(75). Desde esta perspectiva, da lo mismo que A, para conseguir que B mate a C, le prometa que se casará con él, le pague un precio, le amenace con revelar unas fotografías muy comprometido-

(75) Si el inductor sabe cuál es el «botón que debe pulsar» (la terminología es de KREUZBERG, B., *Täterschaft und Teilnahme als Handlungsunrechtstypen: Zugleich ein Beitrag zur allgemeinen Verhaltensnormlehre*, Duncker & Humblot, Berlín, 2019 p. 543), siempre estará en condiciones óptimas para erosionar *in concreto* la función motivacional de la norma, sea este botón una promesa de pago, una amenaza o cualquier otro motivo.

ras o haga valer su especial relación de confianza a modo de ascendente moral. La idoneidad abstracta de cualquiera de estos cuatro mecanismos para perturbar a la norma de conducta solo podrá verificarse en el caso concreto. Por lo tanto, no hay razones para considerar que la promesa de casarse o el pago de un precio constituyan *per se* mecanismos más capacitados que la amenaza de denuncia o el aprovechamiento de una relación de confianza(76).

Partiendo de una óptica distinta, podría considerarse que la graduación de las distintas fuentes de erosión normativa no responde a la mayor o menor intensidad que estas presentan como formas de perturbación comunicativa (una idoneidad *in abstracto*). Por el contrario, esta jerarquización podría conectarse con una razón autosuficiente vinculada a una característica especial de los instrumentos motivacionales consistentes en la entrega o anuncio de una reacción positiva. Ciertamente, este concreto mecanismo de motivación es el que se utiliza habitualmente para contratar a delincuentes profesionales. En otras palabras: nadie amenaza (anuncio de una reacción negativa) a un sicario para que mate a otro, sino que lo contrata pagando o pactando un precio. Cuando se efectúa esta contratación delincencial, no solo se impulsa la concreta lesión del bien jurídico protegido por el tipo, sino que además se contribuye a la consolidación de un mercado del crimen(77). Recuperando y ampliando así la línea doctrinal minoritaria explicada *supra*(78), precio, promesa o recompensa, en tanto que medios utilizados en un contexto de delincuencia profesionalizada, añaden un «plus» de gravedad al menoscabo del interés preponderante inherente a la ejecución del tipo. Esta mayor gravedad debe identificarse en el favorecimiento que producen estas dinámicas al mantenimiento de un modelo de oferta y demanda criminal. El Derecho tendría razones para querer prevenir con mayor fuerza estos patrones a efectos de evitar dos consecuencias negativas.

En primer lugar, estas dinámicas generan espacios sociales de total ajenidad con respecto a los valores objeto del programa normativo de protección de bienes jurídicos del Derecho. Lejos de lo idealista de tal afirmación, lo cierto es que la estabilidad de un ordenamiento jurídico depende principalmente de la interiorización de las normas de convi-

(76) El propio CP no suele ser tan específico a la hora de identificar los «medios peligrosos» cuya utilización puede agravar la comisión de un delito. Por el contrario, suele emplear una técnica de *numerus apertus*, de tal forma que la concreción de la peligrosidad del medio, más allá de su aptitud abstracta, solo podrá determinarse en el caso concreto (cfr. arts. 148.1.º, 154, 180.1.6.ª CP).

(77) Igualmente, ORTEGA MATESANZ, A., *op. cit.*, p. 42.

(78) Muy especialmente, MORALES PRATS, F., *op. cit.*, p. 277.

vencia que este proyecta, lo que permite afianzar un hábito de cumplimiento(79). Esta predisposición a seguir el contenido de las normas no depende (cuestión obvia) de la simple existencia de estas entidades deónticas(80). Es más, el papel que estas ocupan en el proceso de abstinencia delictiva es más bien exiguo. Sea como fuere, por muy débil que sea esta capacidad, esta se convertirá en algo definitivamente inviable frente a espacios normativamente degradados en cuyo contexto sus integrantes hayan aprehendido un programa normativo totalmente opuesto al estructurado por el ordenamiento jurídico(81). Esta subcultura se presentará frente al Derecho como un espacio hermético de cara a sus mensajes normativos, lo que impedirá la aprehensión del programa de valores que aquel pretende estructurar. Una situación que, sin embargo, no impide que se produzca una erosión normativa por parte de un tercero. Ciertamente, lo único que separa a los integrantes de esta subcultura de un ilícito jurídico-penal concreto es la razón prudencial en forma de amenaza de pena. Cualquier persona podrá neutralizar esta conminación con el pago o promesa de un precio, lo que permitirá compensar su impacto aflictivo. Todo ello, por cierto, a través de una vía más rápida y asequible.

Efectivamente, en segundo lugar, esta profesionalización implica una facilitación del delito al ofrecer canales de ejecución de resoluciones delictivas a terceros que no quieren implicarse físicamente en el hecho(82). Así pues, este modelo de oferta y demanda allana el camino a cualquier persona que quiera impulsar un suceso delictivo. Esto último, porque desde este mercado del crimen se anuncia de entrada cuál es la razón suficiente para menoscabar la eficacia motivadora de una norma en un caso concreto. En esta tesitura, cualquier

(79) PAWLIK, M., *Confirmación de la norma y equilibrio de la identidad*, Atelier, Barcelona, 2019, p. 38.

(80) Como indica SILVA SÁNCHEZ, J. M., «El Derecho penal es un enano», en *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, n. 2, 2022, p. viii, en este proceso de internalización del contenido material de las normas, el Derecho (como mínimo, en sociedades mínimamente cohesionadas) no es más que un apéndice de la moralidad colectiva, de tal forma que las razones intrínsecas de las normas (las morales), en contraposición a las extrínsecas (las prudenciales), deben su aprehensión generalizada a su «transmisión ordinaria a través de instituciones sociales (familia, escuela, iglesia, vecindario)».

(81) En este sentido, estos grupos actuarían a modo de «subculturas criminales». Sobre ello, BLACKMAN, S., «Subculture Theory: An Historical and Contemporary Assessments of the Concept for Understanding Deviance», en *Deviant Behavior*, vol. 35, n. 6, 2014, pp. 496 ss.

(82) Véanse las consideraciones sobre la inducción de MOLINA FERNÁNDEZ, F., «Autoría y participación delictiva», en EL MISMO (Coord.), *Memento práctico penal*, Francis Lefebvre, Madrid, 2022, núm. marg. 3030.

tercero que quiera ver cristalizada su determinación delictiva sabrá de antemano cuál es la «imagen especular» óptima para revertir la razón prudencial de la norma de conducta. Ello facilitará la labor de escoger la fuente de erosión normativa más conveniente. Lo ilustro con el siguiente ejemplo: imagínese que *A* quiere matar a *B* pero no se atreve a hacerlo por su cuenta. Ante esta tesitura, *A* puede plantearse mil modos de convencer a alguien para que lo haga. Desde ofrecerle una dosis de heroína a su amigo adicto, hasta amenazar a su vecino con desvelar a su pareja que ha mantenido relaciones sexuales con un tercero, pasando por utilizar el gran ascendiente moral que tiene como profesor de Derecho penal frente a su discípulo. En tanto que estos mecanismos constituyen *in abstracto* instrumentos de motivación, podrían servirle a *A* para impulsar *in concreto* el hecho antijurídico. El problema es que nadie le asegura a *A* que la dosis de heroína sea una razón idónea en el caso particular de su amigo, ni que el vecino se sienta apremiado por esta amenaza concreta, ni que el discípulo tenga tiempo. Pero la cosa cambia si *A* conoce de antemano la posibilidad de cristalizar su resolución delictiva a través del pago de un monto económico a un sicario profesional. En este último caso, la complejidad de la elección se reduce drásticamente. Así pues, este mercado del crimen permite concretar la capacidad *in abstracto* de cualquier instrumento motivacional en forma de anuncio de una reacción positiva. Aunque esta circunstancia no solo se produce en los supuestos de delincuencia profesional(83), lo cierto es que en los casos en los que se pone precio al delito es donde más se evidencia este efecto facilitador en la selección de la «imagen especular».

Estas consecuencias indeseables para el ordenamiento jurídico convergen en una doble peligrosidad. Por un lado, un peligro presente para el bien jurídico protegido por el tipo penal realizado. Así pues, una comisión delictiva profesionalizada responderá a un plan preformado en aras de asegurar su consumación. Esta tesitura debe poner en alerta al Derecho por la mayor exposición del interés preponderante protegido ante la agresión antijurídica. En el caso de los delitos contra las personas, esta desprotección se evidenciará normalmente a través de la previa confiscación del derecho a la defensa de la víctima por parte del agresor. Por otro lado, un acontecimiento delictivo fruto de una transacción profesional ayudará a consolidar el mercado del cri-

(83) Si *A* sabe que su amiga *B*, de quien se siente atraído con vivo deseo, anhela un objeto antiguo en posesión de *C* y está dispuesta a conseguirlo a todo coste, puede proponerle ejecutar el delito a cambio de un favor sexual. Difícilmente podemos considerar que *A* sea un sicario o un profesional, pero habrá facilitado la labor de *B* de identificar la razón idónea *in concreto* para impulsar el hecho.

men subyacente, lo que repercutirá en una peligrosidad proyectada hacia el futuro. De esta forma, cualquier tercero que quiera ver cristalizada su resolución delictiva podrá acudir a este mercado para impulsar su materialización. En resumen, la razón que justifica la agravación del artículo 22.3.^a CP es la capacidad que presentan precio, recompensa o promesa de consolidar un modelo de oferta y demanda criminal. Sin embargo, la función de esta fundamentación no debe limitarse a ser un ropaje retórico que acompañe estéticamente la aplicación de esta agravante. Es menester, por el contrario, extraer conclusiones interpretativas (prácticas). Ciertamente, no siempre que concurren estos motivos delictivos podrá afirmarse este efecto consolidador y, por ende, la mayor peligrosidad frente al bien jurídico protegido por el tipo. P.ej., dudo que una promesa de ascenso laboral a cambio de desvelar unas conversaciones privadas contribuya a consolidar un mercado del crimen o pueda contextualizarse en una dinámica profesional que ponga en alerta al Derecho por las razones identificadas con anterioridad. La pregunta, a estas alturas, es cuáles son las particularidades que debe presentar un caso para subsumirse en el ámbito de aplicación de esta agravante por sicariato. En el siguiente apartado, intentaré dar una respuesta a este interrogante.

IV. CONSECUENCIAS PRÁCTICAS

1. Una interpretación restrictiva

Una fundamentación de estas características implica que la agravante solo pueda predicarse de aquellos casos en los que la motivación al delito se contextualiza en un ámbito profesionalizado. En tanto que no es el específico ánimo del autor lo que debe llamar la atención al intérprete, sino la posibilidad de relacionar su ejecución delictiva con un mercado del crimen, la agravante podría aplicarse a cualquier delito fruto de una comunidad «inductor-inducido»⁽⁸⁴⁾. Ciertamente, solo en estos casos puede visualizarse la siguiente dinámica: un sujeto se aprovecha de un mercado del crimen (inductor) y otro lo integra como ofertante (inducido). Sea como fuere, lo importante es analizar,

(84) Por lo tanto, deben perder vigencia las objeciones a la hora de aplicar esta agravante a los delitos que exigen, p. ej., ánimo de lucro e, incluso, a los delitos de corrupción como el cohecho. Sin embargo, véanse las apreciaciones de ORTEGA MATESANZ, A., *op. cit.*, p. 46, para aquellos delitos en los que «la calificación profesional opere como elemento relevante».

a modo de guiño a la terminología laboralista, cuáles son las notas de profesionalidad (o laboralidad) delictiva. Este elemento es crucial, pues, solo si concurren estas características, la agravante podrá proyectarse sobre el fenómeno que esta misma persigue: la comisión de un delito como fruto de una transacción delincuenciales consolidadora de un «mercado del crimen». En efecto, debe evitarse a toda costa que este «plus» de desaprobación acabe recayendo sobre sujetos que, dada su situación personal, están dispuestos a cometer un delito a cualquier precio(85). Esta conclusión otorgaría protagonismo a un fenómeno que, si bien puede visualizarse como un negocio criminal, parece alejarse de la peligrosidad con la que la auténtica profesionalización expone a los bienes jurídicos protegidos por el Derecho. Lo importante no es perseguir a sujetos que están dispuestos a delinquir por todos los medios, sino a aquellos que proyectan con su comisión delictiva la existencia de un mercado del delito subyacente del que cualquier inductor futuro puede aprovecharse.

Así las cosas, la pregunta a responder es cuándo concurren estas notas de profesionalidad. Y aquí es donde surge el problema capital. Para presentarlo, me basta con recuperar la fugaz referencia histórica que he planteado en la introducción. Contrástese, a estos efectos, la situación sociopolítica que motivó la promulgación de la *lex Cornelia* (origen remoto de esta agravante) con la situación actual. Muy brevemente: esta disposición se fraguó en el contexto de total inestabilidad que siguió a la primera guerra civil romana, donde el bandidaje era un problema real y en el que los grupos criminales andaban con total libertad(86). El objetivo de la ley era garantizar la paz pública y enfrentar una casi total ausencia de control. Esta tesitura histórica difiere de la situación actual de cualquier país de la Unión Europea. En el ámbito de los delitos contra la vida (homicidio, asesinato), quizás esto explique por qué he sido absolutamente incapaz de encontrar ningún estudio criminológico (académico o policial) que explique la situación del «sicariato» en España(87). En otras palabras, o bien en este país no existe un mercado del crimen en relación con los delitos de asesinato, o bien, de existir, este se reduce a un grupúsculo desordenado y minoritario de ofertantes.

(85) Sobre este punto, cabe remarcar que las Partidas incluían a los «asesinos» entre los delincuentes que cometían el delito por «desesperamiento», pues en esta tesitura «un home se desfiuza et se desespera de los bienes deste mundo et del otro, aborreciendo su vida et cobdiciando la muerte» (P. VII, 27, 1).

(86) Sobre ello, CLOUD, J. D., «The Primary Purpose of the *lex Cornelia de sicariis*», en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung*, n. 86, 1969, pp. 258 ss.

(87) En este punto, agradezco la ayuda de Javier Cigüela Sola.

Esta coyuntura amarga no es óbice para ofrecer un conjunto de criterios que permitan identificar, en un caso concreto, la profesionalidad a la que hago referencia. Todo ello, principalmente, con tal de evitar que la fundamentación aquí defendida derive en una especie de *interpretatio abrogans*. A falta de estudios expertos sobre la materia, las características que presentan algunos supuestos de asesinato protagonizados por sicarios y resueltos por el Tribunal Supremo pueden servir como modelo para encontrar este «plus» de desaprobación. Además, no cabe perder de vista que la circunstancia agravante del artículo 22.1.3.^a CP es de aplicación general, por lo que los delitos contra la vida no deben acaparar la atención. Si bien es cierto que el fenómeno del «sicariato» es insignificante en España, esto no significa que la delincuencia profesional sea inexistente, y más cuando esta se relaciona con otros fenómenos delictivos como, muy especialmente, los cibercrímenes(88) y el tráfico de drogas. Con respecto al primer fenómeno, piénsese en el empresario que se aprovecha de la existencia de un sujeto profesional para apropiarse de la información personal de un competidor a través de la técnica del *phishing*. En lo que al tráfico de drogas se refiere, imagínese al presidente de un club cannábico que contacta con un grupo especializado para que le distribuya grandes cantidades de marihuana que luego venderá al por menor a los socios del club(89). Dicho esto, de este conglomerado de fuentes, he podido extraer las siguientes notas de profesionalidad: (i) el anonimato y ocultación, (ii) la preparación previa de cara a un futuro ataque alevoso, (iii) el carácter económico de la transacción y (iv) la pertenencia del profesional a un grupo u organización criminal. No considero que estas notas constituyan requisitos cumulativos que deban concurrir sí o sí para aplicar la agravante. Entiéndanse, así pues, como meros indicios que pueden apuntalar la motivación del intérprete de cara a la aplicación de la circunstancia señalada. En todo caso, las analizo muy brevemente a continuación:

1. En cuanto al requisito del *anonimato*, me refiero a la inexistencia de una relación previa del mandatario con el mandante y, en caso de

(88) Sobre este fenómeno y a un nivel global, por todos, KEMP, S., *Las Ciberestafas: Tendencias, Infractores, Víctimas y Prevención*, Atelier, Barcelona, 2024, pp. 60 ss.

(89) En relación con esta contratación (dejo de lado la venta al por menor), la calificación del comportamiento del presidente del club cannábico sería muy probablemente la de autor de un delito de tráfico de drogas, debido a la amplitud de sus conductas típicas. Sin embargo, esto no obsta a considerar que se ha producido una dinámica «inductor-inducido»: el presidente ha motivado al grupo a realizar una conducta típica de tráfico de drogas.

delitos contra las personas, la víctima. Esta es una de las singularidades más destacadas de los supuestos en los que aparecen sicarios resueltos por el Tribunal Supremo(90). Además, esta constituye la nota que permite evidenciar el distanciamiento personal suficiente como para dificultar de forma efectiva el descubrimiento futuro de los intervinientes en el hecho (nuevamente con Mir Puig, el anonimato rompe la cadena motivacional que une inductor con inducido). Así pues, esta característica también repercute en el desarrollo del hecho delictivo a través de su *ocultación* de cara a las autoridades. En esta dimensión, la circunstancia del artículo 22.3.^a CP ejerce un papel similar al que la doctrina le otorga a la agravante de disfraz (art. 22.2.^a CP)(91).

Esta característica, sin embargo, implica un ulterior problema: en principio, la búsqueda de la impunidad es algo que va de suyo a la comisión de cualquier delito, por lo que tenerlo en consideración colisionaría con la doctrina del autoencubrimiento impune(92). No es lugar aquí para efectuar un análisis detallado sobre un tema que desborda por completo el objeto de este artículo. Sin embargo, creo conveniente esgrimir algún contraargumento al efecto, aunque solo sea para contradecir esta impresión en el caso particular de esta agravante. En primer lugar, la búsqueda (y encuentro) de una vía que permita ocultar el hecho de cara a su descubrimiento también se proyecta indirectamente en una mayor peligrosidad frente al bien jurídico protegido. En última instancia, esta capacidad de ocultación erosiona las constricciones motivacionales (básicamente, la conminación penal) que mantienen el delito en una fase de ideación(93), al desgastarse con ello la realidad de esta amenaza. En segundo lugar, parece temerario afirmar que exista un derecho absoluto a buscar la impunidad y que este sea predicable en cualquier momento del *iter criminis* (antes, durante y después del hecho). Ello no solo contradice el Derecho posi-

(90) STS 278/2014, de 2 de abril (ponente Miguel Colmenero Menéndez de Luarda) [ECLI: ES: TS:2014:1817].

(91) PUENTE SEGURA, L., *op. cit.*, pp. 467 ss. Con respecto a esta agravante, véase DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «Las circunstancias agravantes de abuso de superioridad, disfraz y aprovechamiento de otras circunstancias. Un estudio jurisprudencial», en *La Ley Penal*, n. 83, 2011, p. 2; SANZ DELGADO, E., «La agravante de disfraz», en *La Ley Penal*, n. 6, 2004, p. 102.

(92) GARCÍA PLANAS, G., «Nociones acerca de la agravante de disfraz en la jurisprudencia del tribunal supremo», en *Estudios penales y criminológicos*, vol. 22, 1999-2000, p. 35, indicando que tal circunstancia carece de fundamento, «pues el hecho de intentar una mayor facilidad en la ejecución, una mayor dificultad en la identificación y con ello tratar de conseguir la impunidad, son pretensiones inherentes a quien lleva a cabo la comisión de un delito». Igualmente, PÉREZ DEL VALLE, C., *op. cit.*, p. 237.

(93) Parecido, MIR PUIG, S., *op. cit.*, p. 636.

tivo (cfr. arts. 237(94), 383, 382 bis y 438 bis(95) CP)(96), sino que se aleja de los casos prototípicos en los que suele proyectarse jurisprudencialmente la doctrina del autoencubrimiento impune(97): aquellos en los que al sujeto activo se le exime del cumplimiento de determinados deberes jurídico-penales de menor intensidad dada la concurrencia de un especial conflicto emocional. De esta forma, la situación que empuja a un sujeto a asegurar la impunidad de un delito «durante» su ejecución (caso de la agravante de disfraz), en tanto que forma de mermar las expectativas futuras de un hipotético descubrimiento, difiere de la que le impele a incumplir determinados deberes jurídico-penales «después» de la comisión de un delito. En esta última tesitura, en los casos extremos, el autor deberá escoger entre cumplir con el Derecho (p.ej., obedeciendo un mandato de la policía) o conservar indemne su libertad.

2. Otro indicio de profesionalidad es la «preparación previa». En efecto, la laboralidad de la relación entre mandante y mandatario está motivada por las específicas características y habilidades que este último presenta de cara a la consecución del resultado típico. La idea repercutirá generalmente en una comisión delictiva especializada que tenderá a la consolidación de la ejecución del mandato criminal, evitando desistimientos involuntarios, cursos causales salvadores por parte de terceros o posibles reacciones defensivas de la víctima. De ordinario, esta tendencia al apuntalamiento de la actividad en aras de

(94) En cuanto al uso de las expresiones «abandonar el lugar» y «para proteger su huida».

(95) Sobre la figura del enriquecimiento ilícito y su posible colisión con la idea del autoencubrimiento impune, véase MIRÓ ESTRADÉ, J., «El nuevo delito de enriquecimiento ilícito como forma de desobediencia (art. 438 bis CP)», en *La Ley Penal*, n. 161, 2023, p. 7.

(96) En estos tres casos, la pregunta a responder es si el Derecho penal puede imponer deberes de colaboración con la Administración de Justicia al sujeto que presenta las características idóneas (*fomus boni iuris*) para asumir, en un momento posterior, la condición procesal de investigado. En mi opinión, es aquí donde puede esgrimirse uno de los argumentos que la jurisprudencia utiliza para apuntalar la doctrina del autoencubrimiento impune, a saber, la posible vulneración del principio *nemo tenetur*. Si se parte de la concepción restrictiva del mismo asumida por el TC (ceñido a la «declaración verbal» – sobre ello, véase CASTELLVÍ MONSERRAT, C., «¿Están prohibidos los engaños policiales que no se encuentran expresamente permitidos? Infiltraciones policiales, agentes encubiertos y derechos fundamentales», en *Política Criminal*, vol. 17, n. 33, 2022, pp. 186 ss., en especial p. 190, n. 76), no parecen existir razones que hagan pensar que legislador tenga vetado imponer estos deberes, pese a que su cumplimiento comporte un menoscabo del derecho a la no autoincriminación en un sentido amplio.

(97) STS 949/2016, de 15 de diciembre (ponente Pablo Llarena Conde) [ECLI: ES: TS:2016:5501].

asegurar su éxito deberá relacionarse con el «perfil profesional» del sujeto que oferta sus servicios delictivos. Esta característica es notable en el ámbito de la ciberdelincuencia, debido a la alta especialización necesaria para efectuar conductas delictivas que dependen directamente del uso de las especificaciones técnicas de una computadora. En este ámbito, se suele recurrir a la palabra *hacker* para señalar a la persona adecuadamente capacitada dados sus conocimientos sobre *software*, *hardware* o redes(98).

En los casos de delitos contra las personas, el aseguramiento de la consumación del delito por parte del mandatario se asentará generalmente en un análisis detallado de la conducta de la víctima, los lugares que suele frecuentar, sus hábitos y costumbres. Esta planificación estará destinada a evitar cualquier forma de frustración de la realización típica, lo que se proyectará generalmente en el carácter alevoso de la conducta ejecutiva. Esta situación plantea un problema concursal entre los artículos 22.1.^a y 3.^a CP(99). Una primera opción pasa por considerar que, si concurren las demás notas que permiten asegurar la profesionalización del encargo delictivo, el problema se presentará como un concurso de leyes a resolver por el principio de consunción a favor del artículo 22.3.^a CP. Esta solución parece consecuente con el fundamento que sostengo para esta agravante. En efecto, la circunstancia de precio, recompensa o promesa ya tiene en cuenta el hecho de que, habitualmente, la agresión antijurídica fruto de la transacción profesional se realizará de forma alevosa, desarticulando con ello la posibilidad de una reacción defensiva por parte de la víctima. Esta eventualidad es la característica principal que puede ofrecer el sicario, en tanto que experto, al demandante, y es la que produce una mayor conmoción social. Sin embargo, no es menos cierto que, tal y como indicaba, esta circunstancia agravante no solo plantea un peligro presente (un ataque más efectivo frente al bien jurídico, lo que la aproxima a la alevosía), sino también un peligro futuro (la consolidación de este mercado del crimen). Sobre esta premisa, podría entenderse alternativamente que, en los delitos contra la vida, cuando se evidencia de manera expresa esta peligrosidad dual (carácter alevoso del ataque «plus» consolidación de un mercado de la delincuencia dada la

(98) Sobre el concepto de *hacker* desde una perspectiva criminológica, véase CÁMARA ARROYO, S., «Estudios criminológicos contemporáneos (IX): La Cibercriminología y el perfil del ciberdelincuente», en *Derecho y Cambio Social*, n. 60, 2020, pp. 492 ss.

(99) MORALES PRATS, F., *op. cit.*, p. 277, n. 46, remarca este problema con base en una fundamentación de la agravante del artículo 22.1.3.^a CP que atiende a la idea de la profesionalidad.

conurrencia de las otras notas de profesionalidad), debería aplicarse el artículo 139.2 CP (pena del asesinato en su mitad superior). Efectivamente, si todas estas notas de profesionalidad constituyen meros indicios de la existencia de un mercado del crimen, es que pueden darse todas, unas pocas o solo una. Si se dan todas, esto significa que el supuesto responde de manera clara a una transacción profesional frente a bienes personalísimos. Ello merecería, no solo la conversión de homicidio al asesinato (art. 139.1 CP), sino también la aplicación de la mitad superior del marco penológico resultante (art. 139.2 CP).

3. Para explicar el requisito del «carácter económico de la transacción», es menester descifrar antes el significado de los términos utilizados por el Código (precio, recompensa o promesa). Por lo que corresponde al precio, este último debe entenderse como el valor pecuniario con el que se estima la comisión delictiva(100). La reducción del alcance de este concepto al valor dinerario no resulta ajena a la doctrina civilista (*cfr.* arts. 1445 y 1170 CC)(101). Además, esta limitación es coherente con el empleo conjunto de la palabra recompensa. Teniendo en cuenta que este último término puede abrigar cualquier clase de beneficio, sea cual sea su naturaleza(102) (repárese, p.ej., en el empleo de esta palabra en el artículo 263 del Reglamento Penitenciario), es lógico pensar que la palabra precio, a fin de evitar redundancias, se refiere exclusivamente a «dinero o signo que lo represente» (art. 1445 CC). Lejos de lo que pudiera parecer, en términos estrictamente semánticos, esta distinción tiene una gran repercusión práctica. En efecto, así como el precio puede ser previo o posterior al servicio contratado, el término recompensa empuja a pensar en aquellas compensaciones que miran «hacia algo pasado» (uso del prefijo «re-»). Consiguientemente, mientras el precio (dinero o signo equivalente) podría existir de manera previa al delito, la recompensa (entre otros, lo beneficios de naturaleza no dineraria) solo podría entregarse de forma posterior como compensación, justamente, a la comisión del delito. Esta última consideración implica un interrogante añadido, a saber, si el hecho de recompensar a alguien por cometer un delito sin que concurra promesa previa al efecto puede constituir un medio de erosión normativa (inducción). Estos casos, próximos en lo estructural a la clá-

(100) POLAINO NAVARRETE, M., *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, t. II, 2.^a ed., Tecnos, Madrid, 2013, p. 206.

(101) Sobre la relación entre el concepto de precio y las obligaciones pecuniarias, véase LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil. II. Derecho de Obligaciones. Vol. 2. Contratos y cuasicontratos. Delito y cuasidelito*, 5.^a ed., Dykinson, Madrid, 2013, pp. 19 ss.

(102) POLAINO NAVARRETE, M., *op. cit.*, p. 206.

sica institución de la *ratihabitione* como figura análoga al mandato (en un supuesto delictivo: «ratificar» o «aprobar» la comisión del delito de forma posterior), no constituyen, en mi opinión, formas de impulsar el hecho. Y ello por razones obvias: el delito ya se ha realizado, por lo que no puede admitir adhesiones de ulteriores intervinientes. Desde la perspectiva del artículo 22.3.^a CP, dada la utilización de la preposición «mediante», la existencia de una recompensa sin oferta previa no colmaría las exigencias del precepto (lo mismo ocurre desde la perspectiva del artículo 139.1.2.^a CP y el uso de la preposición «por»). En consecuencia, para el caso de las recompensas, de cara a la aplicación de esta agravante, estas solo podrían tenerse en consideración de existir un pacto previo a la comisión del delito (en términos simples, una promesa)(103). De lo contrario, con respecto a la inducción, nos acercaríamos a una suerte de «castigo por sospecha» a falta de un acto motivador previo expreso. La idea es paralela a las críticas que recibe la figura del cohecho pasivo subsiguiente(104).

Finalmente, por promesa debe entenderse un acto de habla compromisorio con el que el hablante se obliga frente al oyente a responder de una determinada manera en caso de que acaezca un suceso futuro. En la medida en que nos movemos en el ámbito de lo prescriptivo(105), este suceso futuro no puede ser otro que la comisión delictiva y su acaecimiento debe depender del destinatario del mensaje. En la filosofía del lenguaje a esta clase de promesas se las denomina actos condicionales directivo-comisivos. Estos últimos se diferencian de los actos condicionales comisivos en la medida en que la acción futura (el objeto de la promesa) está condicionada, no solo al acaecimiento de la condición (en este caso, el delito), sino a que el destinatario del mensaje genere esta misma condición (en lo que aquí concierne, que cometa el delito)(106). Esta acción futura, en coherencia con los otros

(103) Sobre ello, PUENTE SEGURA, L., *op. cit.*, p. 504. Igualmente, la reciente STS 278/2014, de 2 de abril (ponente Miguel Colmenero Menéndez de Luarca) [ECLI:ES:TS:2014:1817]: «es necesario que el precio influya de forma relevante en la decisión del autor. No es preciso que materialmente se realice la entrega con anterioridad al hecho, pues la agravante contempla las distintas opciones expresadas con los términos precio, recompensa o promesa, lo que incluye actos de remuneración o retribución posteriores a los hechos, pero debe existir un pacto previo a los mismos en ese sentido, de manera que el precio, la recompensa o la promesa incidan decisivamente en la ejecución de la conducta, aunque no es imprescindible que constituyan la única razón».

(104) Por todos NAVARRO CARDOSO, F., «Cohecho pasivo subsiguiente o por recompensa», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.18, 2016, pp. 19, 37.

(105) JOERDEN, J., *op. cit.*, p. 122, n. 99

(106) Sobre ello, BLANCO SALGUEIRO, A., «Promises, threats, and the foundations of speech act theory», *Pragmatics*, vol. 20, n. 2, 2010, pp. 217 y ss. Por lo tanto,

dos términos, podrá consistir en un precio o en una recompensa(107). Sin embargo, considero conveniente reducir el alcance de estos medios de inducción a los que presentan un carácter estrictamente económico (esto es, a las promesas de precio). Esta reducción es similar a la que efectúa la doctrina mayoritaria(108), aunque no se apega a las razones que esta última esgrima. Así pues, algunos autores consideran que solo el beneficio económico permite imputar al motivo del autor el significado de abyecto o infame(109). Otros autores, por su parte, entienden que una promesa dineraria es más peligrosa *in abstracto*(110), sin que ello los lleve a discriminar entre las múltiples situaciones en las que se puede dar este compromiso(111). En mi opinión, la reducción del alcance del precio, recompensa o promesa a un

«roba el *pendrive* de A y te ascenderé» (acto condicional directivo-comisivo), constitutivo de promesa a los efectos del artículo 22.3.^a CP, debe diferenciarse de «si robas el *pendrive* de A y me toca la lotería, te daré una parte» (acto condicional comisivo; como mínimo, parcial).

(107) POLAINO NAVARRETE, M., *op. cit.*, p. 206.

(108) QUINTERO OLIVARES, 2015, p. 383; CARBONELL MATEU, J. C., «Homicidio y sus formas (II): asesinato», en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (coord.), *Derecho penal. Parte especial*, 8.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 62; MUÑOZ CUESTA, J., «Precio, recompensa o promesa», en EL MISMO (coord.), *Las circunstancias agravantes en el Código penal de 1995*, Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 100; GARCÍA VALDÉS, C., «La circunstancia agravante de precio, recompensa o promesa», en PÉREZ MACHÍO, A. I./DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. (Dirs.), *Contra la política criminal de tolerancia cero, Libro-homenaje al Prof. Dr. Ignacio Muñagorri Laguía*, Civitas, Navarra, 2021, p. 357; DE VICENTE MARTÍNEZ, R. *op. cit.*, p. 412.

(109) Sin embargo, en lo que a la circunstancia del artículo 22.3.^a CP se refiere, del sentido literal del código no es deducible una gradación de la naturaleza abyecta de los motivos como si ocurre con los motivos discriminatorios del artículo 22.4.^a CP (en realidad, no es deducible ni que aquel precepto se refiera a los motivos abyectos, tal y como he puesto en entredicho al compararlo con el § 211 (2) StGB y el término codicia).

(110) No obstante, recuérdese que, si se dirige al sujeto adecuado, cualquier promesa, sea cual sea su contenido, constituirá siempre una forma idónea de debilitar el carácter aflicto de una norma de conducta. P.ej., quien promete a otro pagar el importe de la pena de multa que pudiera imponérsele como consecuencia de la comisión del delito solicitado en ningún caso está ofreciendo un beneficio económico al futuro autor, sino que anula el impacto aflictivo producido por la conminación de ese mal hipotético en forma de menoscabo patrimonial (sobre ello, COCA VILA, I., «La pena de multa en serio. Reflexiones sobre su dimensión y aseguramiento aflictivos a través del delito de quebrantamiento de condena (art. 468 CP)», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, n. 3, 2021, pp. 76 ss.). Es insostenible considerar que, en términos abstractos, esta promesa entraña menos peligrosidad que una promesa de contenido económico planteada a un sujeto aleatorio.

(111) P.ej., si A quiere robar el libro antiguo que guarda B sin «ensuciarse las manos» puede, desde prometer a un jovenzuelo de su barrio diez euros a cambio de hacerlo, hasta contratar a un ladrón profesional.

carácter económico surge de la idea de que esta naturaleza constituye una señal poderosa de que el mandante se dirige a un sujeto profesionalizado. No niego que se pueda contratar a un sicario a cambio de una cosa no dineraria(112), pero la existencia de un monto económico, en tanto que medio de pago de uso común, evidencia la objetividad de la relación entre ambos sujetos y, por ende, enfatiza el anonimato(113). En definitiva, uno de los indicios más relevantes de la profesionalización aparecerá cuando el inductor se haya valido de precio o promesa de precio, descartando que la recompensa o la promesa de recompensa puedan colmar las exigencias de la fundamentación antedicha. En cuanto a la recompensa, porque esta última siempre será posterior a la comisión delictiva y no puede fundamentar un supuesto de «inducción por sospecha». En lo que a la promesa de recompensa se refiere, porque, salvo prueba en contrario, no constituirá un medio de contratación delincencial.

4. La última nota indiciaria de profesionalidad es la «pertenencia del inducido a un grupo u organización criminal». En efecto, la mayor capacidad se presentará en aquellos casos en los que dos o más personas efectúen un reparto de tareas a la hora de ejecutar el delito, lo que agilizará su comisión. En los casos de delitos contra la vida, este signo de profesionalidad implica un problema de interrelación entre los arts. 139.1.2.^a y 140.1.3.^a CP. Así pues, si el intérprete utiliza la pertenencia del inducido a un grupo u organización criminal para apuntalar la conversión del homicidio en asesinato (art. 139.1.2.^a CP), cabe plantearse qué hacer con un precepto que posibilita transformar este asesinato básico en uno de cualificado, justamente, por la misma razón (art. 140.1.3.^a CP). Para superar un problema de doble incriminación, en estos casos, entiendo que solo podría aplicarse el artículo 139.1.2.^a CP y dejar de lado la circunstancia del asesinato hiperagravado por pertenencia a grupo u organización criminal. En efecto, si esta tesis se ha tenido en consideración para sostener la transformación del homicidio en asesinato, no puede volver a plantearse en lo que al asesinato cualificado se refiere. Mucho menos, si la existencia de las demás notas de profesionalidad ha motivado la aplicación del artículo 139.2 CP (véase *supra* el punto 2). De esta forma, el artículo 140.1.3.^a CP solo podría aplicarse en aquellos supuestos en los que la pertenencia del asesino a un grupo u organización criminal no haya implicado ninguna transacción comercial dirigida a contratar la muerte de una persona por parte de un tercero. P.ej., si A paga dinero

(112) P.ej., un favor sexual.

(113) Una característica que también podrían presentar, p. ej., unas acciones en criptomonedas.

a B, integrante de un grupo criminal, para que mate a C: asesinato ex artículo 139.2.^a CP sin posibilidad de plantearse la hiperagravación. Sin embargo, si S, integrante de un grupo criminal, mata alevosamente a Z de tal forma que esta muerte puede conectarse funcionalmente con la pertenencia de S al grupo (p.ej., Z es miembro de una banda rival): asesinato ex artículo 139.1.^a CP «plus» posibilidad de transformarlo en asesinato cualificado ex artículo 140.1.3.^a CP por la integración de Z a un grupo u organización criminal.

El problema se incrementa, no obstante, en fenómenos criminales ajenos al ámbito de los delitos contra las personas. En tanto que precepto de aplicación general, el artículo 22.3.^a CP podría *a priori* subsumir, decía, cualquier comisión delictiva fruto de una comunidad «inductor-inducido» (delitos de corrupción, tráfico de drogas, tráfico de órganos, ciberdelincuencia, etc.). Y si la fundamentación de la circunstancia se entiende referida a la consolidación de un mercado de la delincuencia como forma de evitar la profesionalización de esta última, surge la duda de cómo compatibilizar aquella con toda la legislación referente a grupos y organizaciones criminales. P.ej., el artículo 369 *bis* CP agrava la pena que merecen los actos de tráfico de drogas cuando estos «se hayan realizado por quienes pertenecieren a una organización delictiva». Más allá de este caso específico, a los demás delitos les podrían ser aplicables los arts. 570 *bis* CP, cuando su autor pertenece a una organización criminal, y el artículo 570 *ter* CP, en caso de grupo criminal (en ambos casos, cuando exista una comunidad de dos o más personas). Como indica Llobet Anglís, «dichas organizaciones multiplican cuantitativamente la potencialidad lesiva de las distintas conductas delictivas llevadas a cabo en su seno y cualitativamente generan procedimientos a asegurar la impunidad de sus actividades y la ocultación de los rendimientos de aquellas. De este modo, la seguridad jurídica, la vigencia efectiva del principio de legalidad y los derechos y las libertades de los ciudadanos constituyen objetivos directos de su acción destructiva»(114). Repárese en que esta fundamentación es, sino idéntica, muy parecida a la que he utilizado para apuntalar el artículo 22.3.^a CP. Así pues, si alguien comete un delito evidenciando la profesionalidad que persigue este precepto a través de su pertenencia a un grupo u organización criminal, lo más adecuado sería castigarle por el delito cometido en concurso real con un delito de los arts. 570 *bis* o *ter* CP, según corresponda. No niego que esta conclusión podría afectar a la fundamentación aquí defen-

(114) LLOBET ANGLÍ, M. «Delitos contra el orden público», en Ragués i Vallès, R./Silva Sánchez, J. M. (dirs.), *Lecciones de Derecho Penal: parte especial*, Barcelona, 2023, p. 474.

dida; como mínimo, si una de las notas de profesionalidad sobre la que se sostiene su aplicación es, justamente, la pertenencia del sujeto a un grupo de estas características. En realidad, esto es indicativo de la más que dudable actualidad del artículo 22.3.^a CP en la sistemática actual del Código penal. Valga por el momento esta mención que retomaré más detalladamente en las reflexiones finales.

2. Comunicabilidad de la circunstancia agravante

El ámbito subjetivo de aplicación de esta circunstancia es el último elemento de análisis. Este punto es el que más ha centrado la discusión doctrinal sobre el artículo 22.3.^a CP(115). A mi parecer, el problema puede dividirse en dos niveles, uno conceptual o general y otro formal o concreto. En el estrato conceptual es preciso determinar si, con base en el fundamento que se le otorgue a la agravante, es posible entender que esta puede afectar a ambos intervinientes, tanto a quien ejecuta el delito como a quien lo induce. Por lo general, quienes consideran que la circunstancia tiene una naturaleza subjetiva suelen concluir que esta solo puede aplicarse al ejecutor del delito, pues solo él realiza el injusto con base en esta especial motivación(116). Por el contrario, quienes le otorgan una naturaleza más objetiva, concluyen lo contrario(117). En cuanto al nivel formal, es necesario analizar si esta conclusión conceptual es proyectable en el texto de la ley a fin de evitar, o bien una analogía *in malam partem*, o bien una interpretación *contra legem*. En este punto es donde debe analizarse la relevancia del uso de la preposición «mediante» (art. 22.3.^a CP) y el relacionante «por» (art. 139.1.2.^a CP), así como la utilización de la fórmula «ejecutar el hecho».

La respuesta en un nivel conceptual requiere desvelar un interrogante previo, a saber, la relación entre las circunstancias agravantes con el fenómeno de la intervención delictiva. Sin embargo, no entraré a efectuar un análisis dogmático detallado de la cuestión. A estos efectos, sirva la interpretación más ceñida a la literalidad del artículo 65 CP: las circunstancias de naturaleza personal solo pueden afectar a aquellos intervinientes en quienes concurren; las de naturaleza objetiva, a aquellos que hayan tenido conocimiento de su concurrencia en

(115) Sobre la evolución de la cuestión en la jurisprudencia, véase ORTEGA MATESANZ, A., *op. cit.*, pp. 25 ss.

(116) Por todos, QUINTERO OLIVARES, G. *Parte general, del Derecho penal*, 5.^a ed., Aranzadi, Navarra, 2015, p. 369.

(117) Aunque con reservas desde una perspectiva *de lege lata*, MIR PUIG, S., *op. cit.*, p. 638.

el momento de su conducta de intervención. Dicho esto, ¿qué tipo de naturaleza presenta la circunstancia agravante del artículo 22.1.3.^a con base en la fundamentación aquí defendida? Aunque no niego que precio, recompensa o promesa constituyan motivos de la acción delictiva, cierto es que también he considerado que estos motivos pueden manifestarse en el hecho a modo de circunstancias fácticas que otorgan al suceso delictivo una dimensión (comunicativa, de significado, de peligrosidad, etc.) adicional a la que presentaría este de ceñirse a los elementos objetivos del tipo penal correspondiente. En efecto, como remarca Molina Fernández, lo importante es la «exteriorización de un componente subjetivo que otorga un significado al acto», lo que podrá suceder con independencia de la concurrencia real de este elemento subjetivo(118). Tomando un ejemplo de este mismo autor, si un policía infiltrado en un grupo criminal racista se ve en la tesitura de tener que darle una paliza a alguien por reunir unas determinadas condiciones fenotípicas, protagoniza un hecho que no tiene otro sentido comunicativo que el que pretende captar la circunstancia del artículo 22.4.^a CP (un significado discriminatorio). Entonces, si lo importante es la posibilidad de racionalizar el hecho de cara a terceros como un acontecimiento vinculado a una determinada circunstancia (sea un significado discriminatorio –art. 22.4.^a CP–, sea la existencia de un mercado del crimen subyacente que dota de mayor peligrosidad a la conducta y al que, a su vez, se consolida –art. 22.3.^a CP–), a la agravante de precio, recompensa o promesa se la puede dotar de una naturaleza eminentemente objetiva.

Sobre esta premisa y en atención al artículo 65.2 CP, puede ofrecerse una respuesta afirmativa a la posibilidad de aplicar la circunstancia a ambos intervinientes. En tanto que la doble peligrosidad inherente a la agravante del artículo 22.3.^a CP trasciende en el hecho como signo de que el delito cometido responde a una profesionalización de la delincuencia a la que consolida, mientras cada uno de los intervinientes conozca la concurrencia de esta circunstancia, le será igualmente imputable. No obstante, la idea puede reforzarse (de nuevo, a un nivel conceptual o general) precisando en qué medida ambos sujetos guardan relación con la circunstancia de precio, recompensa o promesa. Si entendemos, como acabo de indicar, que esta agravante implica una doble peligrosidad (presente y futura), las cosas pueden observarse de la siguiente manera. Por la parte del inductor, su contribución a esta dimensión de peligro se remarca con la demanda del servicio criminal, la cual dota de sentido a la oferta del producto.

(118) MOLINA FERNÁNDEZ, F., *op. cit.*, p. 842. También, DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., *op. cit.*, p. 155: «[c]abe comunicar un mensaje sin intención de hacerlo».

Frente a quienes consideran que esta conclusión implicaría la prohibición de doble incriminación(119) atendiendo a que el mecanismo motivacional que ha utilizado el inductor ha consistido, precisamente, en precio, recompensa o promesa puede oponerse lo siguiente: el artículo 22.3.^a CP no castiga al inductor por ser inductor (para ello existe el artículo 28 CP), sino por haberse servido de una vía más rápida y efectiva para cristalizar su resolución delictiva, a saber, un mercado de la delincuencia cuya peligrosidad abstracta se encarga de orientar hacia un bien jurídico determinado. Por la parte del inducido, su aportación a la profesionalización se evidencia con la puesta a disposición de sus competencias, capacidades y conocimientos especiales al servicio de un mandato delictivo.

Sin embargo, una cosa es la viabilidad conceptual de una proposición dogmática y otra cosa es la posibilidad de proyectarla en el texto de la ley. En este punto, debo adentrarme en el que he denominado como nivel formal o concreto. En lo que al inducido se refiere, no hay ningún problema semántico para entenderlo comprendido en los límites textuales de los artículos 22.3.^a y 139.1.2.^a CP. La controversia reside en la figura del inductor. El primer precepto nos presenta la siguiente composición: «ejecutar el hecho mediante precio, recompensa o promesa». La utilización de la preposición «mediante», en contra de lo que considera parte de la doctrina, no es el problema principal: si la palabra se entiende «con la ayuda de», es evidente que el inductor se ha valido de precio, promesa o recompensa para efectuar su comportamiento. El problema, no obstante, se encuentra en el uso de la expresión «ejecutar el hecho» en tanto que objeto de este mismo comportamiento. Un asunto cuya complicación se incrementa cuando se repara que el Código penal de 1995 modificó el uso histórico de la locución «cometer el delito» (p.ej., arts. 10.3.^a CP de 1848; 10.1.2.^a CP de 1870; 10.1.2.^a CP de 1973). Si asumimos que el inductor, en tanto que interviniente vinculado a las conductas de motivación, no se relaciona con la ejecución del delito, no cabe más remedio que concluir que, a un nivel legal, la circunstancia solo sería aplicable al autor/ ejecutor del hecho. La respuesta en el nivel del artículo 139.1.2.^a CP es, en mi opinión, más sencilla. El continente semántico del precepto puede proyectarse en la siguiente oración «matar a otro por precio, recompensa o promesa». En cuanto al uso de la preposición «por», valgan las consideraciones vertidas *supra* en relación con la palabra

(119) Sobre las diferentes posturas jurisprudenciales, véase ORTEGA MATE-SANZ, A., *op. cit.*, pp. 34 ss. La falta de una respuesta unificada la expresa la STS 268/2012, de 12 de marzo (ponente Julián Artemio Sánchez Melgar) [ECLI: ES: TS:2012:2558].

«mediante». Dicho esto, si se considera que cualquier partícipe realiza asimismo el tipo de la Parte Especial(120), no hay ningún inconveniente en considerar que también el inductor «mata a otro».

V. RECAPITULACIÓN Y REFLEXIONES FINALES

A modo de recapitulación general, sirva el siguiente orden esquemático:

1. La comisión de un delito por/mediante precio, recompensa o promesa supone hacerlo con base en una determinada motivación. Sin embargo, estos motivos del autor no deben entenderse necesariamente como elementos subjetivos que proyectan un determinado ánimo reprochable. Así pues, las razones sobre las que se comete un delito pueden trascender en el hecho como circunstancias fácticas que otorgan a este último una dimensión de significado adicional. Esta trascendencia en el hecho se efectuará cuando el suceso presente de cara a terceros aquellos elementos que presupongan esta dimensión de sentido agregada. P.ej., en el caso del artículo 22.4.^a CP, lo que inquieta al Código es que el hecho delictivo tenga una vinculación intrínseca con las características concretas (fenotípicas, de género, religiosas, etc.) del sujeto afectado, lo que permite atribuirle a aquel una dimensión de expresividad discriminatoria. Si esta vinculación se manifiesta en el hecho (p.ej., se mata a un anabaptista al grito de «¡muere hereje!»), concurrirá el presupuesto (fáctico) para confirmar que este hecho comunica, precisamente, aquel «plus» de significado que el artículo 22.4.^a CP desaprueba (se ha matado a alguien por profesar una determinada doctrina de fe). Por el contrario, si el hecho no puede comunicar esta vinculación, por mucho que su autor lo haya realizado empujado por esos motivos discriminatorios, no expresará nada más allá de lo que comunica cualquier suceso que corresponda al tipo penal realizado (p.ej., en el caso del artículo 138 CP, se ha matado a otro). En lo que a la circunstancia del artículo 22.3.^a CP se refiere, es necesario relacionar la comisión delictiva con la existencia de un precio, una promesa o una recompensa en tanto que motores internos de su cristalización externa. Una vez realizada esta vinculación, cabrá preguntarse qué añade a un hecho típico básico esta circunstancia adicional.

(120) ROBLES PLANAS, R., «La estructura de la intervención delictiva», en *Política Criminal*, vol. 15, n. 30, 2020, pp. 997 ss.

2. Precio, recompensa o promesa constituyen medios de motivación delictiva con los que un sujeto (en principio, el inductor) puede impulsar la plasmación de la puesta en peligro o lesión del bien jurídico protegido por el tipo a través de la conducta ejecutiva de otro sujeto (en principio, el autor). La identificación de esta tríada de posibilidades como mecanismos de inducción nace de una concepción restrictiva de esta forma de participación. En una sociedad que reconoce la libertad comunicativa, solo aquellos mensajes motivacionales especialmente relevantes deben captar la atención del Derecho penal. Esta especial relevancia surgirá cuando la motivación al delito se asegure con instrumentos equiparados en fuerza a los que utiliza la norma de conducta para dirigir el comportamiento de sus destinatarios (razones morales y prudenciales). Solo en estos casos puede reconocerse una perturbación comunicativa intolerable para aquel ordenamiento jurídico que quiera proteger los mecanismos motivacionales de los que se vale para realizar su programa de protección de bienes jurídicos. Esta perturbación debe relacionarse con el criterio de la «imagen especular», de tal forma que un mensaje motivador solo merecerá pena cuando constituya una erosión destacable, o bien de la conminación penal (amenaza, promesa, recompensa, precio), o bien del sistema de valores subyacente a la norma (ascendencia moral, contextos grupales ajenos al Derecho).

3. La característica principal de precio, recompensa o promesa en contraposición a los demás mecanismos de la inducción reside en que constituyen medios comunes de contratación delincencial. En efecto, si hay algo que esta circunstancia puede añadir a un hecho delictivo es la posibilidad de enmarcarlo en un contexto profesional. Por lo tanto, la dimensión adicional que agrega esta agravante a la comisión de un tipo básico debe relacionarse con la consolidación de un modelo de oferta y demanda criminal. Esto ocurrirá cuando un suceso antijurídico pueda racionalizarse de cara a terceros, no solo como un hecho vinculado a un precio, recompensa o promesa, sino como el fruto de un mandato delincencial dirigido a un sujeto profesionalizado. Un ordenamiento jurídico que quiera evitar estratos sociales de ajenidad con respecto a sus normas y garantizar la indemnidad de los bienes jurídicos que protege frente a formas de agresión más competentes, debe castigar en mayor medida un delito cuando presente esta dimensión de profesionalidad adicional. Ciertamente, esta característica implica una doble peligrosidad para el bien jurídico. En primer lugar, un peligro presente, en la medida en que el delito responderá a un plan preformado como signo de la capacidad especial del mandatario en la comisión del delito que corresponda. En segundo lugar, un peligro

futuro, pues la contratación del profesional consolidará un mercado del crimen del que cualquier inductor futuro podrá valerse para llevar a la práctica su resolución delictiva de forma efectiva y rápida.

4. Atendiendo al hecho de que el artículo 22.1.3.^a CP no limita su ámbito de aplicación a los delitos contra las personas, la circunstancia agravante de precio, recompensa o promesa puede aplicarse a cualquier suceso delictivo, sea cual sea su naturaleza, siempre y cuando presente los siguientes caracteres. En primer lugar, es necesario que el delito constituya el producto de una comunidad delictiva «inductor-inducido», en la que un sujeto (inductor) se aprovecha de la profesionalidad ofrecida por un tercero (inducido). Consiguientemente, en segundo lugar, es menester que el hecho delictivo pueda visualizarse como una manifestación del fenómeno al que quiere enfrentarse la circunstancia agravante antedicha. En mi opinión, esto último ocurrirá cuando el suceso antijurídico presente ciertas notas de profesionalidad en tanto que indicios que permiten apuntalar la decisión del intérprete sobre el carácter profesional de la comisión delictiva. Estas señales las extraigo de las características comunes que presentan algunos casos de sicarios resueltos por el Tribunal Supremo y de los estudios sobre prácticas criminales profesionalizadas (principalmente, la ciberdelincuencia y el tráfico de drogas). Las notas que propongo son: (i) la existencia de un anonimato que repercute en una ocultación del hecho de cara a las autoridades, (ii) la preformación del plan delictivo de cara al aseguramiento de su consumación, (iii) el carácter económico de la transacción, lo que me permite reducir el alcance de la agravante a los casos del precio y la promesa de precio y (iv) la pertenencia del profesional a un grupo u organización criminal.

5. En un nivel conceptual-general, la circunstancia agravante podría aplicarse tanto al inductor como al inducido. Esta idea se asienta sobre dos premisas. En primer lugar, la circunstancia, pese a relacionarse con la motivación del autor, presenta una naturaleza objetiva en tanto que forma de vincular el hecho delictivo con un precio, recompensa o promesa como motores de su cristalización externa. Esta vinculación debe resaltar que el delito se ha cometido como consecuencia de un mandato dirigido a un sujeto profesionalizado. En segundo lugar, a la peligrosidad del fenómeno que subyace a la agravante (profesionalización de la delincuencia), contribuyen ambos sujetos: el inductor, en tanto que demandante que permite dotar de sentido a la oferta del producto, valiéndose a estos efectos de una vía rápida hacia la consumación del delito y asegurando a futuro el mercado; el inducido, en tanto que sujeto que ofrece su especial capacidad de cara al aseguramiento de la comisión delictiva. En un nivel formal-

especial, esta posibilidad conceptual debe contrastarse con la literalidad de los arts. 22.3.^a 139.1.2.^a CP.

La revisión de esta circunstancia agravante permite advertir cierta desactualización por parte del Código penal. A mi entender, el proceso de codificación inauguró una especie de inercia legislativa en la que la producción de las leyes penales ha estado sometida a los sesgos estructurales y de ordenación que han ido presentado los Códigos preterritos. Si bien la Parte Especial varía sustancialmente, los esquemas de la Parte General (eximentes, atenuantes, agravantes, autoría y participación, etc.) siguen manteniendo una composición prácticamente idéntica a la del siglo XIX. Esto mismo sucede con la agravante de precio, recompensa o promesa. Siendo claro: el legislador ha mantenido una circunstancia que, fundamentada como creo que debe ser fundamentada, se solapa con los mecanismos modernos de lucha contra la profesionalización de la delincuencia. Frente a la tentación que algunos podrían tener de cobijarse como alternativa bajo la expresión del ánimo despreciable (en la configuración dogmática que se prefiere), no solo debo remitirme a los argumentos en su contra que esgrimía *ad supra*, sino al hecho de que la fundamentación aquí defendida considero que es la más adecuada tanto al sentido histórico de la agravante como al contexto de un Derecho penal que encuentra su razón de ser en la protección de bienes jurídicos frente a peligros reales. Sea como fuere, una visión menos complaciente con la legislación nos tendría que hacer reflexionar sobre la conveniencia político-criminal de mantener la circunstancia del artículo 22.3.^o CP. Una percepción que se confirma cuando se repara en la existencia de otras instituciones que podrían subsumir parcelas vinculadas al problema de la delincuencia profesionalizada (y que, si se prefiere, también podrían reconducirse a la idea de los motivos reprochables): la alevosía ex artículo 22.1.^a CP, toda la legislación referente a los grupos y organizaciones criminales (arts. 570 *ter* ss. CP), la regulación de los ciberdelitos [*cfr.* arts. 197.2 y 6 –que eleva la pena cuando el delito se comete con «fines lucrativos»– 249.1.a) y 2.a) CP], la conexión del tráfico de drogas con el fenómeno de la profesionalización (art. 369 *bis* CP), la regulación del blanqueo de capitales (arts. 301 ss. CP) o, para quien se lo preguntara, la vinculación del tráfico de órganos con la eventualidad de solicitar o recibir «dádiva o retribución de cualquier clase» o de aceptar «ofrecimiento o promesa» [art. 156 *bis* a) 3.^a CP]. El vestido dogmático con el que he ataviado esta institución permite vislumbrar la más que dudable actualidad de un vestigio histórico que parece que se encuentra totalmente superado por la legislación contemporánea.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., «Asesinato», en EL MISMO/VENTURA PÜSCHEL, A. (Coords.): *Tratado de Derecho penal español: parte especial (I). Delitos contra las personas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 167-244.
- AMELUNG, K., «Die Anstiftung als korrumpierende Aufforderung zu strafbedrohlichem Verhüten», en HOYER, A./MÜLLER, H. E./PAWLIK, M./WOLTER, J. (Eds.), *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag*, C. F. Müller, Heidelberg, 2006, pp. 147-178.
- ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal*, Akal, Madrid, 1986.
- BALDÓ LAVILLA, F., «Algunos aspectos conceptuales de la inducción (A propósito de la STS de 24 de junio de 1987, ponente Días Palos)», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1989, pp. 1091-1124.
- BAUNACK, M., *Grenzfragen der strafrechtliche Beihilfe unter besonderer Berücksichtigung der sogenannten psychischen Beihilfe*, Duncker & Humblot, Berlín, 1999.
- BLACKMAN, S., «Subculture Theory: An Historical and Contemporary Assessments of the Concept for Understanding Deviance», en *Deviant Behavior*, vol. 35, n. 6, 2014, pp. 496-512.
- BLANCO SALGUEIRO, A., «Promises, threats, and the foundations of speech act theory», en *Pragmatics*, vol. 20, n. 2, 2010, pp. 213-228.
- BLEI, H., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 18.ª ed., C. H. Beck, Múnich, 1983.
- BUSTOS RAMÍREZ, J. J./HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Trotta, Madrid, 2006.
- CÁMARA ARROYO, S., «Estudios criminológicos contemporáneos (IX): La Cibercriminología y el perfil del ciberdelincuente», en *Derecho y Cambio Social*, n. 60, 2020, pp. 470-512.
- CARBONELL MATEU, J. C., «Homicidio y sus formas (II): asesinato», en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (coord.), *Derecho penal. Parte especial*, 8.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 73-89.
- CASTELLVÍ MONSERRAT, C., «¿Están prohibidos los engaños policiales que no se encuentran expresamente permitidos? Infiltraciones policiales, agentes encubiertos y derechos fundamentales», en *Política Criminal*, vol. 17, n. 33, 2022, pp. 173-198.
- CLOUD, J. D., «The Primary Purpose of the lex Cornelia de sicariis», en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung*, n. 86, 1969, pp. 258-286.
- COCA VILA, I., «La pena de multa en serio. Reflexiones sobre su dimensión y aseguramiento aflictivos a través del delito de quebrantamiento de condena (art. 468 CP)», en *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, n. 3, 2021, pp. 69-99.
- CUELLO CALÓN, E., *Derecho Penal. Parte General*, t. I, Bosch, Barcelona, 1975.

- DE VICENTE MARTÍNEZ, R., «Circunstancias de la responsabilidad penal», en DEMETRIO CRESPO, E. (Coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal. T. II. Teoría del delito*, 2.^a ed., Iustel, Madrid, 2015, pp. 373-404.
- DÍAZ LÓPEZ, J. A., *El odio discriminatorio como agravante penal. Sentido y alcance del artículo 22.4.ª CP*, 2014, Civitas, Madrid.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «Las circunstancias agravantes de abuso de superioridad, disfraz y aprovechamiento de otras circunstancias. Un estudio jurisprudencial», en *La Ley Penal*, n. 83, 2011, pp. 87-94.
- «Delitos cometidos por motivos discriminatorios. Una aproximación desde los criterios de legitimación de la pena», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 57, n. 1, 2004, pp. 143-176.
- ESQUINAS VALVERDE, P., «El homicidio y sus formas», en LA MISMA (Coord.)/ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B. (Dir.), *Lecciones de Derecho penal: Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 55-76.
- FERNÁNDEZ ALBOR, A., *Homicidio y asesinato*, Montecorvo, Madrid, 1965.
- GARCÍA ARÁN, M., *Los criterios de determinación de la pena en derecho español*, Universidad de Barcelona, Barcelona, 1982.
- GARCÍA DE LA TORRE, H., *La tentativa y el nacimiento de la ciencia penal europea. Bases para una reconstrucción contemporánea*, tesis inédita, 2020, Barcelona.
- GARCÍA PLANAS, G., «Nociones acerca de la agravante de disfraz en la jurisprudencia del tribunal supremo», en *Estudios penales y criminológicos*, vol. 22, 1999-2000, pp. 32-54.
- GARCÍA VALDÉS, C., «La circunstancia agravante de precio, recompensa o promesa», en PÉREZ MACHÍO, A. I./DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. (Dirs.), *Contra la política criminal de tolerancia cero, Libro-homenaje al Prof. Dr. Ignacio Muñagorri Laguía*, Civitas, Navarra, 2021, pp. 353-365.
- GARROCHO SALCEDO, A., «El asesinato de personas constitucionalmente indefensas: una propuesta para una interpretación razonable del artículo 140.1.1.ª del Código penal español», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2024, pp. 1-28.
- GÓMEZ RIVERO, C., *La inducción a cometer el delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- GONZÁLEZ ROMANILLO, J. A., *Autoría y participación en el Derecho criminal romano. Un estudio sobre la instigación al delito*, J. M. Bosch, Barcelona, 2021.
- GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A., *El Código Penal de 1870, concordado y comentado*, t. I, Timoteo Arnaiz, Burgos, 1870.
- JOERDEN, J., *Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs*, Duncker & Humblot, Berlín, 1988.
- KELKER, B., *Zur Legitimität von Gesinnungsmerkmalen im Strafrecht. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, Vittorio Klostermann, Frankfurt, 2007.

- KEMP, S., *Las Ciberestafas: Tendencias, Infractores, Víctimas y Prevención*, Atelier, Barcelona, 2024.
- KRETSCHMER, J., «Welchen Einfluss hat die Lehre der objektiven Zurechnung auf das Teilnahmeunrecht?», en *Juristische Ausbildung*, n. 4, 2008, pp. 265-271.
- KREUZBERG, B., *Täterschaft und Teilnahme als Handlungsunrechtstypen: Zugleich ein Beitrag zur allgemeinen Verhaltensnormlehre*, Duncker & Humblot, Berlín, 2019.
- KÜHL, K., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 7.^a ed., Vahlen Jura, Múnich, 2012.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil. II. Derecho de Obligaciones. Vol. 2. Contratos y cuasicontratos. Delito y cuasidelito*, 5.^a ed., Dykinson, Madrid, 2013.
- LLOBET ANGLÍ, M., «Delitos contra el orden público», en RAGUÉS I VALLÈS, R./SILVA SÁNCHEZ, J. M. (dirs.), *Lecciones de Derecho Penal: Parte especial*, Barcelona, 2023, pp. 437-468.
- MARTÍNEZ SANROMÀ, O., «La complicidad psíquica», en *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, n. 4, 2023, pp. 221-260.
- *Motivación e intervención delictiva. Una reestructuración de la «participación psíquica»*, Atelier, Barcelona, 2023.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «La circunstancia agravante de precio, recompensa o promesa», en *Cuadernos de Política Criminal*, n. 19, 1983, pp. 39-74.
- MARTOS NÚÑEZ, J. A., «La circunstancia de precio, recompensa o promesa en el Sistema Penal Español», en *Poder Judicial*, n. 36, 1994, pp. 51-107.
- MASIP DE LA ROSA, L. I., *La alevosía. Su fundamento y análisis desde los fines de la pena*, tesis inédita, Madrid, 2017.
- MIR PUIG, S., *Estado, pena y delito*, BdeF, Buenos Aires-Montevideo, 2013.
- *Derecho Penal. Parte General*, 9.^a ed., Reppertor, Barcelona, 2011.
- MIRÓ ESTRADÉ, J., «El nuevo delito de enriquecimiento ilícito como forma de desobediencia (art. 438 bis CP)», en *La Ley Penal*, n. 161, 2023, pp. 1-10.
- MOLINA FERNÁNDEZ, F., «Autoría y participación delictiva», en EL MISMO (Coord.), *Memento práctico penal*, Francis Lefebvre, Madrid, 2022, núms. margs. 2900-3109.
- *Antijuridicidad y sistema del delito*, 3.^a ed., BdeF, Buenos Aires-Montevideo, 2021.
- «El razonable “regreso” del dolo a la culpabilidad», en SILVA SÁNCHEZ, J. M./QUERALT JIMÉNEZ, J./CORCOY BIDASOLO, M./CASTIÑEIRA PALOU, M. (Coords.), *Estudios de derecho penal: homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, BdeF, Montevideo, 2017, pp. 735-751.
- MORALES PRATS, F., «Las formas agravadas de homicidio: problemas de fundamentación material y cuestiones técnico-jurídicas», en Díez Ripollés, J. L., *Delitos contra la vida y la integridad física*, CGPJ, Madrid, 1995, pp. 255-288.
- MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, 9.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

- MUÑOZ CUESTA, J., «Precio, recompensa o promesa», en EL MISMO (coord.), *Las circunstancias agravantes en el Código penal de 1995*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pp. 99-106.
- MÜSSIG, B., *Mord und Totschlag: Vorüberlegungen zu einem Differenzierungsansatz im Bereich des Tötungsunrechts*, Mohr Siebeck, Colonia, 2005.
- NAVARRO CARDOSO, F., «Cohecho pasivo subsiguiente o por recompensa», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.18, 2016, pp. 1-40.
- OLMEDO CARDENETE, M. D., *La inducción como forma de participación accesoria*, EDESA, Madrid, 1999.
- ORTEGA MATE SANZ, A., «La circunstancia agravante de precio, recompensa o promesa. Principales cuestiones que plantea», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 26, 2024, pp. 1-54.
- PACHECO, J. F., *Estudios de derecho penal: lecciones pronunciadas en el Ateneo de Madrid en 1839 y 1840*, t. II, 2.ª ed., 1854, Madrid.
- PANTALEÓN DÍAZ, M., «¿Vulnera el principio del hecho considerar los móviles abyectos como agravante? El ejemplo de la aporofobia (1)», en *La Ley Penal* 147, n. 147, 2020, pp. 1-10.
- PAWLIK, M., *Confirmación de la norma y equilibrio de la identidad*, Atelier, Barcelona, 2019.
- PEÑARANDA RAMOS, E., «Delitos de odios y Derecho Penal de la Culpabilidad», en DÍAZ LÓPEZ, J. A. (Coord.), *Reflexiones académicas sobre los delitos de odio*, Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia, Madrid, 2021, pp. 7-21.
- PEÑARANDA RAMOS, E., *Estudios sobre el delito de asesinato*, BdeF, Buenos Aires-Montevideo, 2014.
- PERALTA, M., *Motivos reprochables. Una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal*, Marcial Pons, Madrid, 2012.
- PÉREZ ALONSO, E. J./VALVERDE CANO, A. B., «Las circunstancias del delito», en PÉREZ ALONSO, E. J. (Coord.), *Derecho penal. Parte general*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2022, pp. 361-380.
- PÉREZ DEL VALLE, C., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 7.ª ed., Dykinson, Madrid, 2023.
- POLAINO NAVARRETE, M., *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, t. II, 2.ª ed., Tecnos, Madrid, 2013.
- PUNTE SEGURA, L., *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal*, Colex, Madrid, 1997.
- PUPPE, I., «Der objektive Tatbestand der Anstiftung», en *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1984, pp. 101-123.
- QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Comentarios al Código penal*, 2.ª ed., Madrid, 1966.
- QUINTERO OLIVARES, G., *Parte general, del Derecho penal*, 5.ª ed., Aranzadi, Navarra, 2015.

- RAGUÉS I VALLÈS, R., «Conducción de vehículos con consciente desprecio por la vida de los demás y tentativa de homicidio (Comentario a la STS de 25 de octubre de 1999)», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 50, 1997, pp. 787-813.
- ROBLES PLANAS, R., «La estructura de la intervención delictiva», en *Política Criminal*, vol. 15, n. 30, 2020, pp. 993-1007.
- ROCA AGAPITO, L., «Inducción mediante precio y cooperación con el sicario en la muerte del marido. La supuesta función unificadora de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. 15, 2005, pp. 263-306.
- ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General*, t. II, 1.ª ed., Civitas, Navarra, 2014.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., «En los límites de la inducción», en *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, n. 2, 2012, pp. 1-42.
- SANZ DELGADO, E., «La agravante de disfraz», en *La Ley Penal*, n. 6, 2004, pp. 97-111.
- SCHÜNEMANN, B./GRECO, L., *Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch*, 13.ª ed., C. H. Beck, Berlín, 2020.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M., «El Derecho penal es un enano», en *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, n. 2, 2022, p. vii-ix.
- «La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo», en *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, n. 2, 2007, pp. 1-15.
- STEEN, H., *Die Rechtsfigur des omnimodo facturus*, Duncker & Humblot, Berlín, 2011.
- STRATENWERTH, G., «Zur Funktion strafrechtlicher Gesinnungsmerkmale», en WELZEL, H./CONRAD, H./KAUFMANN, A./KAUFMANN, H. (Eds.): *Festschrift für Hellmuth von Weber zum 70. Geburtstag*, Bonn, 1963, pp. 171-191.

PREMIO SUSANA HUERTA DE DERECHO PENAL

Casos difíciles en materia de eutanasia (a la luz de la STC 19/2023, de 22 de marzo)(1)

ANNA RAGA I VIVES

Doctoranda en Derecho. Universitat Jaume I

«Making someone die in a way that others approve, but he believes a horrifying contradiction of this life, is a devastating, odious form of tyranny»

(Dworkin, *Life's dominion*, Harper Collins, London, 1993).

RESUMEN

El trabajo parte del estudio de los fundamentos que han permitido al Tribunal Constitucional desestimar el recurso contra la Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia. Se examina, a partir de la sentencia, por qué ciertas conductas, a pesar de basarse en la libre voluntad del sujeto, siguen siendo sancionadas penalmente. Se plantean también algunos casos difíciles relacionados con el actual artículo 143.4 del Código Penal y se abordan desafíos pendientes, como la restricción que plantea

(1) Este trabajo se basa en la propuesta presentada a la V edición del Premio Susana Huerta de Derecho Penal de la Universidad Complutense de Madrid. Quisiera expresar mi más sincero agradecimiento al tribunal evaluador, integrado por el Dr. Carbonell Mateu (Presidente), el Dr. De la Mata Barranco y la Dra. Larrauri Pijoan, cuyas aportaciones han sido esenciales tanto para la mejora de este texto como para enriquecer mi reflexión sobre el tema. También a mis directores de tesis, la Dra. Cuerda Arnau y el Dr. González Cussac, por su inestimable guía y magisterio en la elaboración de este trabajo que, aunque muy distante de mi tesis doctoral, reviste una especial importancia para mí. Extiendo mi gratitud a todos los compañeros del área de Derecho Penal de la Universitat Jaume I de Castelló, por su constante apoyo.

el Tribunal Constitucional de la eutanasia al origen somático y el tratamiento jurídico-penal de la eutanasia psiquiátrica.

Palabras clave: *eutanasia, límites, suicidio asistido, casos difíciles, eutanasia psiquiátrica, garantías.*

ABSTRACT

This paper begins by studying the grounds on which the Constitutional Court dismissed the appeal against the Organic Law on the Regulation of Euthanasia. It examines based on the ruling, why certain conducts, despite being based on the free will of the subject, continue to be criminally punishable. Some hard cases related to the current article 143.4 of the Penal Code are also raised, and pending challenges are addressed, such as the Constitutional Court's restriction of euthanasia to somatic origin and the legal-penal treatment of psychiatric euthanasia.

Key words: *eutanasia, limits, assisted suicide, hard cases, psychiatric euthanasia, guarantees.*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La STC 19/2023, de 22 de marzo. 3. El artículo 143 del Código penal. 3.1 El fundamento de los límites. 3.2 El reconocimiento del derecho a la eutanasia y el artículo 143.4 del Código penal. 4. Casos difíciles. 4.1 Planteamiento general. 4.2 Omisión del procedimiento legal y el artículo 143.4 del Código penal. 4.3 La controvertida exclusión de la eutanasia psiquiátrica. 4.3.1 El origen somático como límite al derecho a la eutanasia según la STC 19/2023, de 22 de marzo. 4.3.2 El tratamiento jurídico-penal de la eutanasia psiquiátrica. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

La eutanasia, como derecho, se reguló por primera vez en España con la LO 3/2021, de 24 de marzo de regulación de la eutanasia (LORE)(1). Con su reconocimiento, se despenalizó la conducta de

(1) Un estudio completo sobre la LORE puede verse en JUANATEY DORADO, C., CUERDA ARNAU, M. L., «La nuova legge organica che disciplina l'eutanasia volontaria in Spagna», *Diritto penale XXI secolo*, anno XX, núm. 1, 2021, pp. 57-86;

aquel que interviniese en la muerte de otro de acuerdo con el procedimiento que la Ley describe. Dicha normativa, no obstante, fue recurrida ante el TC, órgano este último que, en su primera sentencia sobre la materia, en la STC 19/2023, de 22 de marzo, resolvió avalar íntegramente la constitucionalidad de la Ley(2).

En lo que sigue, se analizará la primera de las sentencias del Alto Tribunal. De ella, se deducirá cuál es el fundamento constitucional de los límites que plantea la LORE. También se indagará en la justificación para que se mantenga el castigo de aquellas conductas que, aunque parten de una libre decisión de la persona, se sitúan al margen del régimen procedimental que establece la Ley. Por último, pese a la regulación y la decisión del Alto Tribunal, todavía hay «casos difíciles» –en el sentido que DWORKIN le da al término(3)– que merecen ser abordados. Entre otros, determinados supuestos en relación con el artículo 143.4 CP y, con la limitación del contexto eutanásico al origen somático, el tratamiento jurídico-penal de la eutanasia psiquiátrica.

2. LA STC 19/2023, DE 22 DE MARZO

La principal duda de constitucionalidad que se alza frente a la LORE es la de si el reconocimiento del derecho a la eutanasia y el suicidio asistido confronta o no con el derecho a la vida. Según razonan los recurrentes, el derecho del artículo 15 CE, el derecho a la vida, tiene carácter absoluto y, en caso de conflicto, siempre se ha de ceder

ROMEO CASABONA, C., «La ley orgánica reguladora de la eutanasia y la adaptación del Código penal», *Rivista di BioDiritto*, núm. 2, 2021, p. 297 y JUANATEY DORADO, C., «Defensa de la Ley de Eutanasia», *Revista de DMD*, núm. 85, 2021, p. 10.

(2) El TC, en la STC 19/2023, de 22 de marzo, resolvió el recurso de inconstitucionalidad presentado por el Grupo Parlamentario Vox. La STC 94/2023, de 13 de septiembre, da respuesta a las objeciones planteadas por Grupo Parlamentario Popular. Además de reiterar su propia doctrina, resuelve dos cuestiones adicionales: si es constitucionalmente legítima la limitación de la objeción de conciencia a personas naturales y, por otro lado, si cabe el recurso jurisdiccional preferente y sumario para la protección de derechos fundamentales en este concreto supuesto. Sobre ambas sentencias, *vid.* CARBONELL MATEU, J. C., «El Tribunal Constitucional proclama el derecho a morir con ayuda», *Revista de DMD*, núm. 90, 2023, pp. 10-16 y RAGA I VIVES, A., «Il trattamento giuridico dell'eutanasia in Spagna, con particolare riferimento alla sentenza del Tribunale costituzionale n. 19 del 23 marzo 2023», *Diritto penale XXI secolo*, núm. 2, 2023, *passim*.

(3) DWORKIN, R., «Hard cases», *Harvard Law Review*, vol. 88, núm. 6, 1975, *passim*.

a su favor(4). Legitiman su posición con expresa invocación a las SSTC 53/1985, de 11 de abril (referida al aborto), 120/1990, de 27 de junio (sobre la alimentación forzosa de presos en una huelga de hambre) y 154/2002, de 28 de julio (en la que se aborda la condena por homicidio a los padres de un menor, todos testigos de Jehová, que no disuaden a su hijo para que reciba una transfusión de sangre)(5).

Ante esta primera y nuclear objeción, el Tribunal niega que el derecho a la vida tenga carácter absoluto y que del artículo 15 CE se derive una prohibición de regular la eutanasia activa directa y el suici-

(4) El recurso de Vox, que es sobre el que pivota la sentencia, presenta una cierta circularidad en sus argumentos: si se admite el derecho a la eutanasia, no solo quedaría extinguida de forma irreparable la vida, sino que también lo harían los demás bienes y derechos constitucionales porque este se presenta como su base fundamental a través del cual se edifica el patrimonio jurídico de una persona. Sobre los recursos, *vid.* RAGA I VIVES, A., «Una lectura constitucional de la LO 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia», *Revista Penal México*, núm. 21, 2022, pp. 22 ss.

(5) Como era de esperar, el Alto Tribunal se refiere a lo largo de su fundamentación jurídica a su propia doctrina porque, en efecto, existen ciertos casos en los que el TC, de forma tangencial, ha abordado cuestiones que colindan con la que es objeto de examen. Sin embargo, no acoge al analizar tan espinosa problemática su doctrina de forma acrítica, sino que aboga por entender que las citas a su jurisprudencia han de atender siempre a las circunstancias que en cada caso se plantearon. Lo que no cabía era deformarla hasta tal punto que lo afirmado en la situación de unos presos del GRAPO en una huelga de hambre, respecto de la sentencia en un recurso sobre el aborto de hace casi cuatro décadas o en los supuestos de rechazo de un menor testigo de Jehová de una trasfusión de sangre por motivos religiosos, pudiera ser trasladado de forma acrítica al presente supuesto. Es más, como señala el Tribunal en la sentencia objeto de examen, las resoluciones citadas desmienten ese carácter absoluto de la vida, aunque *obiter dicta* se pueda desprender de alguna de sus resoluciones algún sustento a su fundamentación (FJ 6.º). De hecho, el TC hubiera tenido la oportunidad de pronunciarse al respecto cuando el por todos conocido Ramón Sampredo, un enfermo aquejado de tetraplejía, que solicitó abiertamente la eutanasia, interpuso un recurso de amparo en el que invocaba su derecho a morir dignamente con intervención de terceros. No obstante, antes de que el TC pudiera pronunciarse sobre tan trascendente asunto, ocurrió el deceso del sujeto y el Tribunal declaró extinguido el procedimiento (ATC 242/1998, de 11 de noviembre). Tampoco fue admitida la demanda de su heredera, Manuela Sanles (STEDH Sanles Sanles c. España, de 26 de octubre 2000). Un exhaustivo análisis sobre las sentencias puede verse en JUANATEY DORADO, C., *Derecho, suicidio y eutanasia*, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1994, pp. 360 ss.; TÓMAS-VALIENTE LANUZA, C., *La disponibilidad de la vida desde la perspectiva constitucional*, Boletín Oficial del Estado, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, pp. 329 ss.; LA MISMA, «La disponibilidad de la propia vida: aspectos constitucionales», *Actas de las VIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Tribunal Constitucional y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, pp. 59 ss. y NÚÑEZ PAZ, M. A., *Interrupción voluntaria de la vida*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 90-94. Críticamente sobre las sentencias, *vid.* CAMBRÓN, A., «La eutanasia, derecho fundamental», *Revista de DMD*, núm. 82, 2020, p. 6.

dio asistido(6). Se sirve, para erigir su fundamento, de la lectura evolutiva(7) e integrada del texto constitucional: del artículo 15 CE (derecho a la integridad física y moral) y también de los arts. 1.1 (la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico) y 10.1 CE (la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad como fundamentos

(6) Así se pronunciaba PRESNO quien consideraba que se trataba de un derecho fundamental complejo, extraíble de los arts. 15 y 10 CE (PRESNO LINERA, M. A., «La eutanasia como derecho fundamental», *Teoría & Derecho*, núm. 29, 2021, p. 34). JUANATEY DORADO, por su parte, citando jurisprudencia constitucional, señalaba que: «[el TC] ha negado la existencia de derechos absolutos y, a un mismo tiempo, ha dejado la vía abierta a que el derecho a la vida pueda concebirse como un derecho disponible» (vid. JUANATEY DORADO, C., «Sobre la Proposición de Ley Orgánica de regulación de la eutanasia voluntaria en España» en ABEL SOUTO, M., BRAGE CENDÁN, S., GUINARTE CABADA, G., MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., *Estudios penales en homenaje al profesor José Manuel Lorenzo Salgado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 776-777).

(7) Frente a la interpretación *originalista*, la interpretación *evolutiva* o *progressive interpretation* (que retoma la expresión de la sentencia Privy Council, Edwards c. Attorney General for Canada de 1930 «living tree»), implica que la Constitución se acomoda a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia legitimidad. No únicamente porque sus grandes principios son ahora de aplicación a supuestos que ni sus redactores imaginaron, sino porque el intérprete de la Constitución dota a las leyes de un contenido que permite leer el texto a través de los problemas contemporáneos y las exigencias de la sociedad actual. A esta doctrina acudió el TC de forma expresa en la STC 198/2012, de 6 de noviembre (vid. LÓPEZ Y LÓPEZ, A., «En torno a la llamada interpretación evolutiva (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la Ley 13/2005, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, permitiendo el de personas del mismo sexo)», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 27, 2013, pp. 195 y ss y PRESNO LINERA, M. A., «El matrimonio: ¿garantía institucional o esfera vital? A propósito de la STC 198/2012, de 6 de noviembre, sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo y la jurisprudencia comparada», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 19, 2013, pp. 405 y ss). También ha hecho uso de la referida doctrina la reciente sentencia sobre el aborto (STC 44/2023, de 9 de mayo). Puede verse la aplicación de este criterio exegético en la jurisprudencia del TEDH (entre otras, vid. STEDH Tyrer v. The United Kingdom), donde el Tribunal de Estrasburgo se refería al Convenio como un «instrumento vivo» («living instrument») que debe interpretarse a la luz de las condiciones actuales. Sobre el particular, vid. LÓPEZ GUERRA, L., *El convenio Europeo de Derechos Humanos. Según la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 44-46.

En línea con lo que expresaba antes del pronunciamiento del Alto Tribunal el magistrado del Tribunal Supremo HERNÁNDEZ GARCÍA, una Constitución pluralista, por esencia, no puede negar el debate sobre la necesidad de actualizar el sentido y el fin de valores como la libertad o la autonomía o para buscar el progreso y la dignificación de los derechos fundamentales. Y en ese sentido el autor ya apeló a la doctrina del «árbol vivo» (vid. HERNÁNDEZ GARCÍA, J., «Derecho individual a la eutanasia y la (discutible) exclusión de las personas menores de edad» en Tomás-Valiente Lanuza, C. (coord.), *La eutanasia a debate: primeras reflexiones sobre la Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia*, Marcial Pons, Madrid, 2021, p. 94).

del orden político y de la paz social). El Tribunal no realiza una consideración única y aislada del derecho a la vida, más al contrario: interpreta los derechos, principios y valores tomando en consideración el principio de «unidad del ordenamiento», y ello manifiesta la relación e interdependencia de los distintos elementos del texto constitucional, que exigen interpretarlos como un todo armónico. Como señala el Alto Tribunal:

«no cabe realizar nuestro enjuiciamiento, como proponen los demandantes, desde la consideración única y aislada del derecho fundamental a la vida y de la vida como bien jurídico constitucionalmente protegido [...]. Hemos de atender en nuestro escrutinio al conjunto de las decisiones valorativas plasmadas en la Constitución que se encuentran en una relación de mutua dependencia e interacción y cuya armonización o concordancia práctica ha de procurar su intérprete»(8).

El Tribunal afirma, en primer término, que lo dispuesto en el artículo 15 CE, «todos tienen derecho a la vida», no conduce a un entendimiento absoluto de este bien que imponga una obligación de protección incondicional(9). En esta línea plantea que, conforme a las aludidas exigencias de la interpretación sistemática y evolutiva, la previsión se inserta en una axiología constitucional que tiene a la «libertad» como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE)(10) e implica el reconocimiento de la autonomía del individuo para elegir entre diversas opciones vitales de acuerdo con sus intereses y preferencias, y a la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad como fundamentos del orden político y la paz social (art. 10.1 CE), cláusulas que son la base de los derechos fundamentales. Su sentido primordial radica en eliminar ciertas barreras o interferencias públicas, e incluso en ciertos casos, intervenciones a veces denominadas «paternalistas» que, sin fundamento suficiente, restrinjan u obstaculicen la evolución personal que la CE busca para que el desarrollo de la persona sea libre (sobre todo de la intervención del Estado). A lo anterior añade que la facultad de autodeterminación consciente y responsable de la propia vida se cristaliza en el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE). Así, la esencia de la persona como sujeto con

(8) FJ 6.º

(9) Así, DEL ROSAL, B., «La participación y el auxilio ejecutivo en el suicidio: un intento de reinterpretación constitucional del artículo 409 del Código penal», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1987, p. 85.

(10) Hace décadas afirmaba Francisco TOMÁS Y VALIENTE con expresa invocación del artículo 1.1 CE que en un Estado democrático como el español a partir de la CE la libertad, como valor superior del ordenamiento jurídico, merecía llegar hasta ese umbral (TOMÁS Y VALIENTE, F., *A orillas del Estado*, Taurus, Madrid, 1996, p. 218).

capacidad de decisión libre y voluntaria queda protegida por este derecho. Este se verá vulnerado si el individuo es instrumentalizado, desconsiderando que cada persona es un fin en sí mismo(11). La sentencia lo establece de manera explícita:

«El derecho a la vida debe leerse en conexión con estos otros preceptos constitucionales y, con ello, ser interpretado como cauce de ejercicio de la autonomía individual sin más restricciones que las justificadas por la protección de otros derechos e intereses legítimos. Cuando de las decisiones vitales que analizamos se trata, el respeto a esa autodeterminación debe atender además a las situaciones de sufrimiento extremo objetivo que la persona considera intolerable y que afectan al derecho a la integridad personal en conexión con la dignidad humana»(12).

Cuando el supremo intérprete de la CE concreta el contenido de la «dignidad» no ignora, y de hecho se fundamenta en ello, la especificidad de las situaciones trágicas y de sufrimiento provocadas por las enfermedades graves incurables o profundamente incapacitantes. De esta forma, ya no cabe afirmar que se esté ante una conducta genérica de disposición de la propia vida (*agere licere*), en ejercicio de una mera libertad fáctica, sino ante «una de las decisiones vitales de autodeterminación de la persona protegida por los derechos a la integridad física y moral en conexión con los principios de dignidad y libre desarrollo de la personalidad». Por ello, el TC subraya:

«Este derecho de autodeterminación garantiza a la persona inmersa en un contexto de sufrimiento extremo como el aquí considerado un espacio de autonomía individual para trazar y llevar a término un proyecto de fin de vida acorde con su dignidad, de acuerdo con sus propias concepciones y valoraciones acerca del sentido de su existencia»(13).

Por otro lado, el Alto Tribunal no aprecia una diferencia valorativa que, desde la estricta perspectiva del alegado «derecho absoluto a la vida», explique la admisibilidad constitucional –aceptada por los recurrentes– de la facultad de rechazar tratamientos salvadores, solicitar la retirada de soportes vitales o los cuidados paliativos terminales(14).

(11) En este sentido, RUIZ MIGUEL advirtió que el argumento de la *pendiente resbaladiza* podía servir para fundamentar el riesgo opuesto, de cercenar gravemente la autonomía de las personas «hasta tomar su voluntad y su vida nada más que como instrumento para los fines de otros» (RUIZ MIGUEL, A., «Autonomía individual y derecho a la propia muerte», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 89, mayo-agosto, 2010, p. 37).

(12) FJ 6.º

(13) *Ibidem*.

(14) Este último razonamiento que aduce el Tribunal se echaba en falta cuando se discutía sobre la pertinencia de considerar la eutanasia como derecho. Como seña-

En otro orden de cosas, como señala el TC, con cita al TEDH, lo dicho hasta ahora, sin embargo, merece que el legislador exprese ciertas cautelas a la hora de regular el derecho. Los pronunciamientos del Tribunal de Estrasburgo establecen una doctrina que se puede sintetizar en cuatro puntos fundamentales: el derecho a la vida no implica el derecho a morir; el derecho al respeto de la vida privada abarca la facultad de decidir cómo y cuándo poner fin a la propia vida, siempre y cuando la persona tenga la capacidad de tomar esa decisión de manera autónoma y actuar en consecuencia y el derecho a decidir sobre la propia vida no es absoluto, debe ser considerado en relación con otros intereses concurrentes, especialmente con las obligaciones positivas del Estado derivadas del derecho a la vida⁽¹⁵⁾. En último lugar, los Estados tienen un «amplio margen de apreciación» para lograr un equilibrio adecuado entre estos derechos.

laron con brillantez DWORKIN, NAGEL, NOZICK, RAWLS, SCANLON Y JARVIS THOMSON: «The brief insists that such suggestions wholly misunderstand the ‘common-sense’ distinction, which is not between acts and omissions, but between acts or omissions that are designed to cause death and those that are not» (vid. DWORKIN, R., NAGEL, T., NOZICK, R., RAWLS, J., SCANLON T., JARVIS THOMSON, J., «Assisted Suicide: The Philosophers Brief», *The New York Review of Books*, vol. XLIV, núm. 5, 1997, p. 42). No hay o no debía haber distinción entre si la muerte era causada, siendo este el objetivo, haciendo u omitiendo, porque no había diferencia valorativa entre ambas situaciones. La distinción relevante no era, pues, entre actos y omisiones sino entre actos u omisiones orientados a causar la muerte y los que no tenían esa finalidad. Por tanto, según esta tesis, que se comparte plenamente, si era admisible omitir o solicitar la retirada de un determinado tratamiento que provocaría irremediamente la muerte, siendo este el deseo manifestado por el paciente, debería serlo también el asistir activamente a alguien en su muerte cuando esa era su decisión. Este extremo puede ilustrarse mediante el caso de Inmaculada Echevarría. Padecía una enfermedad que requería la asistencia de un respirador mecánico y solicitó que se suspendiera el soporte ventilatorio, lo cual se interpretó como un caso de eutanasia pasiva, considerada no punible en el marco del CP español. Resultaba llamativa la decisión de no penalizar la eutanasia pasiva en contraste con el castigo de la eutanasia activa directa. Esta distinción era llamativa por dos razones fundamentales: en primer lugar, la eutanasia pasiva podría ocasionar un mayor sufrimiento en comparación con la eutanasia activa; y, en segundo lugar, ambas formas de eutanasia perseguían el mismo objetivo: la muerte del paciente. Tampoco compartía esta distinción, JUANATEY DORADO, C., «Reflexiones a propósito de la propuesta de regulación de la eutanasia voluntaria en España», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 34, 2020, p. 5. Sobre los distintos conceptos de eutanasia, vid. Díez RIPOLLÉS, J. L., «Suicidio y homicidio consentido» en EL MISMO y GRACIA MARTÍN, L., *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales. Vida humana independiente y libertad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, pp. 257 ss.

(15) En parecidos términos, vid. PRESNO LINERA, M. A., «Constitucionalidad de una Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia», *Revista de DMD*, núm. 82, 2020, p. 9.

Para lograr esos objetivos, según el TC, es necesario que el legislador, encargado de establecer los mecanismos para garantizar el ejercicio del derecho a la autodeterminación en relación con la propia muerte en situaciones de eutanasia, implemente medidas adecuadas para proteger los derechos, principios y bienes constitucionales que podrían verse afectados por el ejercicio de este derecho. Afirma el Tribunal que el legislador, con la LORE, ha tenido en cuenta: (i) la exigencia de dos requisitos fundamentales: una decisión del paciente que sea «libre, voluntaria y consciente» y un «contexto eutanásico» claramente definido y limitado a situaciones de extremo sufrimiento personal debido a causas médicas graves, irreversibles y objetivamente verificables; (ii) una intervención estatal obligatoria en el proceso de toma de decisiones previo del paciente, así como en su ejecución; (iii) un control administrativo obligatorio y posterior, en consonancia con los controles que puedan llevarse a cabo en vía judicial; y (iv) la disposición de que el incumplimiento de las garantías establecidas en la propia Ley conllevará las correspondientes responsabilidades civiles, penales, administrativas y estatutarias o profesionales, manteniendo la penalización de la eutanasia en tales casos.

3. EL ARTÍCULO 143 DEL CÓDIGO PENAL

3.1 El fundamento de los límites

La LORE resuelve la problemática más extrema relacionada con las conductas de eutanasia. No obstante, no se otorga, en el ordenamiento jurídico español, y especialmente en el penal, una absoluta primacía a la voluntad de quienes desean poner fin a su vida en circunstancias distintas a las del «contexto eutanásico»(16). En lo que sigue se planteará si existen razones para mantener la figura del artículo 143 CP, que continúa manteniendo el castigo de la intervención en el suicidio ajeno(17). Para empezar, se abordarán el conjunto de

(16) Sobre las razones político criminales para mantener la punición, *vid.* BORJA JIMÉNEZ, E., *Curso de política criminal*, 3.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 139 ss.

(17) Como señala DE LA MATA BARRANCO, el debate sobre la eutanasia no solo se limita a esta, sino que también plantea una cuestión más compleja relacionada con la idea de libertad en sus diversas manifestaciones y en cómo debe servir como barrera de contención en la respuesta penal a ciertos comportamientos. El autor advierte que la discusión lleva a reflexionar sobre la tendencia punitiva, tanto a nivel legal como (quizá) social, que parece restringir cada vez más el derecho a pensar y/o

razones que han llevado a parte de la doctrina a considerar su supresión. Asimismo, se analizarán cuáles son las que aduce el Alto Tribunal –quiera sea tangencialmente, pues no es objeto de su pronunciamiento– para fundamentar el mantenimiento del artículo 143 CP.

Señala Valle Muñiz que, a partir de la CE, se introducen serias dudas sobre la exigencia constitucional de tutelar la vida contra la voluntad de su titular. No parece clara, según su parecer, la obligación de someter a sanción los comportamientos de ayuda en un suicidio libremente deseado(18). Asimismo, Carbonell Mateu ha señalado que la despenalización que trae consigo la LORE debiera haber sido «total», del completo del artículo 143 CP, porque la LORE no es una norma despenalizadora –pese a que contenga en la disposición final primera una modificación del CP– sino que es una Ley que reconoce, por primera vez en España, la implicación del Estado social y democrático de Derecho en la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad(19). Este autor entiende que «El Derecho penal tiene como función la tutela de valores e intereses con relevancia constitucional, mediante la prohibición y el castigo de las conductas trascendentes para las libertades y derechos fundamentales de los ciudadanos. No es admisible su utilización para la imposición de la “ética social dominante”». Para el citado autor, el bien jurídico tutelado por el delito de auxilio e inducción al suicidio es «la vida no deseada por su titular», y ello resulta incompatible con las afirmaciones anteriores, con la función de tutela que tiene encomendada el Derecho penal. Por esa razón, propugna la íntegra derogación del artículo 143 CP(20).

decidir (*vid.* DE LA MATA BARRANCO, N. J., «El Derecho Penal y la eutanasia», *Revista de DMD*, núm. 82, 2020, p. 25 y EL MISMO, «El Derecho penal de la libertad: ¿qué hacemos con la eutanasia?», <https://almacenedderecho.org/el-derecho-penal-frente-a-la-idea-de-libertad-que-hacemos-con-la-eutanasia> [última visita: 5 de diciembre de 2023]).

(18) VALLE MUÑIZ, J. M., «Artículo 143» en QUINTERO OLIVARES, G. (coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Aranzadi, Navarra, 1996, p. 56.

(19) CARBONELL MATEU, J. C., «Homicidio y sus formas (y III): suicidio y eutanasia», en González Cussac, J. L. (coord.), *Derecho Penal Parte Especial*, 8.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 99.

(20) CARBONELL MATEU, J. C., «El derecho a decidir sobre sí mismo: eutanasia y maternidad. A propósito de la Proposición de Ley Orgánica sobre la Eutanasia» en Morales Prats, F., Tamarit Sumalla, J. M., García Albero, R. (coords.), *Represión Penal y Estado de Derecho. Homenaje al Profesor Gonzalo Quintero Olivares*, Aranzadi, Navarra, 2018, pp. 803-305. En el mismo sentido se pronuncia en EL MISMO «La Ley de eutanasia: una Ley emanada de la dignidad», Acale Sánchez, M., Miranda Rodríguez, A., Nieto Martín, A. (coords.), *Reformas penales en la península ibérica: A «jangada de pedra»?*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2021, p. 325 y, más recientemente, EL MISMO «El Tribunal Constitucional proclama... *op cit.*, p. 16. En

En parecido sentido, y aunque no realice por razones obvias explícita mención al artículo 143 CP, la magistrada Balaguer Callejón, en su voto particular frente a la STC 19/2023, de 22 de marzo, concreta el concepto y el alcance de la dignidad en el contexto constitucional actual, algo que, sin duda, avoca a una reflexión sobre el conjunto del artículo 143 CP (o, al menos, de sus numerales 2.º, 3.º y 4.º). En su voto señala que la mera condición humana, que amalgama razón y materia corporal, constituye el presupuesto de la dignidad y no emana de ningún condicionamiento «externo» al ser humano. A su juicio, si la dignidad se toma como un principio autónomo vinculado a la necesidad de hacer intangible a la persona humana frente a quienes detentan el poder, es posible inscribir dicha noción dentro de la deconstrucción progresiva del «biopoder», como dice siguiendo a Foucault, y es posible justificar que el Estado deje de tener control sobre las decisiones vitales de la persona. En definitiva, esa no interferencia o intangibilidad implica que tanto el Estado, como el ordenamiento jurídico, deben renunciar a su papel como meros instrumentos de imposición de juicios morales sobre las decisiones más cruciales en la vida del ser humano(21).

En síntesis, desde distintos puntos de vista, directa o indirectamente, se ha puesto en cuestión la pertinencia de que el Derecho penal responda frente a actos que corresponden a una decisión propia y libre de la persona. Ahora bien, el TC no responde directamente a ello por cuanto esto queda más allá de su propia competencia. No obstante, de su discurso se desprende alguna nota que arroja luz sobre este asunto.

Según se deduce del planteamiento del TC, este no se alinea con esta opción político-criminal en la medida en que «limita» el derecho fundamental al ámbito de aplicación de la Ley. Entiende el Tribunal que el restringir el ámbito subjetivo del derecho a solicitar y recibir asistencia para poner fin a la vida opera como «mecanismo de protec-

contra, BAJO FERNÁNDEZ, M., «Disponibilidad de la propia vida», *Homenaje al profesor Dr. González Rodríguez Mourullo*, Civitas, Madrid, 2005, p. 1136.

(21) Esta concepción es la que los iusfilósofos denominan «paternalismo no justificado», que solo puede razonarse de acuerdo con visiones morales o religiosas (DE LUCAS, J., «Libres hasta el final», *Revista de DMD*, núm. 87, 2018, p. 6). Del mismo modo afirmaban ATIENZA Y JUANATEY que no hay razón que justifique, en situaciones tan excepcionales como la eutanasia, que la vida se superponga a la autonomía, salvo que sean de tipo religioso (ATIENZA, M., JUANATEY, C., «¿Hay argumentos plausibles contra la eutanasia?», *Revista de DMD*, núm. 87, 2018, p. 12). En parecido sentido, considerando que los razonamientos religiosos en absoluto pueden imponerse en una sociedad plural en la que coexisten concepciones de distinta clase, *vid.* QUERALT, J. J., «La eutanasia: perspectivas actuales y futuras», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 41, Fasc. 1, 1988, p. 132 y QUINTERO OLIVARES, G., «Un derecho que no se respeta», *Revista de DMD*, núm. 82, 2020, p. 14.

ción de la vida». El responder a esas trágicas situaciones –a los contextos de eutanasia– implica un deber para el Estado: no puede eludir su responsabilidad en este ámbito porque ello podría derivar en una muerte degradante. Pero este deber público no implica una obligación constitucional de permitir de forma incondicional y sin restricciones la ayuda de terceros. Así responde el TC a quienes se cuestionaron, criticando la LORE, en qué se fundamenta la exclusión de aquel individuo que, en el ejercicio de su propia dignidad, busca poner fin a su vida sin justificación aparente y fuera del contexto eutanásico(22). Dice expresamente el Alto Tribunal:

«Esta delimitación supone que el legislador no ha extendido la prestación de ayuda para morir –ni la consiguiente despenalización condicional de la eutanasia– a cualesquiera contextos y situaciones en que la persona pretendiese recabar ayuda de terceros para poner fin a su propia vida, sino que ha reducido esta posibilidad a contextos eutanásicos caracterizados por una situación de sufrimiento personal extremo por causas médicas graves, irreversibles y objetivamente contrastables. La definición del contexto eutanásico opera, así, como un mecanismo de protección de la vida en tanto que derecho fundamental y bien constitucional objetivo»(23).

El TC toma en cuenta las situaciones límite a las que se enfrenta, de manera que estas actúan para perfilar o delimitar el contenido del derecho. Partir de la decisión libre del sujeto no implica que el legislador no pueda intervenir de forma limitativa. Tanto su tipificación como su no tipificación es una decisión de política-criminal que se ajusta, en todo caso, a las disposiciones constitucionales: el derecho a la vida, como cualquier otro derecho, no tiene carácter absoluto por lo cual puede ser sometido a límites. En definitiva, se trata de una inte-

(22) Como, por ejemplo, MARCOS DEL CANO, A. M., «¿Existe un derecho a la eutanasia?: Panorama internacional y análisis de la Ley Orgánica de la Eutanasia en nuestro país», *Teoría & Derecho*, núm. 29, 2021, p. 141. Otros autores han señalado no es admisible distinguir entre vidas dignas e indignas. Según estiman, es discriminatorio y contrario al valor igualdad. También es –según consideran– «paradójico» que el legislador haya yuxtapuesto dignidad a dolor, porque cualquier ciudadano, entonces, podría verbalizar que, en su subjetiva opinión, su dignidad se encuentra afectada y ello llevaría al Estado a «terrenos que nadie podría siquiera imaginarse» (FLORES JUBERÍAS, C., «Eutanasia: el debate sigue vivo», *Razón española: revista bimestral de pensamiento*, núm. 227, 2021). Ahora bien, este argumento no es comparable porque ese criterio «subjetivo» al que se refiere el autor no es tal: viene prefijado, en supuestos determinados, por la ley. Discriminatoria no es, en cualquier caso, una disposición que tiene en cuenta un supuesto de hecho *distinto*. Incide en la falta de sustrato empírico para sostener esa afirmación, TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., «Tomar en serio la autonomía», *Revista de DMD*, núm. 78, 2018, p. 15.

(23) FJ 6.º

racción compleja en la que interviene el legislador para establecer límites legales en torno al derecho a la vida, aunque –añado– ello no es óbice para admitir que tras el razonamiento del TC subyace un cierto paternalismo estatal.

Pero ese paternalismo puede tener, en la sociedad actual, un sentido. Lo que refleja el limitado ámbito de la LORE, además de forma muy explícita, es lo que Víctor Vázquez denomina un «consenso social», es decir, la eutanasia implica el ejercicio de un derecho en un marco de legalidad que ha afectado a su «precompensación» constitucional. La opción de la eutanasia, así entendida, ha modificado la idea constitucional de hasta dónde llega la autonomía(24). Pero esta aserción no viene dada por una verdad eterna, ni proviene de un concepto preexistente de lo que se entiende por dignidad, libertad o derecho a la integridad física y moral, sino que ha sido concebido de esta manera en un contexto específico, dentro de un marco social de coincidencia.

Esto no implica que en el futuro no pueda haber un enfoque más aperturista de la Ley o que se pueda reconsiderar el conjunto del sistema del artículo 143 CP. Ciertamente, y como señala la magistrada Balaguer Callejón en su voto particular, se ha observado un progreso en el ámbito de la autonomía de la persona, en la dirección de la despenalización de diversas formas de control en la ciudadanía, como por ejemplo, en relación con diferentes métodos anticonceptivos, la interrupción voluntaria del embarazo, los cuidados paliativos y, ahora, con la eutanasia. Sin embargo, es probable que el TC haya optado por no abordar, siquiera sea tangencialmente, este problema porque no concurre el necesario «consenso social». Quizá no optó por precisar de forma sólida el alcance de la dignidad, tal y como se debe interpretar en el actual marco constitucional, porque ello desencadenaría en una discusión inoportuna que podría empañar la propia legitimidad de la LORE. Ahora bien, en contraste con lo que podría acontecer en otros supuestos, no se ignora que aquí el dilema que se plantea es innegablemente de índole personal.

En definitiva, no se discute la validez de los argumentos que se presentan, pero, en el contexto social contemporáneo, lo que no hay es un acuerdo comunitario firme, como el que en su momento condujo a la promulgación de una Ley de plazos o posteriormente a LORE. Ahora bien, la única limitación que plantea el TC en materia penal, como pauta de control, es que la reacción penal podrá ser tildada de desproporcionada cuando persiga la preservación de bienes o intere-

(24) VÁZQUEZ, V., «Derogar la eutanasia», https://www.diariodesevilla.es/opinion/articulos/Derogar-eutanasia_0_1778522231.html (última visita: 6 de septiembre de 2023).

ses que estén constitucionalmente proscritos o sean socialmente irrelevantes, y cuando la pena no sea instrumentalmente apta para dicha persecución(25). Lo que llevado a sus últimas consecuencias tendría que llevar a reflexionar, en el futuro, sobre la conveniencia de mantener el precepto en cuestión.

3.2 El reconocimiento del derecho a la eutanasia y el artículo 143.4 del Código Penal

El CP sanciona, en el artículo 143, la intervención en el suicidio ajeno y, hasta ahora, modulaba la responsabilidad penal en supuestos de eutanasia activa(26). Con la LORE, los supuestos de eutanasia activa quedan al margen del CP si se cumple con lo previsto en ella(27). A través de su disposición final primera, ha dado una nueva redacción a lo previsto en el apdo. 4.º y ha incluido un nuevo apdo. 5.º:

«4. El que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de una persona que sufriera un padecimiento grave,

(25) STC 136/1999, de 20 de julio.

(26) Un exhaustivo estudio de la regulación anterior puede verse en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., BARBER BURUSCO, S., «Participación en el suicidio y eutanasia. Esbozo del tratamiento penal en España», *Nuevo Foro Penal*, núm. 79, 2012, p. 124; TÓMAS-VALIENTE LANUZA, C., *La disponibilidad de la... op. cit.*, pp. 467 ss.; LORENZO SALGADO, J. M., «Algunas consideraciones sobre el artículo 143.4 del Código Penal» en PÉREZ ÁLVAREZ, F. (ed.), *Universitas Vitae. Homenaje a Ruperto Núñez Barbero*, Ediciones Universidad Salamanca, Salamanca, 2008, pp. 392-428; BARQUÍN SANZ, J., «La eutanasia como forma de intervención en la muerte de otro» en ROXIN, C, MANTOVANI, F., BARQUÍN, J., OLMEDO, M., *Eutanasia y suicidio. Cuestiones dogmáticas y de política criminal*, Comares, Granada, 2001, pp. 155 ss.; El Mismo «Despenalización de la eutanasia. Acerca de la Proposición de Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia de 2020» en ABEL SOUTO, M., BRAGE CENDÁN, S., GUINARTE CABADA, G., MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., *Estudios penales en homenaje al profesor José Manuel Lorenzo Salgado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 150 ss. y PAREJO GUZMÁN, M. J., «Problemática actual de la eutanasia en el ordenamiento jurídico español», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 4, 2005, s/n. Sobre la necesidad de plantear el debate de la eutanasia, *vid.* DE LA MATA BARRANCO, N. J., «El tratamiento penal de la eutanasia», <https://almacendederecho.org/el-tratamiento-penal-de-la-eutanasia> (última visita: 5 de diciembre de 2023). Sobre las distintas posiciones doctrinales en torno al anterior 143.4 CP, *vid.* BRAGE CENDÁN, S. B., «La eutanasia y el suicidio asistido: una inminente despenalización en España» en ABEL SOUTO, M., BRAGE CENDÁN, S., GUINARTE CABADA, G., MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., *Estudios penales en homenaje al profesor José Manuel Lorenzo Salgado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 247 ss.

(27) Sobre el particular, *vid.* RUEDA SORIANO, Y., «Artículo 143» en CUERDA ARNAU, M. L., *Comentarios al Código Penal*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valen-

crónico e imposibilitante o una enfermedad grave e incurable, con sufrimientos físicos o psíquicos constantes e insoportables, por la petición expresa, seria e inequívoca de esta, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los apartados 2 y 3.

5. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, no incurrirá en responsabilidad penal quien causare o cooperare activamente a la muerte de otra persona cumpliendo lo establecido en la ley orgánica reguladora de la eutanasia»(28).

Con la redacción actual, las conductas de eutanasia dejan de ser punibles cuando se cumpla con lo dispuesto en la LORE y se mantiene una importante atenuación cuando, en un contexto eutanásico, no se observe lo prevenido en la Ley (29). Final del formulario

No obstante, se sostuvo por parte de la doctrina especializada que hubiera sido más razonable no introducir la previsión específica del apdo. 4. Partiendo de la decisión autónoma del sujeto, los órganos judiciales considerarían las razones por las que no se recurrió a lo previsto por la Ley, valorando, en su caso, la apreciación de una eximente de estado de necesidad o una atenuante, dependiendo de las causas concurrentes(30). Otros, sin embargo, entienden que la contrapartida del reconocimiento del derecho a la eutanasia debe pasar por la restricción al marco exclusivamente médico y todo ello sin perjuicio del caso concreto, con la consiguiente necesidad de reflexionar sobre la posibilidad de matizar la responsabilidad penal(31).

cia, 2023, p. 976 y RODRÍGUEZ LAÍN, J. L., FUERTES ROCAÑÍN, J. C., FUERTES IGLESIAS, C., RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, B., *Eutanasia y testamento vital*, Aranzadi, Navarra, 2021, pp. 127 ss.

(28) En esta misma línea, en 1991, el Grupo de Estudios de Política Criminal. Sobre el particular, *vid.* CUERDA ARNAU, M. L., «Un paso adelante. Dos décadas desde el Manifiesto de Valencia», *Revista de DMD*, núm. 47, 2014, pp. 24 ss. y DEL ROSAL BLASCO, B., «El tratamiento jurídico-penal y doctrinal de la eutanasia en España» en Muñoz Sánchez, J., Díez Ripollés, J. L. (coords.), *El tratamiento jurídico de la eutanasia: una perspectiva comparada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 64.

(29) Un detenido estudio sobre la tramitación parlamentaria de la Ley puede verse en BARQUÍN SANZ, J., «Tratamiento jurídico-penal de la eutanasia tras la reforma de 2021», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 133, 2021, pp. 43 ss. y GARCÍA ÁLVAREZ, P., «La reforma del artículo 143 del Código penal por la Ley Orgánica, de regulación de la eutanasia, ¿la despenalización de la eutanasia, «por fin»?», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 35, 2021, p. 65.

(30) JUANATEY DORADO, C., «Sobre la Ley Orgánica de regulación de la eutanasia voluntaria en España», *Teoría & Derecho*, núm. 29, 2021, p. 81.

(31) TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., «La Ley Orgánica de regulación de la eutanasia: valoración global y primeras dudas interpretativas», *Teoría & Derecho*, núm. 29, 2021, p. 104. En sentido radicalmente opuesto, determinado grupo parlamentario, en fase de tramitación de la LORE, propuso la directa impunidad de *todos los actos de intervención en el suicidio ajeno en contextos de eutanasia*, tanto si se

En este último sentido, el CP limita la licitud de la conducta a la que se realice dentro del marco legal de la LORE y esta restricción actúa –según el supremo intérprete de la CE– como un mecanismo de salvaguarda del derecho a la vida. Como señala el TC, el legislador ha tenido en consideración: «su deber de proteger la vida de las personas frente a agresiones de terceros al configurar la ayuda para morir prevista en la LORE, y que ha pretendido responder a él mediante la articulación de un modelo de protección basado en varios elementos: [...] [entre otros] (iv) la previsión de que el incumplimiento de las garantías previstas en la propia Ley dará lugar a las responsabilidades civil, penal, administrativa y estatutaria o profesional que correspondan, manteniéndose para tales casos la penalización de la eutanasia»(32). En síntesis, el reconocimiento del derecho no implica que este no esté sujeto a límites o a determinadas salvaguardas. En ello consiste precisamente la LORE y en ello descansa su constitucionalidad(33).

4. CASOS DIFÍCILES

4.1 Planteamiento general

En lo que sigue se abordarán, a la luz de la decisión del TC, algunos «casos difíciles» que merecen de una atención particular. En primer lugar, la omisión, en circunstancias límite, del procedimiento legalmente establecido por la LORE y, en segundo lugar, ante la decisión del TC de circunscribir el ámbito de aplicación de la LORE al origen somático, el tratamiento jurídico-penal de la eutanasia psiquiátrica.

cometían al amparo de la Ley como en cualesquiera otras circunstancias (Enmienda núm. 29 a la Disposición final primera, Grupo Parlamentario Euskal Herria Bildu). Finalmente, en la Comisión de Justicia, el Grupo Parlamentario retiró la enmienda para que no se pudiera poner en ningún caso en entredicho la Ley, pese a considerar que debiera andar en ese sentido.

(32) FJ 6.º

(33) Esta afirmación, no obstante, ha derivado en severas críticas. Los magistrados ARNALDO ALCUBILLA y ESPEJEL JORQUERA señalan que la sentencia estima la LORE como la única opción posible, limitando las vías alternativas que estime el legislador democrático. Ahora bien, y en contra de este criterio, cabría decir que cuando el TC señala que es necesario establecer límites adecuados no implica que la solución de la LORE sea la única opción constitucionalmente admisible.

4.2 Omisión del procedimiento legal y el artículo 143.4 del Código penal

En principio, resulta paradójico que quien cumple con los requisitos para ejercer al derecho a la eutanasia, tome la decisión de abstenerse de utilizar el procedimiento legalmente establecido para ello. No obstante, es factible concebir escenarios en los cuales dicha situación pueda materializarse. Las líneas siguientes se destinarán a abordar este asunto, así como otros supuestos complejos que se pueden suscitar tras la promulgación de la LORE.

Plantea Tomás-Valiente cuál sería el efecto de que se llevase a cabo la conducta no autorizada tras la inadmisión *ex ante* de la autorización por parte de la Comisión (órgano este último que no ignora que puede estar influido por condicionantes ideológicos). En caso de inadmisión por parte de la Comisión o el juez de lo contencioso-administrativo después, ¿podría el juez penal realizar, *ex post*, su propia valoración del supuesto? ¿podría interpretar la denegación como indebida y entender justificada la conducta aplicando las causas de justificación de estado de necesidad o de ejercicio legítimo de un derecho? La respuesta –siempre a juicio de la autora– es negativa y ello porque el sistema de control previo que idea la LORE radica en la atribución a las Comisiones, y a la jurisdicción del contencioso después, de la competencia para valorar una conducta penalmente típica que se convierte en lícita si es autorizada por ellos(34). En caso de denegación de la solicitud no cree posible que el juez penal pueda sustituir tal valoración, toda vez que el legislador «ha ponderado y asumido el riesgo de aplicaciones desiguales y eventualmente restrictivas de la norma»(35); se produciría, en consecuencia, «un efecto oclusivo de la causa de justificación específica respecto a la causa de justificación genérica que impediría al juez penal hacer jugar esta última cuando no se han colmado los requisitos de la primera»(36).

Ciertamente, considerar una causa de justificación genérica supondría ignorar la elección del legislador de seguir el marco legal establecido por la LORE. La Ley reconoce que la atribución de competencia

(34) TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., «La Ley Orgánica de regulación... *op. cit.*, p. 120.

(35) *Ibidem*, p. 120.

(36) *Ibidem*, p. 120. Como señala en su estudio sobre el efecto oclusivo entre causas de justificación, el efecto excluyente de una norma justificante específica sobre otra genérica se produce cuando en aplicación de la segunda vinieran a sopearse los mismos intereses que el legislador tuvo en cuenta al ofrecer su respuesta en la norma dedicada a dicho conflicto (*vid.* TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., *El efecto oclusivo entre causas de justificación*, Comares, Granada, 2009, p. 92).

a las Comisiones podría dar lugar a situaciones de conflicto, pero esa es la vía que escoge y cree óptima, aunque, para evitar los efectos negativos o las aplicaciones desiguales que puedan surgir, articula un expeditivo sistema de recursos jurisdiccionales(37). Además, la preocupación del legislador por eludir esos riesgos se refleja claramente cuando contempla, en el artículo 17.5 LORE, las reuniones anuales entre las Comisiones de Garantía y Evaluación y el Ministerio de Sanidad. El Ministerio y los presidentes de las Comisiones se reúnen con el propósito de «homogeneizar criterios e intercambiar buenas prácticas en el desarrollo de la prestación de eutanasia en el Sistema Nacional de Salud». En definitiva, a través de estas dos vías, la de los recursos y la de las reuniones anuales, el legislador ha tratado de atajar los posibles conflictos que puedan surgir por la atribución de competencia a las Comisiones, protegiendo, en todo caso, los dos intereses específicos relacionados con la persona: el respeto por su derecho a la eutanasia y también por su derecho a la vida.

Se podría plantear, no obstante, si ese efecto oclusivo podría ceder en determinados supuestos. Este podría ser el caso, a juicio de Tomás-Valiente, de los retrasos desproporcionados:

«Este efecto oclusivo podría ceder, a mi juicio, en caso de que se introdujera en el supuesto concreto una variable ajena a la ponderación realizada por el legislador y plasmada en la LORE (Tomás-Valiente Lanuza, 2009: 92-94); me refiero a retrasos desproporcionados, ya sea en la resolución de la solicitud por parte de la Comisión, ya de un recurso por parte del juzgado contencioso competente. Es cierto que, con el modelo de control previo, el legislador opta por la imposición de ciertos costes al paciente en términos de espera, que han sido ponderados con los beneficios de un mayor garantismo; pero si el retraso se convierte en desproporcionado (la propia LORE trata de evitarlo en la Disposición adicional quinta con la remisión al régimen preferente previsto en los arts. 114 ss. Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa), entiendo que no sería contrario a la LORE que el juzgador penal pudiera apreciar la plena licitud de la conducta»(38).

Como señala la autora, a diferencia del supuesto anterior, el efecto oclusivo de la causa de justificación específica podría perder relevancia en este caso, porque los retrasos desproporcionados son una varia-

(37) Ya advertía, con la Proposición de Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia (PLORE), que el desigual tratamiento administrativo de algunas CC. AA. podría derivar en una ostensible discriminación, GONZÁLEZ AGUDELO, G., «Garantizar la efectiva aplicación de la ley», *Revista de DMD*, núm. 89, 2023, p. 33.

(38) TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., «La Ley Orgánica de regulación... *op. cit.*, p. 120.

ble ajena a los riesgos que ha evaluado el legislador. Es más, cabría añadir que la demora desproporcionada no es una variable ajena a la valorada por el legislador, sino que es contraria a la atribución que el legislador le otorga al órgano competente. La LORE, no en balde, establece un estricto y riguroso sistema de plazos y un expeditivo mecanismo de control judicial. Este enfoque orienta la solución hacia la posibilidad de que el juez pueda hacer su propia valoración de la conducta cuando, en circunstancias extremas y debido a un retraso significativo, el órgano responsable no cumple con la obligación que tiene encomendada.

Siendo esto así, lo que no parece razonable es que el juez penal pueda apreciar la causa de justificación genérica del ejercicio legítimo de un derecho (art. 20.7 CP). Ello porque la legitimidad de la práctica de eutanasia no depende solo del cumplimiento de los elementos subjetivos que exige la LORE (enfermedad o padecimiento), sino de los requisitos procedimentales que establece para ejercitar tal derecho. En otras palabras, la práctica de la eutanasia al margen de la Ley actúa como su propio límite(39), aunque ello no es óbice para admitir que puede darse un ámbito de excepcionalidad. Siendo esto así, si un sujeto coopera o causa la muerte de un enfermo porque es la única opción viable y existe un peligro real y objetivo para este, podrá hacerlo amparado en un estado de necesidad. En este caso, el tercero habrá infringido la obligación de seguir las disposiciones de la LORE para evitar un mal ajeno. Ahora bien, ese estado de necesidad tendrá que valorarse –a la luz de la decisión del TC– como «excusante», porque los bienes en conflicto tienen igual valor(40). Por un lado, el derecho a la vida (y –añado– el propio interés del Estado en que se respeten los procedimientos legales) y, por otro lado, el derecho a la integridad física y moral(41).

No sería apropiado aplicar idéntica solución al caso en el que el enfermo haya visto rechazada su solicitud y haya presentado una queja ante la Comisión, aunque esta última, incluso por razones de simple inactividad burocrática, no responda. Según lo establecido en la LORE, si el médico responsable rechaza la solicitud, el sujeto tiene derecho a presentar una queja. Si después de presentar la reclama-

(39) Sobre el artículo 20.7 CP, *vid.* SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., «Artículo 20.7» en Gómez Tomillo, M. (dir.), *Comentarios al Código Penal*, 2.ª ed., Lex Nova, 2011, p. 170.

(40) Sobre la necesidad de ponderar, *vid.* ORTS BERENGUER, E., GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, 10.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 426.

(41) Ello es independiente de que se comparta la decisión del Tribunal y, personalmente, se considere como *justificante*.

ción, la Comisión no emite una resolución en un plazo de veinte días, los solicitantes deben considerar que su solicitud ha sido rechazada(42). La LORE recurre, en este caso, a la ficción del silencio negativo con el propósito de evitar situaciones en las que la causación o cooperación en la muerte de otro pueda llevarse a cabo sin cumplir con los requisitos establecidos por la Ley, en aras del interés general y con el objetivo de proteger el derecho a la vida. Este supuesto, a diferencia del anterior, entra dentro de esas variables que tiene en cuenta el legislador y, por ende, si un tercero actúa en auxilio del enfermo, procurándole la muerte, no existirá posibilidad de que se aprecie causa de exención alguna, por no haberse colmado los requisitos de la específica.

Distinto tratamiento merecerá el supuesto en el que el paciente pierda, de forma sobrevenida, la capacidad durante el procedimiento (v.g. padece una enfermedad neurológica degenerativa asociada a una disminución progresiva de la capacidad y solicita la eutanasia, pero, en el plazo de quince días que establece la LORE para volver a solicitarla, pierde la capacidad). Para dar respuesta a los problemas que puede plantear esta concreta situación se detallará, con carácter previo, cómo resuelve la Ley el caso de pérdida sobrevenida de la capacidad. El artículo 5.1 letra c) LORE dispone:

«1. Para poder recibir la prestación de ayuda para morir será necesario que la persona cumpla todos los siguientes requisitos:

[...]

c) Haber formulado dos solicitudes de manera voluntaria y por escrito, o por otro medio que permita dejar constancia, y que no sea el resultado de ninguna presión externa, dejando una separación de al menos quince días naturales entre ambas.

Si el médico responsable *considera* que la pérdida de la capacidad de la persona solicitante para otorgar el consentimiento informado es inminente, *podrá* aceptar cualquier periodo menor que considere apropiado en función de las circunstancias clínicas concurrentes, de las que deberá dejar constancia en la historia clínica

[...]

2. No será de aplicación lo previsto en las letras b), c) y e) del apartado anterior en aquellos casos en los que el médico responsable certifique que el paciente no se encuentra en el pleno uso de sus facultades ni puede prestar su conformidad libre, voluntaria y consciente para realizar las solicitudes, cumpla lo previsto en el apartado 1.d), y haya suscrito con anterioridad un documento de instrucciones previas, testamento vital, voluntades anticipadas o documentos equivalentes legalmente reconocidos, en cuyo caso se podrá facilitar la prestación de ayuda para morir

(42) Así, artículo 18 letra a) LORE.

conforme a lo dispuesto en dicho documento. En el caso de haber nombrado representante en ese documento será el interlocutor válido para el médico responsable»(43).

Tras la lectura del precepto no queda duda de que, en el supuesto de que el médico responsable piense que la pérdida de capacidad para otorgar el consentimiento es inminente, tiene la «facultad» —que no el deber— de acortar los plazos(44). Como se trata de una «opción» de la que dispone el médico, hay que considerar dos posibles escenarios: 1) que el médico responsable acorte los plazos, en cuyo caso no habrá problema porque estará actuando de acuerdo con el marco procedimental que establece la LORE; 2) que el médico responsable no reduzca los plazos. En este último caso, si el que médico decide no reducir los plazos, habrá que actuar conforme a lo dispuesto en el numeral 2.º del artículo 5 LORE. Este establece que, en caso de incapacidad de hecho, será necesario que el sujeto haya suscrito un documento de instrucciones previas o documento equivalente legalmente reconocido(45). Ahora bien, el problema se planteará cuando el enfermo no haya suscrito ese documento (v.g. porque la enfermedad le acechó de forma inesperada). En ese contexto, si un tercero interviene en la muerte del enfermo, no parece que el juez penal pueda hacer su propia valoración del caso. Ello porque, de nuevo, no se trata de un supuesto ajeno a la valoración que realizó el legislador. La LORE tiene en cuenta el carácter urgente de determinadas situaciones y opta por concederle al médico la «posibilidad» de reducir los plazos. De no acortarlos, entiende que la solución se encuentra en la previa suscripción de un documento en el que se exprese la voluntad del enfermo. Todo lo anterior no obsta para que se pueda recurrir, por razones humanitarias, a la solución del indulto.

Queda por plantear el tratamiento jurídico que merecen aquellas conductas de «eutanasia» que se produjeron en fechas anteriores a la aprobación de la LORE. Tanto en la teoría como en la práctica hay quien ha entendido que como antes de la vigencia de la Ley era imposible cumplir con los requisitos formales que esta establecía, «la interpretación hacia el pasado de esta disposición debe prescindir de su literalidad [...]. No existiendo LORE en el pasado, la aplicación retroactiva del artículo 143.5 CP habrá de atender exclusivamente a la

(43) Cursiva añadida.

(44) Habría que reconsiderar, no obstante, si este precepto debiera cambiar la expresión «podrá» por «deberá», de forma que el médico actúe, obligatoriamente, conforme a la inminencia de la situación concreta a la que se enfrenta.

(45) La LORE se refiere al documento de instrucciones previas, testamento vital, voluntades anticipadas o documento equivalente.

verificación de las circunstancias materiales previstas por esta ley como presupuesto de su aplicación»(46).

La afirmación de que el carácter disvalioso de tales actos solo puede hacerse depender de la concurrencia de los presupuestos materiales que permiten afirmar la titularidad del derecho resulta dudoso. Y no únicamente porque el legislador no ha destipificado la conducta, sino porque el sentido profundo del texto de la LORE avoca a otra solución: la titularidad del derecho también depende del cumplimiento de los requisitos para acceder a él. Sea o no razonable, según el TC, el reconocimiento del derecho a la eutanasia y el suicidio asistido no implica que este no esté sujeto a límites. En ello consiste precisamente la LORE y en ello descansa su constitucionalidad. No cabe prescindir, pues, de la literalidad del texto, sino que se podría recurrir, como defiende JUANATEY DORADO, al expediente del estado de necesidad (art. 20.5 CP), dado que en el momento de realización de los hechos no existía tal posibilidad(47).

4.3 La controvertida exclusión de la eutanasia psiquiátrica

4.3.1 EL ORIGEN SOMÁTICO COMO LÍMITE AL DERECHO A LA EUTANASIA SEGÚN LA STC 19/2023, DE 22 DE MARZO

El TC circunscribe sus afirmaciones al limitado ámbito de las enfermedades o padecimientos «somáticos.» El desconcierto, en realidad, lo produce el Preámbulo de la LORE cuando, tras contextualizar la situación eutanásica exige que «debe delimitarse con arreglo a determinadas condiciones que afectan a la situación física de la persona con el consiguiente sufrimiento físico o mental». En esta línea, según el TC, la diferencia entre la enfermedad o dolencia física, por un lado, y los sufrimientos físicos o psíquicos asociados a ella, por otro, deja claro que la LORE no tiene la intención ni permite, a diferencia de lo que argumentan los recurrentes, incluir dentro de esos

(46) BARQUÍN SANZ, J., «Tratamiento jurídico-penal de... *op. cit.*, pp. 55 ss. En este último sentido cabe destacar que un Juzgado de lo Penal procedió a la absolución por delito de cooperación al suicidio a un sujeto que había procurado la muerte de su mujer, que padecía una enfermedad grave e incurable, tras retirar el Fiscal la acusación por la entrada en vigor de la LORE (*vid.* Juzgado de lo Penal n° 34 de Madrid, Sentencia 392/2021 de 5 de julio de 2021).

(47) JUANATEY DORADO, C., «Sobre la Ley Orgánica... *op. cit.*, p. 81.

padecimientos a la «enfermedad psicológica» o incluso la «depresión». Así lo expresa el TC:

«El “padecimiento” definido en el artículo 3 b) ha de presentarse siempre como una dolencia o enfermedad somática en su origen, aunque los sufrimientos constantes e intolerables que la Ley Orgánica en este punto requiere puedan ser de orden psíquico. En este extremo es concluyente su preámbulo que, al referirse al “contexto eutanásico”, comienza por aclarar que “debe delimitarse con arreglo a determinadas condiciones que afectan a la situación física de la persona con el consiguiente sufrimiento físico o mental”. Esta distinción entre la patología o dolencia física [“sin posibilidad de curación o mejoría apreciable” o “incurable”, apartados b) y c), respectivamente, del artículo 3], de un lado, y los sufrimientos físicos o psíquicos asociados a ella, del otro, excluye de raíz que la LORE, frente a lo que los recurrentes dicen, pretenda o permita incluir entre tales “padecimientos” la “enfermedad psicológica” o, incluso, la “depresión”»(48).

Esta drástica decisión del TC de limitar la eutanasia a las enfermedades o padecimientos somáticos ha producido asombro, y ello porque del texto de la Ley no se deduce con claridad tal límite del límite y, por otro lado, porque esa exclusión debió haber ido precedida de una reflexión sobre lo oportuno y razonable de dividir tan tajantemente entre lo físico y lo mental.

La restricción que plantea el TC en la sentencia puede deberse a que, como se ha dicho, el Preámbulo parece limitar la eutanasia a supuestos donde la causa tenga origen somático. No obstante, esta limitación que suscribe el Alto Tribunal debió ser conciliada con la significancia que él mismo les otorga a los Preámbulos. Conforme a su propia jurisprudencia, ostentan no un carácter normativo sino de naturaleza interpretativa(49). Ahora bien, es indubitable que, a pesar de que la exégesis primordial se encuentra arraigada en el tenor literal del texto, este principio ha sido relegado —o, como poco, se ha procedido a interpretarlo restrictivamente sin una mayor argumentación— porque, si se atiende al artículo 3 de la Ley, cuando se define el padecimiento, no se podrá sino señalar que, dentro de él, se encuentran las enfermedades mentales. El artículo 3 letra b) define el padecimiento grave, crónico e imposibilitante de la siguiente forma:

«situación que hace referencia a limitaciones que inciden directamente sobre la autonomía física y actividades de la vida diaria, de manera que no permite valerse por sí mismo, así como sobre la capaci-

(48) FJ 6.º

(49) Entre otras, STC 36/1981, de 12 de noviembre. También puede verse, STS 340/2021, de 24 de abril.

dad de expresión y relación, y que llevan asociado un sufrimiento físico o psíquico constante e intolerable para quien lo padece, existiendo seguridad o gran probabilidad de que tales limitaciones vayan a persistir en el tiempo sin posibilidad de curación o mejoría apreciable. En ocasiones puede suponer la dependencia absoluta de apoyo tecnológico».

La utilización de la locución «así como», al definir la situación de padecimiento revela que no han de ser únicamente físicos, sino que, y en términos comparativos o alternativos, pueden afectar a la «capacidad de expresión y relación».

En todo caso, este límite del límite debía haber ido precedido de un hondo debate que no se produjo en sede parlamentaria. Asimismo, esta categórica separación entre lo físico y lo mental que se plantea en la sentencia puede reputarse inadecuada cuando en el campo de la Medicina ya no se sostiene, al menos con tanta claridad(50). De hecho, es ampliamente reconocido por parte de los profesionales médicos que existe una interacción evidente entre la salud física y mental. Dicho esto, podría resultar inapropiado insistir —como hace el TC— en una división tan absoluta en el dualismo mente-cuerpo(51).

Con todo, podría discutirse el alcance que tiene la decisión del TC de excluir a los pacientes psiquiátricos; si se trata de una interpretación vinculante (similar a una sentencia interpretativa) o de un razonamiento *obiter dicta* sin valor alguno. En este último sentido, CARBONELL MATEU entiende que el límite del derecho a la autodeterminación personal en un contexto eutanásico determinado deriva de la ley y no de la CE. El autor apunta que: «[p]uede discutirse, ciertamente, si se acierta al utilizar la expresión “somática”, si bien parece lógico interpretar que lo requerido es una alteración psíquica médicamente detectable, que ha de tener un carácter estable y duradero. De cualquier manera, no estamos ante una interpretación vinculante de un argumento que pretende contradecir la pretensión de que bajo el término padecimiento psíquico quepa cualquier alteración, por leve que sea. La afirmación, dudosa desde el punto de vista médico, no afecta al fallo de la sentencia ni produce efecto limitativo alguno»(52). No obstante, resulta dudoso negarle el carácter de «decisión». Según

(50) Sobre el particular, *vid.* PRESNO LINERA, M. A., «El Tribunal Constitucional avala la ley de eutanasia», *Revista de DMD*, núm. 89, 2023, p. 9.

(51) Se puede esperar que, en un futuro próximo, se plantee el debate en España sobre la pertinencia de ampliar *más claramente* los supuestos de eutanasia, como ya ha ocurrido en países del entorno europeo donde se ha acogido la posibilidad de la eutanasia psiquiátrica (*vid.* BERTOLÍN-GUILLÉN, J. M., «Eutanasia, suicidio asistido y psiquiatría», *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, núm. 41, 2022).

(52) CARBONELL MATEU, J. C., «El Tribunal Constitucional proclama... *op. cit.*, pp. 13 y 14.

el artículo 5.1 LOPJ, la CE vincula a jueces y tribunales, quienes interpretan y aplican las leyes según los preceptos y principios constitucionales, «conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones emanadas del TC» y el Tribunal de Garantías, en su sentencia, dedica buena parte del texto para resolver esta duda con firmeza, aunque lo haga con una argumentación –como también afirma el autor– ayuna de fundamento.

4.3.2 EL TRATAMIENTO JURÍDICO-PENAL DE LA EUTANASIA PSIQUIÁTRICA

Hasta la publicación de la sentencia, se habían concedido solicitudes de eutanasia para pacientes psiquiátricos que sufrían problemas de salud mental como condición primaria y única para acceder al derecho(53). Los Tribunales de Justicia también habían considerado incluir las enfermedades mentales en el concepto de padecimiento(54). Sin embargo, con la STC 19/2023, de 22 de marzo, se excluye categóricamente el origen no somático y, consiguientemente, surge la cuestión de cómo abordar la conducta de aquellos que hayan admitido solicitudes de eutanasia basadas en enfermedades mentales y de aquellos otros que, desconociendo la sentencia, aprueben la prestación en tales casos.

En el primer escenario planteado, el relacionado con las admisiones de eutanasia basadas en motivos psiquiátricos y aprobadas antes de la sentencia del TC, surge el interrogante de si este caso debería ser considerado atípico o si lo coherente es, por el contrario, acudir al expediente del error de prohibición. Podría percibirse como inconsis-

(53) Informe sobre la aplicación de la Ley orgánica 3/2021, de regulación de la eutanasia en Catalunya. Generalitat de Catalunya, Departamento de Salud, https://canalsalut.gencat.cat/web/.content/_Professionals/Consells_comissions/comissio-garantia-i-avaluacio-catalunya/infornes/memoria-pram-es-22.pdf (última visita: 7 de noviembre de 2023). Del mismo modo, la Comisión de Garantía y Evaluación abordó esta problemática señalando que la LORE no excluía la enfermedad mental (*vid.* Peticions de PRAM per persones amb problemes de salut mental, Generalitat de Catalunya, Comissió de Garantia i Avaluació, https://canalsalut.gencat.cat/web/.content/_Professionals/Consells_comissions/comissio-garantia-i-avaluacio-catalunya/papers-i-posicionament/consideracions-pram-salut-mental.pdf (última visita: 15 de septiembre de 2023). En la página de la Comisión de Garantía y Evaluación catalana en el apdo. de «preguntas y respuestas» se señala expresamente que los trastornos mentales graves pueden ser la causa para solicitar la eutanasia o el suicidio asistido (*vid.* Canal Salut, Generalitat de Catalunya, <https://canalsalut.gencat.cat/ca/professionals/consells-comissions/comissio-garantia-avaluacio-catalunya/preguntes-freqents/patiment-greu-o-impossibilitant/> [última visita: 15 de septiembre de 2023]).

(54) En este sentido lo plantea la STSJN 353/2022, de 16 de diciembre (contencioso-administrativo).

tente afirmar que las admisiones previas a la sentencia basadas exclusivamente en enfermedades psiquiátricas serán típicas, dado que el texto de la LORE, como se dijo, no evidencia tal límite. También se podría plantear, alternativamente, la posibilidad de acudir al expediente del error de prohibición para resolver esta situación. Ello porque, se podría decir, de asumir lo contrario, que se estaría admitiendo una interpretación que no se ajusta a las exigencias que derivan de la CE, según la exégesis proporcionada por su supremo intérprete(55). No obstante, y tras reflexionar sobre este particular con los miembros del Tribunal en los Premios Susana Huerta, considero que la vía idónea será la de interpretar que se está ante un caso de atipicidad, pues no mediaba prohibición y se trata de una variación no previsible y desfavorable para el sujeto(56). De no acogerse esta tesis, como posibilidad extrema o última, se podría plantear la solución por la vía del error de prohibición(57).

Es el segundo de los supuestos, el relativo a la admisión de la eutanasia psiquiátrica con posterioridad a la sentencia, el que planteará una problemática mayor. Ello porque, con carácter general, resulta difícil que pueda prosperar la alegación de un error por parte de un profesional sobre actos que correspondan a su propia labor(58). No obstante, habrá que valorar cada caso concreto. Se ha de partir de que este límite al origen somático no queda completamente evidenciado en la sentencia. El TC no repara en esta exclusión; de hecho, realiza

(55) Como señala el artículo 1.1 LOTC: «El Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de la Constitución, es independiente de los demás órganos constitucionales y está sometido sólo a la Constitución y a la presente Ley Orgánica».

(56) En línea con lo que se plantea con el principio de irretroactividad de los cambios jurisprudenciales. En este sentido, *vid.* MADRID CONESA, F., *El principio de irretroactividad de la ley penal y las variaciones jurisprudenciales desfavorables al reo*, Universidad de Valencia, Valencia, 1982, *passim* y VIDALES RODRÍGUEZ, C., *La eficacia retroactiva de los cambios jurisprudenciales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, *passim*.

(57) Por lo que respecta a la valoración del error como vencible o invencible apenas se encontrarán supuestos donde el competente para admitir la solicitud de eutanasia obrara sabiendo que su conducta era contraria a Derecho. Como se ha demostrado al analizar el tenor literal de la ley, con las definiciones de padecimiento que esta da, se incluía claramente esta situación. Además, en los hospitales se recibieron instrucciones para proceder en estos casos. Difícilmente se podrá argumentar que los sujetos intervinientes tenían la posibilidad de conocer la ilicitud de sus actos, no podían saberlo ni aún con el máximo esfuerzo para superar la supuesta equivocación. En definitiva, en estos casos, se podría valorar la concurrencia de un error de prohibición inevitable.

(58) Ampliamente, y con jurisprudencia sistematizada, *vid.* OLAIZOLA NOGALES, I., «Artículo 14» en Cuerda Arnau, M. L. (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 217.

esta afirmación de forma tangencial, confusa y poco clara. Tras excluir del ámbito subjetivo de la LORE la depresión, señala que la definición de padecimiento que otorga la LORE no es contraria a la seguridad jurídica, ya que es susceptible de ser definida de conformidad con el uso y sentido general del lenguaje. No obstante, la confusión radica en que ese uso idiomático general al que se refiere el Tribunal no excluye las enfermedades mentales. Además de lo anterior, sería necesario considerar la implementación de alguna directriz, ya sea a través de una instrucción específica en los hospitales o mediante las reuniones anuales, de forma que se establezca que en los casos donde el origen del padecimiento sea de naturaleza no somática, no se concederá la ayuda para morir. De no darse, cabría valorar la apreciación de un error sobre la ilicitud con carácter vencible o invencible según los casos.

5. CONCLUSIONES

1. El reconocimiento por la Ley del derecho a la eutanasia ha incidido en la propia comprensión del texto constitucional. El TC ha perfilado, dentro del marco social de coincidencia que representa la LORE, el alcance de la libertad, la dignidad o el derecho a la integridad física y moral.

2. El TC toma en cuenta las circunstancias extremas a las que se enfrenta la persona y estas contribuyen a definir los límites del derecho. Según entiende, el hecho de que el individuo pueda tomar decisiones autónomas en el «contexto eutanásico» no excluye la posibilidad de que el legislador intervenga para proteger el derecho a la vida.

3. El artículo 143 CP refleja un cierto paternalismo estatal que, sin embargo, en la actualidad, puede tener un sentido. No existe un consenso comunitario sólido para despenalizar determinadas formas de control que el Estado ejerce sobre la ciudadanía, a diferencia de lo que ocurrió con la promulgación de la Ley de plazos o posteriormente con la LORE. No obstante, la única restricción que plantea el TC en el ámbito penal es que la respuesta no tenga como objetivo la protección de bienes o intereses que estén constitucionalmente proscritos o que carezcan de relevancia social y que la pena no resulte inadecuada para alcanzar dicho objetivo. Esta consideración, si se lleva hasta sus últimas consecuencias, puede implicar, en el futuro, una reflexión sobre la pertinencia de mantener el castigo de la ayuda al suicidio.

4. Los casos en los que no se cumple con el procedimiento legalmente establecido, cuando el legislador ha optado por una determinada solución, impiden que el juez penal pueda hacer su propia valoración (v.g. cuando se hayan producido denegaciones, aunque se consideren injustas, y los supuestos en los que el sujeto pierda de forma sobrevenida la capacidad si no dispone de documento de instrucciones previas o equivalente). En otros contextos, sin embargo, el legislador puede no haber tomado en cuenta la situación concreta y, por ende, el juez penal podrá hacer su propia valoración del supuesto. Este sería el caso de los retrasos desproporcionados en la resolución de la petición de eutanasia.

5. Resulta discutible, atendiendo al tenor literal de la LORE, la limitación que plantea el TC de la eutanasia al origen somático. En general, los casos en los que se haya autorizado, antes de la sentencia, la eutanasia por motivos psiquiátricos cabrá considerar que se trata de un caso de atipicidad. Las admisiones posteriores a la resolución del TC deberán ser evaluadas de forma individualizada. La aplicación de la doctrina general que establece que el error no puede prosperar en situaciones vinculadas a actos inherentes a la propia profesión debe aplicarse con extrema cautela, dada la falta de claridad de la sentencia al excluir a los pacientes psiquiátricos. En cualquier caso, sería recomendable proporcionar pautas a los profesionales para guiar su actuación.

6. BIBLIOGRAFÍA

- ATIENZA, M., JUANATEY, C., «¿Hay argumentos plausibles contra la eutanasia?», *Revista de DMD*, núm. 87, 2018.
- BAJO FERNÁNDEZ, M., «Disponibilidad de la propia vida», *Homenaje al profesor Dr. González Rodríguez Mourullo*, Civitas, Madrid, 2005.
- BARQUÍN SANZ, J., «Despenalización de la eutanasia. Acerca de la Proposición de Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia de 2020» en Abel Souto, M., Brage Cendán, S., Guinarte Cabada, G., Martínez-Buján Pérez, C., Vázquez-Portomeñe Seijas, F., *Estudios penales en homenaje al profesor José Manuel Lorenzo Salgado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- «La eutanasia como forma de intervención en la muerte de otro» en Roxin, C, Mantovani, F., Barquín, J., Olmedo, M., *Eutanasia y suicidio. Cuestiones dogmáticas y de política criminal*, Comares, Granada, 2001.
- «Tratamiento jurídico-penal de la eutanasia tras la reforma de 2021», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 133, 2021.

- BERTOLÍN-GUILLÉN, J. M., «Eutanasia, suicidio asistido y psiquiatría», *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, núm. 41, 2022.
- BORJA JIMÉNEZ, E., *Curso de política criminal*, 3.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- BRAGE CENDÁN, S. B., «La eutanasia y el suicidio asistido: una inminente despenalización en España» en Abel Souto, M., Brage Cendán, S., Guinarte Cabada, G., Martínez-Buján Pérez, C., Vázquez-Portomeñe Seijas, F., *Estudios penales en homenaje al profesor José Manuel Lorenzo Salgado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- CAMBRÓN, A., «La eutanasia, derecho fundamental», *Revista de DMD*, núm. 82, 2020.
- CARBONELL MATEU, J. C., «El derecho a decidir sobre sí mismo: eutanasia y maternidad. A propósito de la Proposición de Ley Orgánica sobre la Eutanasia» en Morales Prats, F., Tamarit Sumalla, J. M., García Albero, R. (coords.), *Represión Penal y Estado de Derecho. Homenaje al Profesor Gonzalo Quintero Olivares*, Aranzadi, Navarra, 2018.
- «El Tribunal Constitucional proclama el derecho a morir con ayuda», *Revista de DMD*, núm. 90, 2023.
- «Homicidio y sus formas (y III): suicidio y eutanasia», en González Cusac, J. L. (coord.), *Derecho Penal Parte Especial*, 8.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- «La Ley de eutanasia: una Ley emanada de la dignidad», Acale Sánchez, M., Miranda Rodríguez, A., Nieto Martín, A. (coords.), *Reformas penales en la península ibérica: A «jangada de pedra»?*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2021.
- CUERDA ARNAU, M. L., «Un paso adelante. Dos décadas desde el Manifiesto de Valencia», *Revista de DMD*, núm. 47, 2014.
- DE LA MATA BARRANCO, N. J., «El Derecho penal de la libertad: ¿qué hacemos con la eutanasia?», <https://almacenederecho.org/el-derecho-penal-frente-a-la-idea-de-libertad-que-hacemos-con-la-eutanasia>
- «El Derecho Penal y la eutanasia», *Revista de DMD*, núm. 82, 2020.
- «El tratamiento penal de la eutanasia», <https://almacenederecho.org/el-tratamiento-penal-de-la-eutanasia>
- DE LUCAS, J., «Libres hasta el final», *Revista de DMD*, núm. 87, 2018.
- DEL ROSAL BLASCO, B., «El tratamiento jurídico-penal y doctrinal de la eutanasia en España» en Muñoz Sánchez, J., Díez Ripollés, J. L. (coords.), *El tratamiento jurídico de la eutanasia: una perspectiva comparada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- «La participación y el auxilio ejecutivo en el suicidio: un intento de reinterpretación constitucional del artículo 409 del Código penal», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1987.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., BARBER BURUSCO, S., «Participación en el suicidio y eutanasia. Esbozo del tratamiento penal en España», *Nuevo Foro Penal*, núm. 79, 2012.

- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Suicidio y homicidio consentido» EN EL MISMO Y GRACIA MARTÍN, L., *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales. Vida humana independiente y libertad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.
- DWORKIN, R., «Hard cases», *Harvard Law Review*, vol. 88, núm. 6, 1975.
- DWORKIN, R., NAGEL, T., NOZICK, R., RAWLS, J., SCANLON T., JARVIS THOMSON, J., «Assisted Suicide: The Philosophers Brief», *The New York Review of Books*, vol. XLIV, núm. 5, 1997.
- FLORES JUBERÍAS, C., «Eutanasia: el debate sigue vivo», *Razón española: revista bimestral de pensamiento*, núm. 227, 2021.
- GARCÍA ÁLVAREZ, P., «La reforma del artículo 143 del Código penal por la Ley Orgánica, de regulación de la eutanasia, ¿la despenalización de la eutanasia, «por fin»?», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 35, 2021.
- GONZÁLEZ AGUDELO, G., «Garantizar la efectiva aplicación de la ley», *Revista de DMD*, núm. 89, 2023.
- HERNÁNDEZ GARCÍA, J., «Derecho individual a la eutanasia y la (discutible) exclusión de las personas menores de edad» en Tomás-Valiente Lanuza, C. (coord.), *La eutanasia a debate: primeras reflexiones sobre la Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia*, Marcial Pons, Madrid, 2021.
- JUANATEY DORADO, C., «Defensa de la Ley de Eutanasia», *Revista de DMD*, núm. 85, 2021.
- «Reflexiones a propósito de la propuesta de regulación de la eutanasia voluntaria en España», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 34, 2020.
- «Sobre la Ley Orgánica de regulación de la eutanasia voluntaria en España», *Teoría & Derecho*, núm. 29, 2021.
- «Sobre la Proposición de Ley Orgánica de regulación de la eutanasia voluntaria en España» en ABEL SOUTO, M., BRAGE CENDÁN, S., GUINARTE CABADA, G., MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEJAS, F., *Estudios penales en homenaje al profesor José Manuel Lorenzo Salgado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- *Derecho, suicidio y eutanasia*, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1994.
- JUANATEY DORADO, C., CUERDA ARNAU, M. L., «La nuova legge organica che disciplina l'eutanasia volontaria in Spagna», *Diritto penale XXI secolo*, anno XX, núm. 1, 2021.
- LÓPEZ GUERRA, L., *El convenio Europeo de Derechos Humanos. Según la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, A., «En torno a la llamada interpretación evolutiva (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la Ley 13/2005, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, permitiendo el de personas del mismo sexo)», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 27, 2013.
- LORENZO SALGADO, J. M., «Algunas consideraciones sobre el artículo 143.4 del Código Penal» en Pérez Álvarez, F. (ed.), *Universitas Vitae. Homenaje a Ruperto Núñez Barbero*, Ediciones Universidad Salamanca, Salamanca, 2008.

- MADRID CONESA, F., *El principio de irretroactividad de la ley penal y las variaciones jurisprudenciales desfavorables al reo*, Universidad de Valencia, Valencia, 1982.
- MARCOS DEL CANO, A. M., «¿Existe un derecho a la eutanasia?: Panorama internacional y análisis de la Ley Orgánica de la Eutanasia en nuestro país», *Teoría & Derecho*, núm. 29, 2021.
- NÚÑEZ PAZ, M. A., *Interrupción voluntaria de la vida*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- OLAIZOLA NOGALES, I., «Artículo 14» en Cuerda Arnau, M. L. (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- ORTS BERENGUER, E., GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, 10.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- PAREJO GUZMÁN, M. J., «Problemática actual de la eutanasia en el ordenamiento jurídico español», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 4, 2005.
- PRESNO LINERA, M. A., «Constitucionalidad de una Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia», *Revista de DMD*, núm. 82, 2020.
- «El matrimonio: ¿garantía institucional o esfera vital? A propósito de la STC 198/2012, de 6 de noviembre, sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo y la jurisprudencia comparada», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 19, 2013.
- «El Tribunal Constitucional avala la ley de eutanasia», *Revista de DMD*, núm. 89, 2023.
- «La eutanasia como derecho fundamental», *Teoría & Derecho*, núm. 29, 2021.
- QUERALT, J. J., «La eutanasia: perspectivas actuales y futuras», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 41, Fasc. 1, 1988.
- QUINTERO OLIVARES, G., «Un derecho que no se respeta», *Revista de DMD*, núm. 82, 2020.
- RAGA I VIVES, A., «Il trattamento giuridico dell'eutanasia in Spagna, con particolare riferimento alla sentenza del Tribunale costituzionale n. 19 del 23 marzo 2023», *Diritto penale XXI secolo*, núm. 2, 2023.
- «Una lectura constitucional de la LO 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia», *Revista Penal México*, núm. 21, 2022.
- RODRÍGUEZ LAÍN, J. L., FUERTES ROCAÑÍN, J. C., FUERTES IGLESIAS, C., RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, B., *Eutanasia y testamento vital*, Aranzadi, Navarra, 2021.
- ROMEO CASABONA, C., «La ley orgánica reguladora de la eutanasia y la adaptación del código penal», *Rivista di BioDiritto*, núm. 2, 2021.
- RUEDA SORIANO, Y., «Artículo 143» en CUERDA ARNAU, M. L., *Comentarios al Código Penal*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- RUIZ MIGUEL, A., «Autonomía individual y derecho a la propia muerte», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 89, mayo-agosto, 2010.
- SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., «Artículo 20.7» en Gómez Tomillo, M. (dir.), *Comentarios al Código Penal*, 2.^a ed., Lex Nova, 2011.

- TOMÁS Y VALIENTE, F., *A orillas del Estado*, Taurus, Madrid, 1996.
- TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., «La disponibilidad de la propia vida: aspectos constitucionales», *Actas de las VIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Tribunal Constitucional y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.
- «La Ley Orgánica de regulación de la eutanasia: valoración global y primeras dudas interpretativas», *Teoría & Derecho*, núm. 29, 2021.
- «Tomar en serio la autonomía», *Revista de DMD*, núm. 78, 2018.
- *El efecto oclusivo entre causas de justificación*, Comares, Granada, 2009.
- *La disponibilidad de la vida desde la perspectiva constitucional*, Boletín Oficial del Estado, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.
- VALLE MUÑIZ, J. M., «Artículo 143» en Quintero Olivares, G. (coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Aranzadi, Navarra, 1996.
- VÁZQUEZ, V., «Derogar la eutanasia», https://www.diariodesevilla.es/opinion/articulos/Derogar-eutanasia_0_1778522231.html
- VIDALES RODRÍGUEZ, C., *La eficacia retroactiva de los cambios jurisprudenciales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

CRÓNICA

Acto académico de reconocimiento de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid al Prof. Dr. Enrique Gimbernat Ordeig

En la tarde del 30 de mayo de 2023, y presidido por el Decano de la Facultad, Prof. Dr. Ricardo Alonso García, y por el Director del Departamento de Derecho Procesal y Derecho Penal, Prof. Dr. Julio Banacloche Palao, se celebró, en el Salón de Grados de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, un acto de reconocimiento académico al Prof. Dr. Enrique Gimbernat Ordeig, Catedrático emérito de Derecho Penal de dicha Facultad. Una vez concluido el acto, los asistentes se trasladaron al aula 102 de la Facultad, donde el Profesor Gimbernat descubrió una placa que otorgaba su nombre a la referida aula.

En el acto académico pronunció la *Laudatio* del Profesor Gimbernat, la Catedrática de Derecho Penal de la Universidad Complutense Margarita Martínez Escamilla, cerrándose el acto con un discurso pronunciado por el homenajeado.

A continuación, reproducimos la *Laudatio* de la profesora Martínez Escamilla y el discurso del profesor Gimbernat.

Laudatio a Enrique Gimbernat Ordeig, por la profesora Margarita Martínez Escamilla, con motivo del acto de reconocimiento de la Facultad de Derecho de la UCM, dando su nombre al aula 102

Constituye para mí un grandísimo honor pronunciar unas palabras sobre el Profesor Enrique Gimbernat Ordeig y su obra, con motivo de este reconocimiento que otorga la Facultad a sus profesores más ilustres y emblemáticos.

I

Al igual que la Junta de Facultad acordó otorgárselo por unanimidad, existe unanimidad entre los penalistas en la capital importancia de la obra de Enrique Gimbernat para la Ciencia del Derecho Penal.

Enrique Gimbernat ha contribuido como nadie a elevar el Derecho penal español a la categoría de ciencia, situándolo al mismo nivel de excelencia que la dogmática jurídico-penal alemana, en la que su obra ha influido desde sus inicios. Sus publicaciones han tenido también un gran impacto en Latinoamérica, donde cuenta con numerosos discípulos.

Para la Ciencia Penal española, el Profesor Gimbernat ha sido un pionero, ha abierto nuevos caminos. En su primera monografía *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, de 1966, —que es una refundición de sus tesis alemana y española—, presenta la novedosa teoría de la imputación objetiva, reconduciendo la relación de causalidad a sus justos términos y diseñando el criterio del fin de protección de la norma, que tanta capacidad de rendimiento ha demostrado. Esta teoría le permitía limitar los dañinos efectos de los entonces vigentes delitos cualificados por el resultado, como era el delito de aborto con resultado de muerte o el robo con homicidio y esto ha sido una constante en su obra: aunar excelencia teórica e interés práctico.

Delitos cualificados por el resultado y causalidad es el inicio de una línea de investigación que ha venido desarrollando a lo largo de toda su carrera, con publicaciones sobre los cursos causales irregulares, el comportamiento alternativo conforme a derecho, la responsabilidad por el producto, el comportamiento de la víctima, la autopuesta en peligro, etc.

En ese mismo año, 1966, con solo 28 años, publica su segunda monografía *Autor y cómplice*, un estudio de la codelinuencia que ofrece creatividad jurídica al tiempo que un análisis exhaustivo de la doctrina alemana y española, pero también de la jurisprudencia. Esta atención a la jurisprudencia es otra de las constantes en su obra y podríamos decir que se ha visto correspondida por la buena acogida que las teorías de Gimbernat han tenido no solo en la doctrina, sino también en la jurisprudencia de nuestros tribunales.

Así sucedió, por ejemplo, con su «teoría de los bienes escasos» diseñada en *Autor y cómplice*. Un ejemplo más reciente lo tenemos en su teoría de la desestabilización del foco de peligro, cuyas ideas han sido recogidas por el Tribunal Supremo en la conocida sentencia del Madrid Arena. Esta resolución marca, a mi juicio, un antes y un después en cuanto a la superación de la exigencia de inevitabilidad del

resultado como criterio de imputación objetiva en la comisión por omisión. La teoría de la desestabilización del foco de peligro es uno de los resultados de otra robusta línea de investigación que Gimbernat ha desarrollado a lo largo de los años, que ha dado lugar a numerosas publicaciones y que versa sobre una de las cuestiones más complejas de la dogmática penal: el comportamiento omisivo.

¿Cuál piensan ustedes que es el artículo más leído y citado de la historia del Derecho penal en español? Yo apostaría sin duda por su famoso artículo «¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?». En este trabajo Gimbernat vuelve a señalar nuevos horizontes. Apoyándose en el psicoanálisis –disciplina que conoce muy bien– argumenta que la pena no está para retribuir una culpabilidad inexistente o, al menos, indemostrable, sino para reforzar aquellas prohibiciones imprescindibles; concibiendo la norma penal como norma de motivación, sin que ello tenga que derivar en un abuso del Derecho penal. Porque la pena, nos recuerda, es «una amarga necesidad» y la función de la dogmática, establecer sus límites.

La obra de Enrique Gimbernat no solo es innovadora. También es fecunda. No hay pilar de la teoría jurídica del delito en el que no haya dejado su impronta: «Acerca del dolo eventual», «El estado de necesidad: una cuestión de antijuridicidad» o, por ejemplo, «El ocasionamiento de muerte que empieza como asesinato y termina como homicidio» son grandes clásicos de la dogmática penal. Tampoco podemos olvidar sus aportaciones a la Parte Especial, a cuestiones procesales como la extradición o a la dimensión constitucional del Derecho penal. Sin dejar de mencionar, por supuesto, sus jugosos prólogos a las sucesivas ediciones del Código penal de Tecnos, que nos van marcando cada inicio de curso.

La obra de Gimbernat representa a mi juicio la Ciencia del Derecho penal con letras mayúsculas. Ni la diversidad temática, ni la fecundidad numérica merman ni una pizca de calidad a sus publicaciones, que elabora con el mayor de los esmeros, no solo en lo que hace al contenido, sino también en los aspectos formales. La claridad ha sido destacada como la principal seña identidad de su estilo, su capacidad para hacer fácilmente comprensible las más complejas e intrincadas cuestiones técnicas.

Los penalistas de varias generaciones hemos aprendido Derecho penal con la obra de Enrique Gimbernat y me consta que, más allá de sus discípulos, muchas vocaciones traen causa en la fuerza estimulante e inspiradora de su pensamiento.

II

Enrique Gimbernat no es solo un académico de prestigio. Es también un intelectual; un intelectual influyente.

Desde muy joven –a través fundamentalmente de sus artículos en la prensa escrita–, ha intervenido en los debates jurídico-penales más controvertidos de nuestra historia reciente: la extradición de Pinochet, cuestiones relativas al terrorismo de ETA, como la Sentencia de Herri Batasuna o el cierre de Egin, el terrorismo de Estado de los GAL. Ha escrito sobre el juicio del 23 F, sobre la inviolabilidad del Rey emérito, la corrupción de la Gürtel, la cuestión catalana, la violencia de género..., por mencionar algunos de los temas abordados en sus artículos en prensa, que ha recopilado en varios libros como el titulado *El Derecho penal en el mundo*.

Gimbernat no los considera artículos divulgativos, en el sentido de llevar a un gran público cuestiones básicas y consensuadas del Derecho penal. Y tiene razón, porque sus artículos son rigurosos análisis jurídicos de la vertiente penal de acontecimientos importantes de nuestra vida pública, que, en muchas ocasiones, plantean problemas penales totalmente inéditos o sobre los que existen opiniones divergentes. Pero sí me gustaría pensar que son divulgativos en el sentido de difundir y dar ejemplo de una forma de participar en el debate público de la que tan necesitados estamos en estos tiempos crispados; una forma de participar basada en la fuerza racional de convicción de los argumentos y que Gimbernat ejerce sin más ataduras que sus convicciones democráticas y su compromiso con el Estado de Derecho.

III

Una obra tan excepcional solo es posible porque Enrique Gimbernat es una persona excepcional, una persona muy singular.

Hay dos textos sobre Enrique Gimbernat que recomiendo vivamente. Uno es su «Autosemblanza», publicada en el Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. El segundo texto se titula «Testigo de una vocación» y fue escrito por su amigo desde la infancia, el catedrático de Derecho Constitucional, Jorge de Esteban. Está publicado en el Libro Homenaje dedicado a Enrique con motivo de su 70 cumpleaños.

Gracias a estos deliciosos textos, podemos conocer, en el contexto político y social de la dictadura, a un jovencísimo Enrique que con 17

años se matricula en Derecho en la Universidad Complutense y que, en segundo o tercer curso, decide que quiere ser penalista y dedicarse a la universidad. Para no demorar su propósito se matricula en todas las asignaturas de cuarto y quinto y las aprueba en junio de 1959.

Como sabe que en Alemania la Ciencia penal está mucho más desarrollada que en España, allí que se va, sin ningún contacto académico en ninguno de los dos países. En solo tres años aprende alemán y, bajo la dirección de Heinrich Henkel, escribe una tesis doctoral que abre nuevos caminos. En enero de 1963 supera el examen *rigurosus* con excelentes calificaciones y con 24 años obtiene el título de Doctor en Derecho Penal por la Universidad de Hamburgo.

¿No les parece algo realmente asombroso? A mí sí. Por dos razones.

En primer lugar, hay personas que se pasan la vida buscando un propósito, algunos mueren sin haberlo encontrado y me parece extraordinaria la claridad mental con la que ese jovencísimo Enrique identifica su propósito, que a partir de ese momento perseguirá con pasión: el llegar a ser un gran penalista.

Por otra parte, la hazaña de Enrique es, en sí misma, prodigiosa. Cuando pienso que por aquel entonces no había ordenadores, ni teléfonos móviles, ni siquiera fotocopiadoras, a mis ojos semejante hazaña coloca a Gimbernat a la altura de los superhéroes.

Pero Enrique Gimbernat no es un superhéroe, no tiene poderes mágicos. Ninguno de sus méritos ha caído del cielo, nadie se los ha regalado. Todos los ha conseguido a base de inteligencia, pasión y un descomunal esfuerzo.

El camino de Gimbernat hasta conseguir su ansiada plaza de Catedrático no fue precisamente un camino de rosas, sino que atravesó grandes dificultades y momentos amargos. Nos lo cuenta Jorge de Esteban transcribiendo fragmentos de las cartas que le enviaba Enrique, en las que hablaba de los momentos de desánimo e inseguridad ante la meta que se había marcado o de las estrecheces económicas que le acompañaron durante mucho tiempo. En su «Autosemblanza», Enrique Gimbernat nos habla de la pérdida de sus padres con pocos meses de diferencia, en 1963, año en que regresó a España. Una orfandad que se hizo aún más grande cuando en enero de 1967 murió prematuramente su maestro Antonio Quintano Ripollés, catedrático de esta casa, con quien Enrique tan magníficamente había congeniado en lo personal y en lo académico. Un fallecimiento que se produjo, además, en vísperas de la oposición en la que Enrique por fin debería haber obtenido la plaza de catedrático.

Y leyendo estos textos, tan magníficamente escritos, me he descubierto hablando con ese Enrique de veintipocos años en los momentos amargos, diciéndole que no se desanime, que se cumplirán sus sueños, que sus esfuerzos se verán recompensados con unos frutos más plenos y más dulces que los que ese joven tan audaz pudo haber imaginado.

IV

Algunos, algunas, hemos tenido la inmensa fortuna de ser los discípulos en el sentido académico de Enrique Gimbernat, y creo poder hablar en nombre de mis condiscípulos al afirmar que tenemos el mejor de los maestros.

No solo por el inmenso honor de ver nuestros nombres vinculados al de tan gran penalista, no sólo porque su prestigio y posición hayan facilitado nuestra carrera académica –justo es reconocerlo y agradecerse–, sino también por el modelo de humanidad que nos ha brindado. Enrique siempre ha estado ahí, a nuestro lado, en los momentos importantes de la vida, en los profesionales y en los personales, en los buenos y en los malos. Siempre ha sido respetuoso con los itinerarios que cada uno hemos escogido, comprensivo con nuestras complejidades y benévolo con las torpezas y errores que sin duda hemos cometido en todos estos años.

Mis condiscípulos Carlos García Valdés y Antonio Cuerda hicieron dos preciosas laudationes para el libro homenaje a Enrique, por lo que resulta muy difícil ser original en la semblanza del maestro. En ellas se da fe de la enorme generosidad de Enrique; una generosidad que, después de leer su «Autosemblanza», sabemos que heredó de sus queridos padres. También se destaca, y lo corroboro, que Gimbernat no es vanidoso ni arrogante, trata con respeto las opiniones de colegas, discípulos, alumnas y alumnos, y sabe reconocer los méritos ajenos.

V

Dar el nombre de un profesor a un aula me parece un premio especialmente bonito. Es un premio nuestro, de su Facultad, de una Facultad que tanto ha significado en su vida. Es un reconocimiento, además, que resalta esa otra vertiente de nuestra profesión, a veces no suficientemente valorada: la vertiente docente. Son inexcusables, por tanto,

unas breves palabras sobre ese profesor de Derecho penal tan excelente y carismático.

Para ello, permítanme que vuelva a dar marcha atrás en el tiempo para hablarles del Gimbernat profesor desde la mirada de su alumna que fui, de la Parte General, en la Universidad de Alcalá de Henares allá por el curso 1982-83.

Tras un primero de Derecho muy poco estimulante, en segundo la cosa cambió radicalmente con el profesor de Penal: no dictaba apuntes, no leía ningún manual, ni siquiera recuerdo que llevara a clase ni un simple guión. Tan solo el Código penal y, a veces, un tomo del Aranzadi. El profesor de Penal llegaba a clase y, sin mayor introducción, planteaba un caso práctico sobre el que reflexionar, no él, sino nosotras, alumnas y alumnos. Lógicamente ayudaba a que nuestros razonamientos progresaran, aunque su ayuda resultaba desconcertante porque consistía básicamente en lanzarnos nuevas preguntas y animarnos a discrepar. Al final recapitulaba y reconducía nuestras reflexiones a previsiones legales, teorías más o menos consolidadas o posturas jurisprudenciales. Sus clases eran intelectualmente muy estimulantes, muy exigentes. Mientras en otras asignaturas aprendíamos a aprobar, en Derecho penal aprendimos a razonar en términos jurídicos.

Los grupos de entonces eran muy numerosos, de más de doscientas personas y sus clases estaban siempre llenas. Recuerdo a Gimbernat paseando de un lado a otro de la tarima, a veces sentado en la mesa. Recuerdo su imagen como envuelta en neblina, en una nebulosa, pero no en sentido figurado por el tiempo transcurrido, sino por el humo que había en aula, pues allí fumaba todo el mundo, estudiantes incluidos. Algo que ahora resulta bastante inverosímil.

Como digo, sus clases estaban siempre llenas y me consta que más de un juez se ha colado en ellas cuando la Escuela Judicial estaba aquí al lado. Por sus clases en esta Facultad han pasado miles de alumnas y alumnos y es frecuente encontrarse con estupendos profesionales del Derecho que, con una sonrisa y un tono como de quien esgrime un trofeo, exclaman: «a mí me dio clase Enrique Gimbernat».

VI

De entre todas las personas que han coadyuvado a este homenaje, quiero mencionar expresamente a mi condiscípula y compañera la Profesora Margarita Valle Mariscal de Gante. Aunque todos nos sumamos entusiastas, ella fue quien tuvo la feliz idea de promover este

reconocimiento. Por lo que a Marga Valle y a mí respecta, el haberlo impulsado no responde solo a una deuda de gratitud, que sabemos impagable, sino, sobre todo, al cariño más genuino.

Él ya lo sabe, pero a mí me gusta decirle a Enrique que es un hombre afortunado. Además del éxito profesional, tiene una familia maravillosa que lo adora y a la que él quiere con locura. Una familia que es el otro gran propósito de su vida y que también se ha visto plenamente colmado.

Ya termino.

De parte de todos los que hoy estamos aquí y de otros muchísimos que no han podido venir. De parte de tu familia y de tus discípulos. De parte de tantos colegas que te admiran y de tantas amigas y amigos que te quieren:

Felicidades, Enrique.

¡Eres un hombre afortunado!

Discurso pronunciado por el profesor Enrique Gimbernat(1)

Ilustrismo Decano, querido Ricardo, Ilustrísimo Director del Departamento de Derecho Procesal y Derecho Penal, querido, Julio, compañeras y compañeros, amigas y amigos.

Estoy tan agradecido y tan abrumado por las palabras que me ha dirigido mi querida amiga y discípula Margarita Martínez Escamilla que, a pesar de mis esfuerzos, no he podido evitar que se me saltaran las lágrimas. Me daría con un canto en los dientes con que al menos algunos de los elogios que me ha dispensado respondieran a la realidad.

Entre los amigos y colegas presentes en este acto, me hacen el honor de asistir al mismo Manuel Marchena, presidente de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo, Consuelo Madrigal, ex Fiscal General del Estado y, actualmente, Fiscal de Sala del TS, así como el también Fiscal de Sala del TS Jaime Moreno.

Para mí, discípulo del legendario magistrado de la Sala 2.^a del TS y Catedrático de esta Facultad, Antonio Quintano Ripollés, y como aprendí de él, una ciencia penal que no opere continuamente con la jurisprudencia que emana de esa Sala 2.^a, y también de los tribunales inferiores, es una ciencia que ha perdido de vista cuál es, no la única,

(1) Las primeras frases de agradecimiento dirigidas a la profesora Margarita Martínez Escamilla, y a algunas de las ilustres personalidades presentes en el acto académico, fueron improvisadas y aquí se recogen tal como el profesor Gimbernat cree recordar que las pronunció.

pero sí su primordial tarea: la de resolver, con una argumentación razonada y razonable, casos acontecidos que se han presentado en la vida real o que, imaginariamente, pudieran presentarse, dando la razón a la jurisprudencia cuando uno cree que ha acertado o proponiendo otras soluciones cuando no es ese el caso. Tanto en mi actividad docente como científica trato de evitar, si ello no es estrictamente necesario –no obstante, a veces lo es– de los denominados, por su artificiosidad, «caso de cátedra».

También me honra con su presencia en este acto Pedro González-Trevijano, ex presidente del Tribunal Constitucional. Desde que éste entró en funcionamiento, en 1980, he estudiado también exhaustivamente, junto a las sentencias penales, aquellas del TC que se ocupan del Derecho penal, del Derecho procesal penal y del Derecho penitenciario. No puedo concebir tampoco una ciencia penal que no se ocupe –críticamente– de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Finalmente, quiero agradecer la presencia de la ex ministra de Justicia Margarita Mariscal de Gante, quien se despidió de su cargo con la Ley penal más progresista que ha salido nunca de ese ministerio de Justicia en la etapa democrática: con la Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores, lamentablemente modificada, y empeorada, posteriormente por las sucesivas reformas.

* * *

En octubre de 1955, con 17 años, entraba por primera vez en la Facultad de Derecho de la entonces Universidad de Madrid, hoy Complutense de Madrid, situada en el llamado caserón de la calle de San Bernardo, que, hasta la expulsión de los jesuitas por Carlos III en 1767, había sido Noviciado de la Compañía de Jesús, instalándose en el, en 1842, la sede de la Universidad Central. Mientras que las restantes Facultades tenían ya sus edificios propios en la Ciudad Universitaria, aquel curso de 1955/1956 fue el último en el que tuvieron su sede en el caserón las Facultades de Derecho y de Ciencias Económicas.

Entre octubre de 1955 y febrero de 1956 las tensiones políticas habían ido aumentando en la Facultad de Derecho, como consecuencia, entre otros acontecimientos, de la muerte de Ortega y Gasset en octubre de 1955, cuyo entierro dio pie a movilizaciones en la calle y en el cementerio de La Almudena de sectores de estudiantes opuestos al Régimen, por la autorización por el entonces Rector de la Universidad de Madrid, Pedro Laín Entralgo, de la convocatoria de un llamado Congreso Universitario de Escritores Jóvenes, aparentemente apolíticamente.

tico, pero, en realidad, organizado por elementos de la entonces incipiente oposición antifranquista, y por el fracaso en las elecciones estudiantiles de las candidaturas oficiales del SEU. Este fracaso electoral provocó que Jesús Gay, Jefe del SEU de Madrid, suspendiera esas elecciones el 7 de marzo de 1956, lo que fue respondido por los estudiantes de Derecho organizando una marcha, el mismo 7 de marzo, por las calles de Madrid desde San Bernardo hasta el Ministerio de Educación: era la primera manifestación estudiantil contra la Dictadura que tenía lugar desde el final de la Guerra Civil. Al día siguiente, 8 de febrero, nos vimos sorprendidos por una marea de falangistas que, con sus camisas azules, y armados de palos y porras, invadieron la Facultad, repartiendo golpes a diestro y a siniestro, mientras que los estudiantes, como respuesta, destrozaban la delegación del SEU de la Facultad y arrancaban del lugar preeminente en el que se encontraban en nuestra Facultad el yugo y las flechas de metal que estaban firmemente adheridos a la pared.

Pero los sucesos más graves tuvieron lugar el mismo 8 de febrero de 1956, cuando se produjo un enfrentamiento, en la calle de Alberto Aguilera esquina a Guzmán el Bueno, entre un grupo de falangistas de la llamada Guardia de Franco, que venía de un homenaje celebrado en memoria del cofundador del SEU Matías Montero, asesinado en 1934, y otro formado por estudiantes de Derecho, resultando gravísimamente herido, de un tiro en la cabeza, el falangista Miguel Álvarez, disparo fortuito del que no se pudo –o no se quiso– averiguar si procedía de los propios compañeros falangistas de Álvarez o de algún miembro de la Policía uniformada, allí presente, siendo la versión oficial que la bala había sido disparada desde el grupo de los estudiantes. Álvarez fue trasladado urgentemente a la cercana Clínica de la Concepción, hoy Fundación Jiménez Díaz. Los siguientes días, mientras Álvarez se debatía entre la vida y la muerte, fueron de una enorme tensión, porque, si el estudiante herido fallecía, existían fundados rumores de que los falangistas tomarían represalias contra los «aperturistas» del Régimen, al menos contra Ruiz Giménez –que fue cesado como ministro de Educación junto con su compañero de Gabinete Raimundo Fernández Cuesta, Secretario General del Movimiento–, contra Laín Entralgo, que había dimitido como Rector de la universidad de Madrid, y contra el Catedrático de Historia del Derecho y Decano de esta Facultad, Torres López, quien igualmente había sido cesado. Ante el temor de esas represalias, parece que en los siguientes días ni Ruiz Giménez, ni Laín, ni Torres López durmieron en sus domicilios. Afortunadamente, y gracias a la excelencia profesional del

Dr. Obrador, neurocirujano de la Clínica de La Concepción, se consiguió salvar la vida de Miguel Álvarez.

En las Dictaduras –tanto en las de derechas como en las de izquierdas– cualquier alteración del orden público desencadena siempre un muy grave problema político. Del mismo modo, y aunque hoy en día cueste creerlo –al fin y al cabo, los sucesos de febrero de 1956 no habían pasado de ser unos disturbios estudiantiles que no se saldaron con ninguna víctima mortal–, aquella rebelión callejera de unos cientos de estudiantes por las calles de Madrid hizo tambalearse al Régimen, que hasta entonces no había tenido que hacer frente a ninguna manifestación en la que se exteriorizase la oposición al mismo. A raíz de esos acontecimientos, y además de los ceses ministeriales a los que acabo de hacer referencia, se suspendieron *sine die* las clases en la Facultad de Derecho, se decretó el estado de excepción en todo el territorio nacional y fueron detenidos los demócratas que habían organizado aquellas revueltas, en concreto: Miguel Sánchez-Mazas, Dionisio Ridruejo, Ramón Tamames, Enrique Múgica, Javier Pradera, José María Ruiz Galardón y Gabriel Elorriaga.

Si les he contado todo esto, como testigo presencial que fui de aquellos acontecimientos, es porque, sin tenerlos en cuenta, no se puede comprender la construcción e inauguración en el mismo año de 1956 de este edificio de la Facultad de Derecho donde ahora nos encontramos y en el que hoy se me concede el altísimo y emocionante honor de otorgar mi nombre a una de sus aulas.

La Dictadura era consciente de que se estaba consolidando una oposición democrática a la misma y de que, en los siguientes años, iba a tener que combatirla, preferentemente en grandes espacios donde se congregaran grupos numerosos de personas, dentro de los cuales podían desenvolverse con mayor facilidad y menor riesgo los dirigentes de los partidos y de los sindicatos democráticos: esos espacios en los que se reunían cientos o miles de personas eran, fundamentalmente, las grandes fábricas y las Facultades universitarias.

Por ello, y en relación con nuestra Facultad de Derecho, el objetivo prioritario del Régimen era sacarla del centro de Madrid, ya que, en el momento en el que salía una manifestación de la calle de San Bernardo, inmediatamente los habitantes de la capital tenían conocimiento de los disturbios antifranquistas que estaban teniendo lugar, paralizándose la circulación en las calles aledañas, al tiempo que los estudiantes podían burlar a la Policía, evitándose, así, sus detenciones, refugiándose en los portales, bares, tiendas o, incluso, en algunos pisos de las estrechas calles del distrito centro.

Sería a finales de marzo de 1956 cuando en la Ciudad Universitaria, en su Facultad de Farmacia, y por las tardes, se reanudaron las clases de Derecho, mientras que, desde febrero del mismo año, y en varios turnos, se inició la construcción de esta Facultad de Derecho, en la que se trabajaba las 24 horas del día. A veces, con mis padres, pasábamos de noche con su automóvil por este mismo lugar donde ahora nos encontramos y contemplábamos cómo, a la luz de unos potentísimos focos que convertían la noche en día, los obreros trabajaban a marchas forzadas para cumplir el objetivo del Régimen de que el edificio estuviera listo para recibir a los estudiantes en octubre del mismo año de 1956. Para la Dictadura, frente a la calle de San Bernardo, la Ciudad Universitaria ofrecía la enorme ventaja de que aquí no había callejuelas en donde esconderse y de que las manifestaciones estudiantiles apenas tenían alguna posibilidad de hacerse presentes en las calles de Madrid, porque, antes de llegar a la Moncloa, la Policía las habría contenido con sus porras, con sus caballos, con sus camiones-botijo y, a veces, con sus disparos. De esta manera, y a pesar de que en Madrid las manifestaciones de estudiantes contra el Régimen aumentaron de forma exponencial hasta la llegada de la democracia, al no poderse alcanzar las calles del barrio de Argüelles, y al tener prohibida la prensa informar sobre ellas, se consiguió, de esa manera, que la generalidad de la población apenas tuviera noticia de su existencia, y: «ojos que no ven, corazón que no siente».

Finalmente, este edificio se inauguró el 9 de octubre de 1956, y considero un honor pertenecer a la primera promoción que inició sus estudios en esta Facultad de Derecho. Que ahora, 67 años más tarde se me conceda el honor de denominar una de sus aulas con mi nombre, eso ya es el no va más.

Que antes del descubrimiento de la placa con mi nombre se celebre este acto en este Salón de Grados casi me parece que debe tener algo que ver con una conjunción de los astros. Porque en este Salón han tenido lugar, anteriormente, momentos muy importantes de mi vida y todos ellos maravillosos. Aquí, en 1965, defendí mi tesis doctoral española, escrita bajo la dirección de mi maestro, Quintano, que se sentaba en la misma mesa donde hoy lo hago yo, porque en aquellos tiempos los directores de las tesis –al contrario de lo que pasa hoy, posiblemente para dar la apariencia de una impostada imparcialidad– formaban siempre parte del tribunal que enjuiciaba las tesis que habían tutelado. También en este Salón de Grados, en abril de 1970, gané la oposición de profesor agregado de Derecho penal de esta Facultad, una categoría de profesor funcionario hoy desaparecida, oposición en la que había que superar seis pruebas en todo idénticas a las estableci-

das para las oposiciones a catedrático. Salvo en su denominación, la categoría de profesor agregado era equiparable funcional –y también económicamente– a la de catedrático. Por ello, al ganar esa plaza, alcancé lo que en palabras de un destacado empresario alemán, Bertold Beitz, que fue galardonado por el Estado de Israel con el título de «Justo entre las naciones», por haber salvado durante el nazismo la vida de miles de judíos, «es lo máximo que un hombre puede alcanzar; su independencia»; desde entonces, tanto en mi vida personal como profesional me he comportado y he escrito lo que me parecía que tenía que hacer y que escribir –al menos, así a mí me lo parece–, sin prestar atención a si ello me favorecía o me perjudicaba.

Finalmente, en 1987, y también en este Salón de Grados, gané el concurso de méritos para una plaza de catedrático de Derecho penal de esta Facultad, a la que sigo vinculado como catedrático emérito y profesor honorario, impartiendo todos los años algunas clases del Máster de acceso a la abogacía. Después de todo lo que acabo de decir, se puede comprender que este Salón de Grados donde hoy tiene también lugar este tan honroso acto para mi persona se ha convertido para mí en algo así como en la carroza de la Cenicienta.

Con la Universidad Complutense me unen no sólo lazos estrictamente profesionales, sino también otros familiares muy importantes, porque en esta Facultad de Derecho han estudiado mi mujer, Nieves, y mi hija Eva, y en su Facultad de Medicina mi hija Helena. Y, si me desplazo más de dos siglos atrás, mi primer pariente vinculado a esta Universidad es mi antepasado el Dr. Antonio Gimbernat, catedrático de la enseñanza de operaciones y álgebra quirúrgica y fundador del Real Colegio de Cirugía de San Carlos, institución predecesora de la actual Facultad de Medicina de la Universidad Complutense, otorgando cada año a médicos distinguidos el Hospital Universitario San Carlos, adscrito a la Complutense, el llamado «Premio Antonio Gimbernat a la excelencia quirúrgica, médica e investigadora». El año pasado, y financiado por el Departamento de Cirugía de la Universidad Complutense, se publicó una biografía de Antonio Gimbernat, escrita por el catedrático de anatomía Pedro Mestres en la que se contenía un prólogo mío. Y para finalizar con la enumeración de estas mis vinculaciones complutenses, me resta añadir que todos mis discípulos bien han estudiado en esta Facultad de Derecho, bien han acabado incorporándose a ella como profesores de Derecho penal, bien concurren en ellos ambas circunstancias.

Termino con unas palabras de agradecimiento: a mis discípulas Margarita Martínez de Escamilla y Margarita Valle que actuando incansablemente, y con el mayor de los secretos, han contribuido

decisivamente a que un aula de esta Facultad vaya a llevar mi nombre: qué alegría sentí y qué fantástica sorpresa me llevé el día en que me lo comunicaron. Y mi eterna gratitud también al Departamento de Derecho procesal y Derecho penal, y a su director, Julio Banacloche, por haberme propuesto para tan alto honor, y a la Junta de Facultad, presidida por el Decano, Ricardo Alonso, por haber aprobado esa propuesta. Mi gratitud también para mi mujer, Nieves, y para mis hijas Eva y Helena presentes en este acto; para mí lo más importante de este mundo es mi vida familiar y gracias a ellas esa vida no puede ser más plena. También están aquí presentes mi maravilloso yerno, Borja, que tan feliz hace a mi hija Helena y mi hermano político José, que para mí es mi hermano sin más.

Aunque en esta Facultad hay profesores de iguales o superiores méritos que los míos, me consta que en la concesión de este gran honor ha influido también el afecto estrictamente personal que sienten por mí los responsables de esta gran distinción que hoy se me otorga. Es decir que, de alguna manera, entiendo este premio como una declaración de amor que me hace la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Y esto es para mí lo más importante de este acto, porque los que me conocen saben que he sido, que soy y que siempre seré un romántico.

Gracias, Facultad de Derecho de la Complutense. Gracias, amigas y amigos.

SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

GEMMA MARTÍNEZ GALINDO

Abogada. Profesora Contratada Doctora de Derecho Penal
Responsable del Área Penal CEU San Pablo

CONSTITUCIÓN

ARTÍCULO 10

Derecho a la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad

«[E]ste tribunal ha declarado que “nuestra Constitución ha elevado a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, como germen o núcleo de unos derechos que le son inherentes” y vinculada íntimamente con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE); así, la dignidad “es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás” (STC 53/1985, de 11 de abril, FFJJ 3 y 8). La dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad “suponen la base de nuestro sistema de derechos fundamentales”» (por todas, SSTC 212/2005, de 21 de julio, FJ 4; 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 8, y más recientemente, la STC 81/2020, de 15 de julio, FJ 11).

Asimismo, ha señalado que «[p]royectada sobre los derechos individuales, la regla del artículo 10.1 CE implica que, en cuanto “valor espiritual y moral inherente a la persona” (STC 53/1985, FJ 8), la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre [...], constituyendo, en consecuencia, un *minimum* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que, sean unas u otras las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales, no conlleven menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona» [SSTC 120/1990, de 27 de junio, FJ 4; 57/1994, de 28 de febrero, FJ 3 a); 192/2003, de 27 de octubre, FJ 7, y 81/2020, de 15 de julio, FJ 11]».

(STC Pleno 11/2023, de 23 de febrero. Recurso de amparo 899-2021. Ponente: D.^a Concepción Espejel Jorquera. BOE 31 de marzo de 2023).

ARTÍCULO 14

Derecho a la igualdad y prohibición de discriminación por razón de sexo.

«Existe una consolidada doctrina de este tribunal sobre el derecho a la igualdad y sobre la prohibición de discriminación por razón de sexo (art. 14 CE), especialmente en el ámbito de las relaciones laborales. La STC 153/2021, de 13 de septiembre, FJ 3 a), con cita de la STC 79/2020, FJ 4, afirma que «el derecho a la igualdad reconocido en el primer inciso del artículo 14 CE exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, lo que veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación objetiva y razonable [SSTC 253/2004, de 22 de diciembre, FJ 5; 117/2011, de 4 de julio, FJ 4; 149/2017, de 18 de diciembre, FJ 4, y 91/2019, de 3 de julio, FJ 4 a), entre otras muchas]. Lo que prohíbe el principio de igualdad, en definitiva, son las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, de valor generalmente aceptado [STC 91/2019, FJ 4 a)]. El juicio de igualdad, siendo relacional, exige como presupuestos obligados, de un lado, que se haya introducido directa o indirectamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas; de otro, que las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean, efectivamente, homogéneas o equiparables, es decir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso. Solo una vez verificado uno y otro presupuesto resulta procedente entrar a determinar la licitud o ilicitud constitucional de la diferencia de trato (SSTC 27/2004, de 4 de marzo, FJ 2; 149/2017, de 18 de diciembre, FJ 5; 111/2018, de 17 de octubre, FJ 7, y 85/2019, de 19 de junio, FJ 6)». Con todo, «[l]a virtualidad del artículo 14 CE, prosigue la STC 79/2020, FJ 4, “no se agota, sin embargo, en la proclamación del derecho a la igualdad sino que a continuación el precepto se refiere a la prohibición de discriminación, entre otros motivos, por razón de sexo”. Tal tipo de discriminación comprende no solo el tratamiento peyorativo que se funda en la pura y simple constatación del sexo de la persona afectada, sino en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una conexión directa e inequívoca, como sucede con el embarazo y la maternidad (por todas, SSTC 17/2003, de 30 de enero, FJ 3; 3/2007, de 15 de enero, FJ 2; 2/2017, de 16 de enero, FJ 5, y 79/2020, de 2 de julio, FJ 3)».

Por su parte, en la STC 71/2020, FJ 3 a), el Tribunal declara en relación con la cláusula de no discriminación por razón de sexo del artículo 14 CE que, «“a diferencia del principio genérico de igualdad, que no postula ni como fin ni como medio la paridad y solo exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato, las prohibiciones de discriminación contenidas en el artículo 14 CE implican un juicio de irrazonabilidad de la diferenciación establecida *ex constitutione*, que imponen como fin y generalmente como medio la parificación, de manera que solo pueden ser utilizadas excepcionalmente por el legislador como criterio de diferenciación jurídica, lo que implica la necesidad de usar en el juicio de legitimidad constitucional un canon mucho más estricto, así como un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad” (STC 233/2007, de 5 de noviembre, FJ 5, y más recientemente la STC 108/2019, de 30 de septiembre, FJ 3, entre otras muchas)». Poniendo de relieve, además, que la «expresa exclusión de la discriminación por razón de sexo contenida en el artículo 14 CE responde a la determinación del constituyente de terminar con la histórica situación de inferioridad en que, en la vida social y jurídica, se había colocado a la mitad de la población» y que «[p]ese a ello, a día de hoy las mujeres aún soportan situaciones de desigualdad y dificultades específicas que se traducen, entre

otras consecuencias, en una menor incorporación de la mujer al trabajo o en una mayor dificultad para conciliar la vida personal, familiar y laboral, particularmente por razón de la maternidad».

Asimismo, en la citada STC 71/2020, el Tribunal recuerda, con cita de la STC 91/2019, de 3 de julio, FJ 4, las distintas formas de discriminación por razón de sexo que ha abordado la doctrina constitucional, en los siguientes términos: «Desde la STC 145/1991, de 1 de julio, este tribunal incluye en la prohibición de discriminación del artículo 14 CE tanto la discriminación directa como la discriminación indirecta. La primera consiste en un tratamiento perjudicial en razón del sexo en el que el sexo es objeto de consideración directa. Y respecto a la discriminación indirecta por razón de sexo, la doctrina constitucional ha asumido el concepto elaborado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, para referirse a aquellas medidas que, aunque formuladas de manera neutra, perjudican a un porcentaje muy superior de mujeres que de hombres: tales medidas están prohibidas salvo que estén justificadas por factores objetivos ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo (SSTC 22/1994, de 27 de enero, FJ 4; 240/1999, de 20 de diciembre, FJ 6, y 253/2004, ya citada, FJ 7)».

Y añade que «[c]on relación a la discriminación directa, el Tribunal ha declarado de forma reiterada y constante, como recuerda la STC 108/2019, FJ 3, que “comprende no solo aquellos tratamientos peyorativos que encuentren su fundamento en la pura y simple constatación del sexo de la persona perjudicada, sino también los que se funden en la concurrencia de condiciones que tengan con el sexo de la persona una relación de conexión directa e inequívoca (por todas, y por referirnos a la última que lo afirma en esos estrictos términos, STC 2/2017, de 16 de enero, FJ 5), vinculando particularmente con esto último el embarazo y su incidencia en las condiciones de trabajo de la mujer, toda vez que se trata de un elemento o factor diferencial que, en tanto que hecho biológico incontrovertible, incide de forma exclusiva sobre las mujeres. En este sentido, se afirma que ‘la protección de la condición biológica y de la salud de la mujer trabajadora ha de ser compatible con la conservación de sus derechos profesionales, de suerte que la minusvaloración o el perjuicio causado por el embarazo o la sucesiva maternidad constituyen un supuesto de discriminación directa por razón de sexo’ (en el mismo sentido, por ejemplo, STC 162/2016, de 3 de octubre, FJ 6)”. Y, «por lo que se refiere a la discriminación indirecta, la STC 91/2019, de 3 de julio, FJ 4, reitera que “cuando se denuncia una discriminación indirecta por razón de sexo, no se exige aportar como término de comparación la existencia de un trato más beneficioso atribuido única y exclusivamente a los varones, sino que exista, en primer lugar, una norma o una interpretación o aplicación de la misma que produzca efectos desfavorables para un grupo formado mayoritariamente, aunque no necesariamente de forma exclusiva, por mujeres. Y, en segundo lugar, se requiere que los poderes públicos no puedan probar que la norma que dispensa una diferencia de trato responde a una medida de política social, justificada por razones objetivas y ajenas a toda discriminación por razón de sexo. En suma, como afirmamos en la STC 253/2004, “en estos supuestos, para que quepa considerar vulnerado el derecho y mandato antidiscriminatorio consagrado en el artículo 14 CE debe producirse un tratamiento distinto y perjudicial de un grupo social formado de forma claramente mayoritaria por mujeres, respecto de bienes relevantes y sin que exista justificación constitucional suficiente que pueda ser contemplada como posible límite al referido derecho (FJ 7)”».

(STC Pleno 11/2023, de 23 de febrero. Recurso de amparo 899-2021. Ponente: D.^a Concepción Espejel Jorquera. BOE 31 de marzo de 2023).

ARTÍCULO 15

Derecho a la integridad física. Administración forzosa de la vacuna Covid-19 a personas con discapacidad.

«Este tribunal ha reconocido que el derecho fundamental a la integridad personal, en su concreta dimensión de derecho a la integridad física (art. 15 CE), tiene una primera vertiente protectora como derecho de la persona a su «incolumidad corporal» (STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 2). Desde esta dimensión inicial, el artículo 15 CE «protege la inviolabilidad de la persona, no solo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular» (por todas, SSTC 120/1990, de 27 de junio, FJ 8, y 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 2).

Ya en esa primera fase de su doctrina, este tribunal consideró que el derecho a la integridad física quedaba directamente concernido cuando el acto coactivo del poder público implicaba «una lesión o menoscabo del cuerpo» aunque esa lesión o menoscabo tuviera un carácter meramente potencial, pues «el riesgo o daño para la salud supone un plus de afectación, mas no es una condición *sine qua non* para entender que existe una intromisión en el derecho fundamental a la integridad física» (STC 207/1996, de 16 de diciembre, FFJJ 2 y 3).

Posteriormente, este tribunal ha destacado que el derecho a la integridad personal, en la referida vertiente de integridad física, tiene «también una dimensión positiva en relación con el libre desarrollo de la personalidad, orientada a su plena efectividad, razón por la que se hace imprescindible asegurar su protección no solo frente a las injerencias ya mencionadas, sino también frente a los riesgos que puedan surgir en una sociedad tecnológicamente avanzada (STC 119/2001, de 24 de mayo, FJ 5). De ahí que para poder apreciar la aducida vulneración del artículo 15 CE no es preciso que la lesión de la integridad se haya consumado, sino que a efectos de que el derecho invocado se estime lesionado basta con que exista un riesgo relevante de que la lesión pueda llegar a producirse» (en este sentido, entre otras, SSTC 221/2002, de 25 noviembre, FJ 4; 220/2005, de 12 de septiembre, FJ 4; 62/2007, de 27 de marzo, FJ 3, y 160/2007, de 2 de julio, FJ 2).

La dimensión positiva de la integridad personal refuerza la centralidad del consentimiento en la interpretación del derecho fundamental reconocido en el artículo 15 CE, como manifestación del libre desarrollo de la personalidad que faculta, específicamente, a la autodeterminación de la persona sobre el propio cuerpo, lo que ha tenido una especial incidencia, en la doctrina de este tribunal, en el ámbito sanitario.

En efecto, en el concreto ámbito sanitario, este tribunal ha afirmado que el derecho fundamental a la integridad personal «conlleva una facultad negativa, que implica la imposición de un deber de abstención de actuaciones médicas salvo que se encuentren constitucionalmente justificadas, y, asimismo, una facultad de oposición a la asistencia médica, en ejercicio de un derecho de autodeterminación que tiene por objeto el propio sustrato corporal, como distinto del derecho a la salud o a la vida (STC 154/2002, de 18 de julio, FJ 9)».

En la propia STC 37/2011, de 28 de marzo, FJ 5, señalamos, en particular, que «el consentimiento del paciente a cualquier intervención sobre su persona es algo inherente, entre otros, a su derecho fundamental a la integridad física, a la facultad que este supone de impedir toda intervención no consentida sobre el propio cuerpo, que no puede verse limitada de manera injustificada como consecuencia de una situación de enfermedad. Se trata de una facultad de autodeterminación que legitima al paciente, en uso de su autonomía de la voluntad, para decidir libremente sobre las

medidas terapéuticas y tratamientos que puedan afectar a su integridad, escogiendo entre las distintas posibilidades, consintiendo su práctica o rechazándolas. Esta es precisamente la manifestación más importante de los derechos fundamentales que pueden resultar afectados por una intervención médica: la de decidir libremente entre consentir el tratamiento o rehusarlo, posibilidad que ha sido admitida por el [Tribunal Europeo de Derechos Humanos], aun cuando pudiera conducir a un resultado fatal (STEDH de 29 de abril de 2002, caso *Pretty c. Reino Unido*, § 63), y también por este tribunal (STC 154/2002, de 18 de julio, FJ 9)».

En esa misma doctrina, hemos destacado la importancia de que «esa facultad de consentir, de decidir sobre los actos médicos que afectan al sujeto pueda ejercerse con plena libertad», para lo que «es imprescindible que el paciente cuente con la información médica adecuada sobre las medidas terapéuticas, pues solo si dispone de dicha información podrá prestar libremente su consentimiento, eligiendo entre las opciones que se le presenten, o decidir, también con plena libertad, no autorizar los tratamientos o las intervenciones que se le propongan por los facultativos. De esta manera, el consentimiento y la información se manifiestan como dos derechos tan estrechamente imbricados que el ejercicio de uno depende de la previa correcta atención del otro, razón por la cual la privación de información no justificada equivale a la limitación o privación del propio derecho a decidir y consentir la actuación médica, afectando así al derecho a la integridad física del que ese consentimiento es manifestación» (STC 37/2011, de 28 de marzo, FJ 5).

De acuerdo con ello, el derecho a la integridad personal del artículo 15 CE tiene, tal y como hemos destacado en la reciente STC 19/2023, de 22 de marzo [FJ 6 C d)], un significado primordial como derecho general de autodeterminación individual que «protege la esencia de la persona como sujeto con capacidad de decisión libre y voluntaria, resultando vulnerado cuando se mediatiza o instrumentaliza al individuo, olvidando que toda persona es un fin en sí mismo (SSTC 181/2004, de 2 de noviembre, FJ 13, y 34/2008, de 25 de febrero, FJ 5)».

b) La doctrina expuesta es trasladable al supuesto de administración de una vacuna.

(.../...)

esa misma conclusión ha llegado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ha considerado que la vacunación obligatoria, en cuanto «intervención médica involuntaria» supone una interferencia en el derecho a la vida privada reconocido en el artículo 8 CEDH (vid. STEDH de 15 de marzo de 2012, asunto *Solomakhin c. Ucrania*, § 33), y ello en cuanto la vacunación afecta a la «integridad física de una persona» (decisiones de 15 de enero de 1998, asunto *Boffa y otros c. San Marino*, y de 12 de marzo de 2013, asunto *Baytüre y otros c. Turquía*, y sentencia de la Gran Sala de 24 de enero de 2017, asunto *Paradiso y Campanelli c. Italia*, § 159). Recientemente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha ratificado esta doctrina en su sentencia –de la Gran Sala– de 8 de abril de 2021, asunto *Vavříčka y otros c. la República Checa*, en la que ha vuelto a señalar que la imposición obligatoria de una vacuna es una cuestión con incidencia directa en la «integridad física» y, con ello, en el derecho a la «vida privada» (§ 258-264).

Como injerencia en el derecho fundamental a la integridad personal, la constitucionalidad de la administración no consentida de una vacuna queda supeditada al cumplimiento de los diversos requisitos que, de acuerdo con nuestra doctrina, rigen la restricción de los derechos fundamentales sustantivos, en particular la existencia de una habilitación legal precisa, con la debida calidad normativa en la definición del supuesto de hecho y de sus consecuencias, y el respeto al principio de proporcionalidad [por todas, como exigencia general para los derechos fundamentales sustantivos,

STC 217/2015, de 22 de octubre, FJ 2; en particular para el derecho a la integridad física, entre otras, SSTC 120/1990, de 27 de junio, FJ 8; 7/1994, de 17 de enero, FJ 3 B), y 35/1996, de 11 de marzo, FJ 2]. Este canon de enjuiciamiento constitucional se corresponde, asimismo, con el utilizado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que entiende que la conformidad con el convenio de la obligación de vacunarse depende de la existencia de habilitación legal, de la concurrencia de una finalidad legítima y de la necesidad de la injerencia en el concreto contexto que se afronta (asunto *Vavříčka y otros c. la República Checa* ya citado, § 265)».

(STC 38/2023, de 20 de abril. Recurso de amparo 3214-2022. Ponente: D. Juan Carlos Campo Moreno. *BOE* 22 de mayo de 2023. En el mismo sentido, en relación con menores de edad, vid. SSTC 148/2023, 154 a 163/2023, 180/2023, 182/2023, 183/2023 y 185 a 187/2023).

Derecho a la integridad física y moral de la mujer gestante versus derecho a la vida y salud del nasciturus, en relación con el derecho a la intimidad y el parto en casa.

«Como ha afirmado recientemente este tribunal en la citada STC 66/2022, FJ 3 A) c) ii), con cita de la STC 93/2013, de 23 de abril, FJ 9, «todo lo relacionado con el embarazo y parto debe entenderse vinculado, fundamentalmente, a la vida privada de la mujer y, por tanto, a su derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE), así como a su derecho a la integridad física (art. 15 CE)». Asimismo, en la citada sentencia el Tribunal afirmó que «[t]ambién en conexión con esa autodeterminación opera el derecho consagrado en el artículo 15 CE, que protege “la inviolabilidad de la persona, no solo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular” (SSTC 120/1990, de 27 de junio, FJ 8, y 119/2001, de 24 de mayo, FJ 5). Su finalidad es proteger la “incolumidad corporal” (STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 2), habiendo adquirido también una dimensión positiva en relación con el libre desarrollo de la personalidad, orientada a su plena efectividad (STC 119/2001, de 24 de mayo, FJ 5). Como se indicó en la STC 37/2011, de 28 de marzo, FJ 3, este derecho fundamental conlleva una facultad negativa, que implica la imposición de un deber de abstención de actuaciones médicas salvo que se encuentren constitucionalmente justificadas y, asimismo, una facultad de oposición a la asistencia médica, en ejercicio de un derecho de autodeterminación que tiene por objeto el propio sustrato corporal, como distinto del derecho a la salud o a la vida, razón por la cual hemos afirmado que el derecho a la integridad física y moral resultará afectado cuando se imponga a una persona asistencia médica en contra de su voluntad».

(.../...)

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha abordado esta cuestión, haciéndolo, no obstante, desde un planteamiento central distinto del que ahora se suscita, toda vez que el objeto de su enjuiciamiento fueron los obstáculos que la legislación nacional de determinados Estados miembros del Consejo de Europa habían impuesto a las gestantes que desearan dar a luz en sus domicilios, mediante la iniciativa de favorecer el acceso a los servicios hospitalarios de aquellos alumbramientos, con el fin de encauzar, por razones de seguridad y de evitación de riesgos para la vida de la gestante y del feto, la atención sanitaria a aquellas en hospitales y no en sus domicilios familiares.

Pese a ello, son de destacar, como relevantes para el caso, las consideraciones que ha efectuado el Tribunal Europeo en varias de sus resoluciones sobre el deseo de

las embarazadas de realizar el parto en sus domicilios familiares. En este sentido, la más relevante es la STEDH (Gran Sala) de 15 de noviembre de 2016, asunto *Dubská y Krejzová c. República Checa*, que desarrolla la doctrina de la precedente STEDH de 14 de diciembre de 2010, asunto *Ternovszky c. Hungría*, y que ha sido objeto de continuación en las posteriores SSTEDH de 4 de octubre de 2018, asunto *Pojatina c. Croacia*, y de 4 de junio de 2019, asunto *Kosaitė-Čypienė y otros c. Lituania*.

En síntesis, la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, relativa a la protección del derecho a la vida privada personal y familiar reconocido en el artículo 8 CEDH, puede resumirse en los siguientes apartados:

(i) El derecho a la vida privada incorpora el derecho a decidir ser o no ser madre o padre, que, a su vez, incluye el derecho a elegir las circunstancias en que se desea dar a luz (STEDH de 14 de diciembre de 2010, asunto *Ternovszky c. Hungría*, § 22).

(ii) Las cuestiones relacionadas con el parto, incluida la elección del lugar de nacimiento, están fundamentalmente vinculadas a la vida privada de la mujer y están comprendidas en el ámbito de aplicación de ese concepto, a los efectos del artículo 8 CEDH. «El Tribunal considera que, si bien el artículo 8 no puede interpretarse en el sentido de que confiere un derecho a dar a luz en el hogar como tal, el hecho de que en la práctica sea imposible que las mujeres reciban asistencia para dar a luz en su domicilio particular es una cuestión de su derecho al respeto de su vida privada y, por tanto, del artículo 8. De hecho, dar vida es un momento único y delicado en la vida de una mujer. El nacimiento de un niño abarca cuestiones relacionadas con la integridad física y moral, la atención médica, la salud reproductiva y la protección de la información relacionada con la salud. Por consiguiente, estas cuestiones, incluida la elección del lugar de parto, están fundamentalmente vinculadas a la vida privada de la mujer y están comprendidas en ese concepto a los efectos del artículo 8 de la Convención» [STEDH de 15 de noviembre de 2016 (Gran Sala), asunto *Dubská y Krejzová c. República Checa*, § 163].

(iii) Si bien el parto en el domicilio «no plantea en sí mismo cuestiones morales y éticas muy delicadas [...] puede decirse, no obstante, que afecta a un importante interés general en el ámbito de la salud pública. Además, la responsabilidad del Estado en esta materia implica necesariamente un poder más amplio para que este dicte normas sobre el funcionamiento del sistema de salud, abarcando tanto a las instituciones de salud públicas como a las privadas. En este contexto, el Tribunal observa que el presente asunto se refiere a una cuestión compleja de política sanitaria que requiere un análisis por parte de las autoridades nacionales de datos especializados y científicos sobre los riesgos respectivos del parto hospitalario y del parto en casa» (STEDH, asunto *Dubská y Krejzová c. República Checa*, ya citada, § 182).

(iv) «El derecho a elegir ese modo de parto nunca es absoluto y siempre está sujeto al cumplimiento de determinadas condiciones médicas» (§ 183 de la STEDH, asunto *Dubská y Krejzová c. República Checa*). Se impone, pues, la necesidad de verificar que la decisión de la embarazada de dar a luz en el domicilio familiar esté en justo equilibrio con el interés general de preservar su vida y salud y, también, la del *nasciturus*, valorando para ello la posibilidad de que aquella disponga de un profesional de la salud que la pueda asistir en el parto.

(v) Dada la variedad de normativas nacionales existentes, que regulan de diferente modo la cobertura, con cargo al Estado, de la asistencia sanitaria en el domicilio familiar, el Tribunal «considera que el margen de apreciación que debe concederse a las autoridades nacionales en el presente asunto debe ser amplio, sin ser ilimitado. El Tribunal debe en efecto controlar si, a la vista de este margen de apreciación, la injerencia da fe de un equilibrio proporcionado de los intereses en juego [...]. En un

asunto derivado de una demanda individual, la misión del Tribunal no consiste en examinar en abstracto una normativa o práctica controvertida, sino que debe limitarse, en la medida de lo posible, sin olvidar el contexto general, a abordar las cuestiones planteadas por el asunto concreto del que se trata [...] Por lo tanto, no tiene que sustituir su propia apreciación por la de las autoridades nacionales competentes para determinar la mejor manera de regular las cuestiones relativas a las condiciones del parto. Más bien, sobre la base del criterio de equilibrio justo antes mencionado, debe examinar si en el presente caso la injerencia del Estado es compatible con el artículo 8 de la Convención» (párrafo 184 de la STEDH ya citada).

(.../...)

En las actuaciones de la administración sanitaria, tal y como se deja constancia en los antecedentes de esta sentencia que recogen el contenido de las resoluciones judiciales, se refleja la necesidad de su adopción, entre otras razones, por el incremento del riesgo fetal, esto es, al igual que se manifestó en la STC 66/2022, FJ 4 C), se trataba de preservar la vida y salud del *nasciturus*, a la par que satisfacer la necesidad de proporcionarle una atención sanitaria adecuada a la gestante, para superar un parto calificado como de «riesgo», eventualmente causado por aquella prolongación excesiva de la gestación. La vida y salud del precitado *nasciturus* constituye un bien constitucionalmente legítimo según ha declarado este tribunal «cuya protección encuentra en dicho precepto [art. 15 CE] fundamento constitucional».

En conclusión, «[h]emos, pues, de identificar la vida y salud del feto que alberga en su seno la gestante, como bien susceptible de protección, que ha de ser tenido en cuenta en nuestro enjuiciamiento constitucional, en su confrontación con los derechos fundamentales cuya lesión alega la parte recurrente» [STC 66/2022, FJ 4 C)].

Debemos remitirnos a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos recogida en el fundamento jurídico 3 B) d). Tal como recuerda la citada STC 66/2022, FJ 6, «[l]o que aquí se dilucida es un conflicto entre los derechos fundamentales de la madre y el bien jurídico constitucionalmente protegido que es la vida del *nasciturus*» y que «en la STC 53/1985, FJ 5, dijo este tribunal que el *nasciturus* constituye un bien jurídico cuya protección encuentra fundamento constitucional en el artículo 15 CE, en cuanto encarna el valor fundamental de la vida humana, garantizado en dicho precepto constitucional». Como en aquel caso, en el mantenimiento del ingreso se ha de dilucidar un «conflicto que entiende concurrente entre la decisión de la madre de dar a luz en su casa, asistida por una matrona, y el riesgo que dicha decisión podía suponer para la vida del *nasciturus*, en la medida en que se trataba de un embarazo que se encontraba en la semana 42+3 (según el informe médico que acompañaba a la solicitud de ingreso forzoso), y los servicios médicos del hospital público en el que se había llevado a cabo el seguimiento del embarazo de la madre expresaban el riesgo de hipoxia fetal y de muerte intrauterina» (STC 66/2022, FJ 6)».

(STC Pleno 11/2023, de 23 de febrero. Recurso de amparo 899-2021. Ponente: D.^a Concepción Espejel Jorquera. BOE 31 de marzo de 2023).

Derecho a la vida y a la integridad física y moral. Eutanasia (LO 3/2021).

«La vida humana no es solo el objeto del derecho fundamental enunciado en el artículo 15 CE, sino condición de posibilidad del resto de derechos, lo que la sitúa como *præius* de la persona y de todas sus manifestaciones. Ha de verse por tanto como un bien constitucional objetivo que reclama del poder público preservación y respeto (SSTC 53/1985, de 11 de abril, FJ 3, y, entre otras, 32/2003, de 13 de febrero, FJ 7).

El derecho a la vida se configura como el derecho a la protección de la existencia física de las personas, que comporta para el poder público deberes negativos, o de abstención, y positivos, de protección frente a ataques de terceros (en tal sentido, STC 120/1990, de 27 de junio, FJ 7) o incluso propios, como se puntualizará, en determinadas hipótesis. Así lo viene declarando también el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a la hora de interpretar y aplicar el artículo 2.1 CEDH, que supone la obligación del Estado no solo de «abstenerse de quitar la vida “intencionalmente” (obligaciones negativas)», sino también de «tomar las medidas adecuadas para salvaguardar la vida de aquellas personas dentro de su jurisdicción (obligaciones positivas)» (STEDH de 5 de junio de 2015, asunto *Lambert y otros c. Francia*, § 117; en análogos términos, STEDH de 4 de octubre de 2022, asunto *Mortier c. Bélgica*, § 116).

Sin embargo, estas consideraciones no sustentan una interpretación del artículo 15 CE —«[t]odos tienen derecho a la vida»— que atribuya carácter absoluto a la vida e imponga a los poderes públicos un deber de protección incondicional que implique un paradójico deber de vivir y, en tal medida, impida el reconocimiento constitucional de decisiones autónomas sobre la propia muerte en situaciones de sufrimiento debido a una enfermedad o padecimiento incurable médicamente constatable y que la persona experimenta como inaceptable.

(ii) Es cierto que la afirmación del carácter absoluto del derecho a la vida aparece como *obiter dicta* en alguna resolución de este tribunal que en el recurso se cita (STC 48/1996, de 25 de marzo, FJ 2). Cualquiera que sea el significado que así quiera atribuirse a esta polisémica calificación, aquella aseveración conllevaría —descartado el manifiesto absurdo de un derecho autorreferente, esto es, sin alteridad— la tesis de que habría de pesar sobre la persona, en mérito del artículo 15 CE, una suerte de obligación constitucional de mantenerse con vida o, dicho de otro modo, que los deberes públicos de protección que derivan de la proclamación del derecho habrían de prevalecer en todo caso sobre la voluntad de quien decidiera poner fin a la propia vida o asumir, en hipótesis ya diferente, riesgos letales para sí mismo. Expuesta en tales términos generales y sin matiz alguno, la tesis no es constitucionalmente aceptable. Cabe oponer al respecto diversas consideraciones atinentes, de un lado, a la evidencia contraria que muestra el ordenamiento jurídico y, de otro y con carácter principal, a la incompatibilidad de la tesis absolutizadora con la Constitución.

(iii) Desde la perspectiva que nos ocupa, advertimos ya de partida que las propias resoluciones invocadas en el recurso desmienten el alegado carácter absoluto del derecho a la vida y del bien constitucional vida. No puede olvidarse que la STC 53/1985 amparó la constitucionalidad de varios supuestos de aborto aun desde el presupuesto del valor de la vida humana. Tampoco que la STC 120/1990, que avala la alimentación forzosa de los internos en huelga de hambre reivindicativa, se cuida de acentuar la proyección limitada de tal autorización desde la perspectiva de la afectación del derecho a la vida. Respalda la decisión respecto de quienes se encuentran internos en centros penitenciarios y arriesgan su vida para condicionar el ejercicio de potestades de la administración, pero distingue expresamente esa situación de la «decisión de quien asume el riesgo de morir en un acto de voluntad que solo a él afecta, en cuyo caso podría sostenerse la ilicitud de la asistencia médica obligatoria o de cualquier otro impedimento a la realización de esa voluntad» (FJ 7, con el mismo tenor, STC 137/1990, FJ 5).

Es más, a diferencia de lo que aducen los recurrentes, de esta doctrina constitucional no se sigue una prohibición general del suicidio, aunque se descarte una vertiente negativa que incluya el derecho a la propia muerte y considere que quien se da muerte de propia mano actúa en un ámbito libre de Derecho y, por lo tanto, en el

marco del principio general de libertad y no en ejercicio de un derecho (SSTC 120/1990, FJ 7; 137/1990, FJ 5, y 11/1991, FJ 2). Pero, no puede olvidarse que las citadas resoluciones admiten la posible ilicitud de medidas impeditivas de la muerte que hubiera sido decidida por la persona en circunstancias distintas. Una consideración global pone de manifiesto que aquellas afirmaciones constituyen una respuesta a la específica cuestión entonces analizada, esto es, si el derecho a la vida incorpora un derecho a arrostrar la propia muerte que quepa oponer a la decisión del Estado de articular un mecanismo impeditivo, como sostenían los demandantes de amparo. Y esta concreta posibilidad es la que se rechaza en las sentencias, que concluyeron que «no es posible admitir que la Constitución garantice en su artículo 15 el derecho a la propia muerte y, por consiguiente, carece de apoyo constitucional la pretensión de que la asistencia médica coactiva es contraria a ese derecho constitucionalmente inexistente» (SSTC 120/1990, FJ 7, y 137/1990, FJ 5). En absoluto puede extraerse de tal jurisprudencia una imposibilidad constitucional de admitir la eutanasia y, mucho menos, un pronunciamiento sobre el problema iusfundamental que suscita.

En tercer lugar, debemos destacar que la jurisprudencia constitucional respalda con base en el derecho fundamental a la integridad personal, proclamado en el propio artículo 15 CE, las decisiones libres e informadas de rechazo de tratamientos médicos aun cuando puedan conducir a un resultado fatal (STC 37/2011, FJ 5), tal y como expusimos en el fundamento jurídico 4. Se trata de un aval que excluye la pretendida protección irrestricta de la vida no solo en términos lógicos, sino también en términos de delimitación del derecho fundamental, y que supone la admisión de una cierta disponibilidad de la vida vinculada a la autonomía de la persona. Hay que recordar que es la facultad de autodeterminación sobre las intervenciones en el propio cuerpo, al margen de su eficacia o finalidad sanadora, la que «legitima al paciente, en uso de su autonomía de la voluntad, para decidir libremente sobre las medidas terapéuticas y tratamientos». Y que escoger entre las distintas posibilidades, consintiendo su práctica o rechazándolas, es «la manifestación más importante de los derechos fundamentales que pueden resultar afectados por una intervención médica», sin que se vea limitada por una previsible consecuencia de muerte (por todas, STC 37/2011, FJ 5). En suma, la autodeterminación sobre el propio sustrato corporal impide que pueda activarse una protección de la vida a través de terapias salvadoras contra la voluntad del paciente.

(iv) Como muestra esta doctrina, más allá del contraste de las realidades jurídicas enunciadas con un concepto absolutizado de la vida, resulta constitucionalmente trascendental para rechazar esa comprensión la incidencia de la dignidad y la libre autodeterminación en la interpretación del derecho a la vida.

En línea con el enfoque del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (asunto *Mortier c. Bélgica*, § 124 y 128), la interpretación del artículo 15 CE en orden a revisar la compatibilidad del derecho a la vida con las decisiones sobre su conclusión y, más específicamente, con la asistencia médica a la muerte en contextos de eutanasia, debe tener presente, conforme a las aludidas exigencias de interpretación sistemática y evolutiva, que la previsión del artículo 15 CE se inserta en una axiología constitucional que tiene a la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE) y a la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad como fundamentos del orden político y de la paz social (art. 10.1 CE). En tal medida, frente a lo defendido en el recurso, la Constitución no acoge una concepción del derecho a la vida y de la protección del bien vida desconectada de la voluntad de su titular y, por ende, indiferente a sus decisiones sobre cómo y cuándo morir.

La consagración de la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE) «implica, evidentemente, el reconocimiento, como principio general inspirador del mismo, de la autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales que se le presenten, de acuerdo con sus propios intereses y preferencias» (SSTC 132/1989, de 18 de julio, FJ 6, por todas).

De otro lado, esta misma facultad de autodeterminación respecto de la configuración de la propia existencia se deriva de la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, cláusulas que son «la base de nuestro sistema de derechos fundamentales» (por todas, STC 212/2005, de 21 de julio, FJ 4). Este tribunal ha señalado que la dignidad «es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás» (STC 53/1985, FJ 8 y, en sentido similar, por todas, STC 192/2003, de 27 de octubre, FJ 7). Otro tanto puede decirse del libre desarrollo de la personalidad que «protege la configuración autónoma del propio plan de vida» (STC 60/2010, de 7 de octubre), radicando su sentido primordial en excluir determinadas trabas o interferencias públicas –acaso también, en algunos supuestos, intervenciones de las llamadas a veces «paternalistas»– que limiten o entorpezcan sin fundamento suficiente un desarrollo personal que la Constitución quiere «libre»: libre, ante todo, de la intervención del Estado.

A todo ello hay que añadir que la facultad de autodeterminación consciente y responsable de la propia vida cristaliza principalmente en el derecho fundamental a la integridad física y moral (art. 15 CE). Este derecho protege la esencia de la persona como sujeto con capacidad de decisión libre y voluntaria, resultando vulnerado cuando se mediatiza o instrumentaliza al individuo, olvidando que toda persona es un fin en sí mismo (SSTC 181/2004, de 2 de noviembre, FJ 13, y 34/2008, de 25 de febrero, FJ 5).

En suma, en nuestro ordenamiento constitucional, la libertad individual para la adopción y puesta en práctica autónoma de decisiones personales privadas e íntimas de profunda relevancia vital goza *prima facie* de protección a través del reconocimiento de la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE), de los principios de dignidad y libre desarrollo de la personalidad, configurados expresamente en la Constitución como «fundamentos del orden político y de la paz social» (art. 10.1 CE), y de los derechos fundamentales íntimamente vinculados a dichos principios, de entre los que cobra particular relevancia el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE).

El derecho a la vida debe leerse en conexión con estos otros preceptos constitucionales y, con ello, ser interpretado como cauce de ejercicio de la autonomía individual sin más restricciones que las justificadas por la protección de otros derechos e intereses legítimos. Cuando de las decisiones vitales que analizamos se trata, el respeto a esa autodeterminación debe atender además a las situaciones de sufrimiento extremo objetivo que la persona considera intolerable y que afectan al derecho a la integridad personal en conexión con la dignidad humana. El contenido del derecho a la vida debe coherer con esos otros bienes y derechos constitucionales de la persona para evitar transformar un derecho de protección frente a las conductas de terceros (con el reflejo de la obligación de tutela de los poderes públicos) en una invasión del espacio de libertad y autonomía del sujeto, y la imposición de una existencia ajena a la persona y contrapuesta al libre desarrollo de su personalidad carente de justificación constitucional. El peso de los bienes y derechos constitucionales que inciden en el derecho a la vida, interpretados de modo sistemático, determinan el alcance de los deberes de protección del Estado y fundamentan la posibilidad de su restricción.

(v) Esta comprensión, se ajusta a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa a la compatibilidad con el Convenio de Roma de la ausencia de constricción estatal en las decisiones sobre el final de la vida (*Lambert c. Francia*, § 136-139).

Ciertamente excluye el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que pueda derivarse del derecho a la vida del artículo 2 CEDH un derecho a morir (por todos, asunto *Pretty c. Reino Unido*, § 40) y concede un amplio margen de apreciación a los Estados en la decisión de limitar o no el derecho a la vida privada en aras de la protección de la vida y la búsqueda de un equilibrio entre ambos intereses. Pero, y es lo aquí determinante, la interpretación del precepto conforme al artículo 8 CEDH conduce a descartar que prohíba *per se* una despenalización condicional de la eutanasia, aun cuando implique la actuación de un tercero de poner fin intencionadamente a la vida de quien lo pide, en tanto que tiene por objeto dar a la persona libertad para evitar un final de vida que considera indigno y doloroso, siendo la dignidad humana y la libertad la esencia misma del Convenio (asunto *Mortier c. Bélgica*, § 137 y 138).

(.../...)

Es doctrina de este Tribunal que los derechos a la integridad física y moral del artículo 15 CE incluyen un derecho de autodeterminación de la persona pues, además de «proteger la “incolumidad corporal” (STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 2), ‘han adquirido también una dimensión positiva en relación con el libre desarrollo de la personalidad», orientada a su plena efectividad» (por todas, STC 37/2011, FJ 3). Por ello ha declarado este tribunal que el derecho a la integridad personal ampara, sin perjuicio de precisiones ahora irrelevantes, a quien de manera libre, informada y responsable rechaza someterse a unos u otros tratamientos médicos o sanitarios [SSTC 120/1990, FJ 8; 137/1990, FJ 6; 154/2002, FJ 9 b), y 37/2011, FJ 3 a 7], aun cuando esa decisión, tomada en uso de su autonomía de la voluntad, pudiera conducir a un resultado fatal (STC 37/2011, FJ 5).

Es asimismo doctrina de este tribunal que «para que esa facultad de consentir, de decidir sobre los actos médicos que afectan al sujeto pueda ejercerse con plena libertad, es imprescindible que el paciente cuente con la información médica adecuada sobre las medidas terapéuticas, pues solo si dispone de dicha información podrá prestar libremente su consentimiento, eligiendo entre las opciones que se le presenten, o decidir, también con plena libertad, no autorizar los tratamientos o las intervenciones que se le propongan por los facultativos. De esta manera, el consentimiento y la información se manifiestan como dos derechos tan estrechamente imbricados que el ejercicio de uno depende de la previa correcta atención del otro [...]. La información previa, que ha dado lugar a lo que se ha venido en llamar consentimiento informado, puede ser considerada, pues, como un procedimiento o mecanismo de garantía para la efectividad del principio de autonomía de la voluntad del paciente y, por tanto, de los preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales que pueden resultar concernidos por las actuaciones médicas, y, señaladamente, una consecuencia implícita y obligada de la garantía del derecho a la integridad física y moral, alcanzando así una relevancia constitucional que determina que su omisión o defectuosa realización puedan suponer una lesión del propio derecho fundamental» (STC 37/2011, de 28 de marzo, FJ 5). Se trata de una garantía que se ha concretado en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (arts. 2 y concordantes).

Este derecho de autodeterminación del paciente encuentra también protección en el CEDH, a pesar de que no cuente con un específico derecho a la integridad física y moral equivalente al del artículo 15 CE. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos

ha reconocido que el derecho de autodeterminación respecto de los tratamientos médicos forma parte del derecho al respeto de la vida privada enunciado en el artículo 8.1 CEDH, aun cuando su ejercicio pudiera conducir a la muerte del sujeto (por todas, SSTEDH de 29 de abril de 2002, asunto *Pretty c. Reino Unido*, § 63 y 65, y de 5 de junio de 2015, asunto *Lambert y otros c. Francia*, § 142 y 180).

(ii) En conexión con los principios de dignidad y libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), el derecho a la integridad personal del artículo 15 CE protege un ámbito de autodeterminación de la persona que ampara también la decisión individual de darse muerte por propia mano, cuando tal decisión se adopte de manera libre y consciente por un ser humano capaz que se encuentre inmerso en un contexto de sufrimiento personal extremo debido a causas clínicas de gravedad límite, racional y objetivamente contrastables conforme a los parámetros de la ciencia médica.

En una situación extrema de este tipo, la decisión relativa a cómo y cuándo finalizar la propia existencia afecta de manera insuperablemente intensa a los derechos a la integridad física y moral de la persona afectada, así como al libre desarrollo de su personalidad y, de manera muy destacada, a su dignidad, principio que viene a condensar en última instancia el significado más profundo de la opción constitucional que en este específico contexto deriva de los arts. 15 y 10.1 CE. La dignidad está reconocida a todas las personas con carácter general, pero cuando el intérprete constitucional trata de concretar su contenido no puede ignorar el hecho obvio de la especificidad de las situaciones trágicas de sufrimiento personal extremo provocadas por enfermedades graves incurables o profundamente incapacitantes (*mutatis mutandis*, respecto de la interpretación de las exigencias derivadas de la dignidad de la persona en el ámbito de la maternidad, STC 53/1985, FJ 8).

Concurriendo estas precisas circunstancias ya no cabe afirmar que estemos ante una conducta genérica de disposición de la propia vida realizada en ejercicio de una mera libertad fáctica, esto es, en una suerte de ámbito libre de Derecho (SSTC 120/1990, FJ 7; 137/1990, FJ 5, y 11/1991, FJ 2), sino ante una de las decisiones vitales –por más que extrema y fatal– de autodeterminación de la persona protegida por los derechos a la integridad física y moral (art. 15 CE) en conexión con los principios de dignidad y libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE). Este derecho de autodeterminación garantiza a la persona inmersa en un contexto de sufrimiento extremo como el aquí considerado un espacio de autonomía individual para trazar y llevar a término un proyecto de fin de vida acorde con su dignidad, de acuerdo con sus propias concepciones y valoraciones acerca del sentido de su existencia. Se trata de un ámbito de autonomía que el Estado debe respetar y a cuya efectividad debe contribuir, dentro de los límites impuestos por la existencia de otros derechos y bienes asimismo reconocidos por la Constitución.

Debido a su fundamento constitucional, este específico derecho de autodeterminación tiene como presupuesto que su ejercicio responda a la decisión libre y consciente de su titular. Resulta aquí plenamente aplicable, por ello, nuestra ya reseñada doctrina sobre la información previa y el consentimiento informado como mecanismos de garantía para la efectividad del principio de autonomía de la voluntad del paciente y, con ello, de los preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales que pueden resultar concernidos por las actuaciones médicas, de modo que su omisión o defectuosa realización puede suponer una lesión de tales derechos fundamentales (STC 37/2011, FJ 5).

En un sentido análogo, aunque con un alcance diferente –no limitado a los contextos eutanásicos que, por ser los afectados por la Ley Orgánica impugnada, son los únicos sobre los que nos corresponde ahora pronunciarnos– se ha manifestado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al afirmar que «el derecho de un individuo a

decidir de qué manera y en qué momento debe finalizar su vida, con tal de que esté en condiciones de formar libremente su voluntad a este propósito y de actuar en consecuencia, es uno de los aspectos del derecho al respeto de su vida privada en el sentido del artículo 8 de la Convención», de modo que la obligación de intervención del poder público se ciñe a las decisiones no tomadas con conocimiento y libertad (SSTEDH *Haas c. Suiza*, § 51; *Koch c. Alemania*, §52, y *Mortier c. Bélgica*, § 124, 135 y 136). Conclusión que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos alcanza tras señalar que «la dignidad humana y la libertad son la esencia misma del Convenio» (*Mortier c. Bélgica*, § 124).

(.../...)

Este derecho de autodeterminación respecto de la propia muerte en contextos eutanásicos incluye también el derecho de la persona a recabar y usar la asistencia de terceros que sea necesaria para llevar a la práctica la decisión de manera compatible con su dignidad y con su integridad personal. Tal ayuda puede ser necesaria tanto para materializar en última instancia la voluntad de poner fin a la propia vida como para poner a su disposición los medios que le permitan acabar su vida de manera segura e indolora, o dicho de otro modo, digna.

(.../...)

Una aproximación similar a la expuesta ha adoptado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuando, tras encuadrar en el artículo 8.1 CEDH el derecho a decidir cómo y cuándo poner fin a la vida, afirma que «impedir por ley que una persona ejerza su elección para evitar lo que, a su juicio, constituirá un final indigno y doloroso de la vida» puede suponer una injerencia en tal derecho (*Mortier c. Bélgica*, § 135, con ulteriores referencias)».

(STC Pleno 19/2023, de 22 de marzo. Recurso de inconstitucionalidad 4057-2021. Ponente: D. Ramón Sáez Valcárcel. *BOE* 25-4-2023. En el mismo sentido, STC 94/2023, de 12 de septiembre –*BOE* 12 de octubre de 2023).

Derecho a la vida y a la integridad física. Derecho de la mujer a interrumpir el embarazo. Aborto (LO 2/2010).

«Desde sus primeros pronunciamientos, el Tribunal ha venido afirmando que la Constitución no es un programa cerrado, sino un texto abierto, «un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo», como no podría ser de otro modo en un ordenamiento constitucional que consagra como uno de sus valores superiores el pluralismo político (art. 1.1 CE). «La labor de interpretación de la Constitución no consiste necesariamente en cerrar el paso a las opciones o variantes imponiendo autoritariamente una de ellas. A esta conclusión habrá que llegar únicamente cuando el carácter unívoco de la interpretación se imponga por el juego de los criterios hermenéuticos. Queremos decir que las opciones políticas y de gobierno no están previamente programadas de una vez por todas, de manera tal que lo único que cabe hacer en adelante es desarrollar ese programa previo» (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 7, y citándola entre otras muchas, SSTC 194/1989, de 16 de noviembre, FJ 2; 55/1996, de 28 de marzo, FJ 6; 197/1996, de 28 de diciembre, FJ 8; 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 1, y 49/2008, de 9 de abril, FJ 12).

Por ello, la función del Tribunal al realizar el juicio de constitucionalidad –como afirmara ya la STC 4/1981, de 2 de febrero, FJ 3– consiste en fijar los límites dentro de los cuales puede moverse libremente el legislador y convertir en ley sus opciones políticas, plasmar sus preferencias ideológicas y sus juicios de oportunidad. Libertad

del legislador que deriva de su específica legitimidad democrática, de su naturaleza como representante en cada momento histórico de la soberanía popular (art. 66 CE). «La ley, como emanación de la voluntad popular, solo puede ser en principio derogada o modificada por los representantes de esa voluntad, y solo para el caso de que el precepto legal infrinja la Constitución se ha concedido a este tribunal la potestad de anularla» (STC 17/1981, de 1 de junio, FJ 7).

(.../...)

a) En el desarrollo de su labor de control el Tribunal debe interpretar la Constitución atendiendo al concreto contexto histórico. Como sostuvimos en la STC 198/2012, de 6 de noviembre, FJ 9, con base en la sentencia del Tribunal Supremo de Canadá de 9 de diciembre de 2004 que retoma la expresión de la sentencia *Privy Council, Edwards c. Attorney General for Canada* de 1930, «la Constitución es un “árbol vivo” [...] que, a través de una interpretación evolutiva, se acomoda a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad, y no solo porque se trate de un texto cuyos grandes principios son de aplicación a supuestos que sus redactores no imaginaron, sino también porque los poderes públicos, y particularmente el legislador, van actualizando esos principios paulatinamente y porque el Tribunal Constitucional, cuando controla el ajuste constitucional de esas actualizaciones, dota a las normas de un contenido que permita leer el texto constitucional a la luz de los problemas contemporáneos, y de las exigencias de la sociedad actual a que debe dar respuesta la norma fundamental del ordenamiento jurídico a riesgo, en caso contrario, de convertirse en letra muerta».

Siguiendo esta pauta hermenéutica, este tribunal ha tomado particularmente en consideración la necesidad de mantener una conexión entre los juicios de constitucionalidad que viene llamado a realizar y la realidad social sobre la que habrán de incidir tales juicios en pronunciamientos sobre materias tan diversas como la protección de los derechos fundamentales frente al ruido ambiental que puede surgir de la sociedad tecnológica (STC 119/2001, de 24 de mayo), la lucha contra la violencia de género (STC 59/2008, de 14 de mayo), el matrimonio entre personas del mismo sexo (STC 198/2012, de 6 de noviembre), la discriminación por razón de sexo (SSTC 233/2007, de 5 de noviembre; 108/2019, de 30 de septiembre, y 153/2021, de 13 de septiembre), o el impacto de las redes sociales en la ponderación entre el derecho al honor y la intimidad personal y las libertades de expresión e información (STC 8/2022, de 27 de enero).

También el Tribunal Europeo de Derechos Humanos adopta un enfoque dinámico y evolutivo como forma de interpretar el Convenio para lograr que sus derechos sean prácticos y efectivos. Conforme a él, «debe tener en cuenta las condiciones cambiantes en el Estado demandado, y en los Estados contratantes en general, y responder, por ejemplo, a cualquier convergencia evolutiva en cuanto a los estándares que deben alcanzarse» (SSTEDH de 11 de julio de 2002, asunto *Goodwin c. Reino Unido*, § 74, y de 28 de mayo del mismo año, asunto *Stafford c. Reino Unido*, § 68-69). Pauta que ha proyectado al contexto específico de la interrupción voluntaria del embarazo (STEDH de 16 de diciembre de 2010, asunto *A. B. y C. c. Irlanda*, § 234), poniendo el acento en el consenso como justificación de una interpretación dinámica del Convenio.

b) De otro lado, debemos recordar que este tribunal, al realizar sus juicios de constitucionalidad, está obligado a interpretar los derechos, principios y valores concernidos tomando en consideración el principio de unidad de la Constitución (por todas, SSTC 113/1994, de 14 de abril, FJ 9; 179/1994, de 16 de junio, FJ 5; 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 11, y 9/2010, de 27 de abril, FJ 3); es decir, teniendo en cuenta

la relación e interdependencia de los distintos elementos del texto constitucional, que habrán de interpretarse como un todo armónico.

(.../...)

c) Cabe constatar que la consideración jurídica y el tratamiento normativo de la interrupción voluntaria del embarazo han experimentado una profunda evolución –a nivel internacional, europeo y nacional– desde el último tercio del siglo XX, que transita desde el estricto castigo penal del aborto con severas sanciones hacia sistemas de regulación de la interrupción voluntaria del embarazo como derecho público subjetivo de las mujeres y prestación sanitaria, tratando de buscar el equilibrio entre el respeto a los derechos e intereses legítimos de la mujer y la protección de la vida prenatal.

(.../...)

Asimismo, la evolución que ha experimentado la posición social y jurídica de la mujer en nuestra sociedad ha encontrado reflejo en el tratamiento normativo de la interrupción voluntaria del embarazo. Basta una breve referencia histórica para comprobarlo.

(.../...)

El embarazo, y su continuación o interrupción, son acontecimientos que afectan en primer término al cuerpo de la mujer embarazada, a su proyecto de vida, a su forma de estar en el mundo y de establecer relaciones de todo tipo en él (personales, laborales, educativas, culturales, incluso de ocio y esparcimiento). Ningún aspecto de la vida de la mujer resulta ajeno a los efectos del embarazo y el parto. Desde este punto de vista, la interrupción voluntaria del embarazo genera una tensión interpretativa en el interior de la Constitución, cuyos polos se sitúan, cabe anticipar, por una parte, en el respeto a la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad de la mujer embarazada (art. 10.1 CE) y su derecho fundamental a la integridad física y moral (art. 15 CE); y, por otra parte, en el deber del Estado de tutelar la vida prenatal como bien jurídico constitucionalmente protegido. Este elemento de tensión no puede ser resuelto desde uno de sus extremos, sino, por el contrario, y como venimos señalando, a partir de una interpretación sistemática y global de los preceptos constitucionales implicados.

(.../...)

La interrupción voluntaria del embarazo, en cuanto presupone la libertad de la mujer para la adopción de una decisión vital de la máxima trascendencia, goza de una primera protección constitucional a través del reconocimiento de la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE) y de los principios de dignidad y libre desarrollo de su personalidad, que constituyen «el fundamento del orden político y la paz social» (art. 10.1 CE).

Hemos afirmado que el artículo 1.1 CE, al consagrar la libertad como valor superior del ordenamiento, «implica, evidentemente, el reconocimiento, como principio general inspirador del mismo, de la autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales que se le presenten, de acuerdo con sus propios intereses y preferencias» (SSTC 132/1989, de 18 de julio, FJ 6; 113/1994, de 14 de abril, FJ 11; 179/1994, de 16 de junio, FJ 7; en la misma línea, SSTC 120/1990, de 27 de junio, FJ 11; 137/1990, de 19 de julio, FJ 9; 154/2002, de 18 de julio, FJ 12; 225/2006, de 17 de julio, FJ 3, y 37/2011, de 28 de marzo, FJ 3). Toda restricción de la libertad de la mujer para adoptar por sí misma una decisión que resulta trascendental en su vida y compromete su desarrollo vital incide sobre su libertad, proclamada como valor superior del ordenamiento jurídico en artículo 1.1 CE.

La dignidad y el libre desarrollo de la personalidad –proclamados por el artículo 10.1 CE– no constituyen tan solo fundamentos abstractos informadores del

ordenamiento jurídico en su conjunto, sino que, en palabras de este tribunal, «integran mandatos jurídicos objetivos y tienen un valor relevante en la normativa constitucional» (STC 150/1991, de 4 de julio, FJ 3).

El embarazo, el parto y la maternidad condicionan indiscutiblemente el proyecto de vida de la mujer. La decisión acerca de continuar adelante con el embarazo, con las consecuencias que ello implica en todos los órdenes de la vida de la mujer –físico, psicológico, social y jurídico– enlaza de forma directa con su dignidad, entendida por este tribunal como «el derecho de todas las personas a un trato que no contradiga su condición de ser racional igual y libre, capaz de determinar su conducta en relación consigo mismo y su entorno, esto es, la capacidad de autodeterminación consciente y responsable de la propia vida» (STC 192/2003, de 27 de octubre, FJ 7).

La dignidad de la persona así definida se configura, por ello, como «un *minimum* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales no conlleven un menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona» (SSTC 120/1990, de 27 de junio, FJ 4; 57/1994, de 28 de febrero, FJ 3, y 91/2000, de 30 de marzo, FJ 7). Y, además, garantiza a toda persona un ámbito mínimo de autonomía que incluye las decisiones que puede considerarse que afectan al libre desarrollo de su personalidad (art. 10.1 CE), «un principio que protege la configuración autónoma del propio plan de vida» (STC 60/2010, de 7 de octubre, FJ 8).

Partiendo de esta premisa, hemos declarado que el libre desarrollo de la personalidad quedaría afectado si se impusieran a la persona decisiones u opciones vitales de naturaleza particularmente íntima y personal tales como la prohibición de la convivencia *more uxorio* o, en sentido contrario, la imposición del vínculo matrimonial (STC 184/1990, de 15 de noviembre, FJ 2), la imposición del matrimonio celebrado en determinada forma religiosa o la libre elección de cónyuge (STC 51/2011, de 14 de abril, FJ 12), o la continuación o terminación de una relación afectiva o de convivencia [STC 60/2010, de 7 de octubre, FJ 8 b)]. Asimismo, este tribunal ha reconocido que la libertad de procreación es una de las manifestaciones del libre desarrollo de la personalidad (STC 215/1994, FJ 4). El reconocimiento de dicha libertad, ínsita en el libre desarrollo de la personalidad, pone de relieve que la misma constituye uno de los aspectos configuradores del propio plan de vida.

A la vista de esta doctrina, puede concluirse que la decisión acerca de continuar adelante con el embarazo, con las consecuencias que ello implica en todos los órdenes de la vida de la mujer –físico, psicológico, social y jurídico– enlaza de forma directa con su dignidad y el libre desarrollo de su personalidad, en cuanto afecta a la libertad de procreación de la mujer y condiciona indiscutiblemente su proyecto de vida.

De acuerdo con ello, el legislador no puede dejar de inspirarse en el respeto a la dignidad de mujer y al «libre desarrollo de la personalidad» al regular la interrupción voluntaria del embarazo. En particular, dichos principios resultarían con toda evidencia ignorados si se impusiera a la mujer gestante, en términos absolutos, la culminación del propio embarazo y el consiguiente alumbramiento.

(.../...)

En íntima conexión con la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad proclamados por el artículo 10.1 CE, el derecho fundamental a la integridad física y moral (art. 15 CE) se ve también concernido por la decisión estatal de prohibir a la mujer que interrumpa un embarazo no deseado, imponiéndole, como opción única, la de continuar adelante con la gestación y convertirse en madre.

El derecho a la integridad personal protege, de acuerdo con nuestra doctrina, «la inviolabilidad de la persona, no solo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del

consentimiento de su titular» (por todas, SSTC 120/1990, de 27 de junio, FJ 8, y 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 2), frente a cualquier injerencia, en definitiva, que sea concebida como acción esencialmente positiva de terceros sobre el sustrato corporal o espiritual de la persona.

Junto a esa dimensión «negativa», enunciada en términos de incolumidad o derecho de defensa, nuestra doctrina también ha subrayado la «dimensión positiva» que tiene el derecho a la integridad física y moral «en relación con el libre desarrollo de la personalidad, orientada a su plena efectividad» (en este sentido, entre otras, SSTC 221/2002, de 25 noviembre, FJ 4; 220/2005, de 12 de septiembre, FJ 4; 62/2007, de 27 de marzo, FJ 3, y 160/2007, de 2 de julio, FJ 2). En esa vertiente positiva, el derecho a la integridad personal presenta un significado primordial como derecho de autodeterminación individual que protege la esencia de la persona como sujeto con capacidad de decisión libre y voluntaria, resultando vulnerable cuando se mediatiza o instrumentaliza al individuo, olvidando que toda persona es un fin en sí mismo (SSTC 181/2004, de 2 de noviembre, FJ 13, y 34/2008, de 25 de febrero, FJ 5).

La decisión de la mujer relativa a la interrupción voluntaria del embarazo se sitúa *prima facie* dentro de esa doble vertiente protectora, y ello tanto en lo que concierne a su integridad corporal como a su integridad psíquica o moral:

a) En la vertiente «corporal», ya al examinar la constitucionalidad de la entonces denominada «indicación terapéutica», este tribunal concluyó que en tales casos se veía seriamente afectada la integridad física de la embarazada. Se estableció así, ya en ese momento, un vínculo claro entre prohibición del aborto e injerencia en los derechos a la vida e integridad física de la mujer embarazada, justificándose la legitimidad constitucional de la excepción de la punición de aborto en estos casos en la tutela de los derechos a la vida e integridad física de la madre embarazada. Pese a que no llegara a afirmarse de forma explícita, esta conclusión partía lógicamente de la consideración de que la prohibición del aborto en estos casos constituía una injerencia estatal «excesiva» en los derechos de la mujer proclamados por el artículo 15 CE.

El embarazo es, en primer término, un proceso biológico de la máxima trascendencia para el cuerpo de la mujer en cuanto implica alteraciones sustanciales de carácter morfológico y fisiológico en prácticamente todos los sistemas corporales: endocrino, circulatorio, inmunológico, musculoesquelético, dérmico, respiratorio, excretor, digestivo y, por supuesto, reproductor. El parto, por otra parte, constituye un evento fisiológico complejo, naturalmente doloroso y arriesgado, que en gran parte de las ocasiones demanda la práctica de algún tipo de intervención quirúrgica en el cuerpo de la madre, ya sea una intervención de menor entidad (episiotomía) o una de mayor relevancia médica (cesárea). A estas alteraciones estrictamente físicas del cuerpo se unen cambios relevantes a nivel psico-emocional; de hecho, el embarazo aparece identificado en la literatura científica como un potente estresor, y puede llegar a derivar en síntomas de depresión perinatal.

Partiendo de estas premisas, y teniendo en cuenta la doctrina que sostuvimos ya en 1985 para validar la constitucionalidad del aborto en caso de indicación terapéutica, puede afirmarse que el embarazo y el parto, aun cuando no presenten complicación adicional de ninguna clase, generan por sí mismos una afectación relevante de la integridad física de la mujer que se ve sometida a ellos.

A ello hemos de sumar, por otra parte, que uno de los objetivos esenciales de la regulación de la interrupción voluntaria del embarazo, afirmado reiteradamente en los textos internacionales y al que expresamente se refiere el preámbulo de la Ley Orgánica 2/2010, es la prevención de abortos llevados a cabo de manera clandestina y en pobres condiciones sanitarias y de salubridad, que constituyen un riesgo grave, no solo para la salud e integridad física de la mujer embarazada, sino para su propia vida.

(.../...)

Con fundamento en todo lo expuesto, consideramos que la interrupción voluntaria del embarazo, como manifestación del derecho de la mujer a adoptar decisiones y hacer elecciones libres y responsables, sin violencia, coacción ni discriminación, con respeto a su propio cuerpo y proyecto de vida, forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la integridad física y moral (art. 15 CE) en conexión con la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad como principios rectores del orden político y la paz social (art. 10.1 CE).

(.../...)

Cuando de la regulación de la interrupción voluntaria del embarazo se trata, el límite a los derechos fundamentales de la mujer se encuentra en el deber del Estado de tutelar la vida prenatal, a la que se ha reconocido el carácter de bien constitucionalmente protegido. En efecto, este tribunal afirmó en la STC 53/1985, FJ 5, que la «vida humana es un devenir», un proceso que comienza en la gestación y termina en la muerte, en el que se genera un *tertium*, existencialmente distinto de la madre, aunque alojado en su seno, y en el que se producen «cambios cualitativos de naturaleza somática y psíquica que tienen un reflejo en el estatus jurídico público y privado del sujeto vital», gozando de especial trascendencia en dicho estatus «el momento a partir del cual el *nasciturus* es ya susceptible de vida independiente de la madre, esto es, de adquirir plena individualidad humana».

De tal concepto se deduce que, si la Constitución protege la vida como derecho fundamental esencial, no puede desprotegerla en aquella etapa de su proceso de desarrollo que es condición para la vida independiente, por lo que la vida prenatal es un bien jurídico cuya protección encuentra fundamento constitucional en el artículo 15 CE. Esta obligación estatal de tutela de la vida prenatal, afirmada por primera vez en la STC 53/1985, ha sido reiterada en las SSTC 212/1996, de 19 de diciembre, FJ 3, y 116/1999, de 17 de junio, FJ 5.

Ahora bien, este tribunal también ha afirmado de forma inequívoca que la titularidad del derecho a la vida proclamado por el artículo 15 CE corresponde exclusivamente a quienes han nacido y cuentan, por el hecho del nacimiento, con personalidad jurídica plena, sin que quepa extender esta titularidad a quienes han sido concebidos pero todavía no han nacido. Quien no es persona no puede ser, no es, titular de derechos, ni, por ende, de derechos fundamentales. En el caso de la vida prenatal no nos encontramos, pues, ante el derecho fundamental mismo, sino ante un bien jurídico constitucionalmente protegido, como parte del contenido normativo del artículo 15 CE (SSTC 53/1985, de 11 de abril, FFJJ 5 y 7; 212/1996, de 19 de diciembre, FJ 3; 116/1999, de 17 de junio, FJ 4). Como destacábamos en la STC 212/1996, de 19 de diciembre, FJ 3, «en el caso de la vida del *nasciturus*, no nos encontramos ante el derecho fundamental mismo, sino, como veremos, ante un bien jurídico constitucionalmente protegido como parte del contenido normativo del artículo 15 CE. De ahí que no quepa invocar una garantía normativa, la del contenido esencial, que la Constitución reserva precisamente a los derechos y libertades mismos, reconocidos en el capítulo segundo del título I de la Constitución (art. 53.1 CE). No cabe, por tanto, en rigor, hablar de un contenido esencial de un bien jurídico constitucionalmente protegido en el sentido del artículo 53.2 CE».

Este concepto de la vida prenatal se ajusta a los tratados internacionales ratificados por España. En concreto, el Pacto internacional de derechos civiles y políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 (PIDCP), en su artículo 6 garantiza el derecho a la vida como inherente a la «persona». En el ámbito del Consejo de Europa, el Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 (CEDH), reconoce en su

artículo 1 «a toda persona dependiente de su jurisdicción» los derechos y libertades del título I, entre los que se encuentra el derecho a la vida (art. 2), cuya titularidad se atribuye a «toda persona». En esa misma línea, la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000 (reformada el 12 de diciembre de 2007), establece en el artículo 2 que toda «persona» tiene derecho a la vida.

En definitiva, los textos internacionales atribuyen la titularidad del derecho a la vida y de los restantes derechos en ellos proclamados, a la «persona». Ni de la literalidad de los mencionados textos, ni de la argumentación de los recurrentes, ni de la jurisprudencia y práctica internacionales puede concluirse que exista fundamento suficiente para deducir una obligación de los Estados parte de reconocer la titularidad del derecho fundamental a la vida al *nasciturus*.

La Comisión Europea de Derechos Humanos se pronunció por primera vez sobre esta cuestión en su decisión de 13 de mayo de 1980, relativa a la admisibilidad del caso *X. c. Reino Unido* (8416-1979), en que se suscitó la compatibilidad con el artículo 2 CEDH de la legalidad del aborto practicado en caso de riesgo para la vida o salud de la mujer gestante (indicación médica). En aquel momento la Comisión declaró, en términos análogos a los pronunciamientos que posteriormente se recogerían en la STC 53/1985, que no cabía reconocer al feto un derecho a la vida del artículo 2 CEDH en sentido absoluto (§ 18), derecho que solo cabe reconocer en toda su amplitud a los nacidos (§ 9 y 17).

Con posterioridad a esta sentencia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos – cuya jurisprudencia constituye un criterio interpretativo de singular importancia según hemos declarado reiteradamente (por todas, SSTC 119/2001, de 24 de mayo, FJ 5, y 37/2011, de 28 de marzo, FJ 4)– en su interpretación del artículo 2 CEDH ha destacado que no existe ningún consenso europeo sobre la definición científica y jurídica de los inicios de la vida, ni sobre la naturaleza o el estatuto del embrión o feto, por lo que el punto de partida del derecho a la vida entra dentro del margen de apreciación de los Estados. «Todo lo más se puede encontrar como denominador común a los Estados la pertenencia a la especie humana; es la potencialidad de este ser y su capacidad para convertirse en una persona [...] las que deben ser protegidas en nombre de la dignidad humana sin por ello hacer de él una persona que tendría derecho a la vida en el sentido del artículo 2» (STEDH, Gran Sala, de 8 de julio de 2004, asunto *Vo c. Francia*, § 82, 84 y 85; reafirmando esta doctrina, STEDH, Gran Sala, de 16 de diciembre de 2010, asunto *A. B. y C. c. Irlanda*, § 222 y 223).

D) Conclusión.

De acuerdo con lo expuesto, el respeto al derecho fundamental de la mujer a la integridad física y moral (art. 15 CE), en conexión con su dignidad y el libre desarrollo de su personalidad (art. 10.1), exigen del legislador el reconocimiento de un ámbito de libertad en el que la mujer pueda adoptar razonablemente, de forma autónoma y sin coerción de ningún tipo, la decisión que considere más adecuada en cuanto a la continuación o no de la gestación. Respetando ese ámbito mínimo que garantice a la mujer un razonable ejercicio de sus derechos, corresponde al legislador determinar el modo en que han de limitarse los derechos constitucionales de la mujer con el fin de tutelar la vida prenatal, como bien constitucionalmente protegido, siempre teniendo en cuenta que todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de asegurar que las medidas limitadoras sean necesarias para conseguir el fin perseguido (SSTC 69/1982, FJ 5, y 13/1985, FJ 2), ha de atender a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en la que se halla aquel a quien se le impone (STC 37/1989, FJ 7), y, en todo caso, ha de respetar su contenido esencial

(SSTC 11/1981, de 3 de abril, FJ 10; 196/1987, de 11 de diciembre, FFJJ 4 a 6; 12/1990, de 29 de enero, FJ 8, y 137/1990, de 19 de julio, FJ 6).

(STC Pleno 44/2023, de 9 de mayo. Recurso de inconstitucionalidad 4523-2010. Ponente: D.^a Inmaculada Montalbán Huertas. En el mismo sentido, STC 78/2023, de 3 de julio. *BOE* 3 de agosto de 2023).

ARTÍCULO 17.1

Prisión provisional acordada en fase de secreto de actuaciones. Acceso a la información necesaria para recurrirla. Derecho de defensa.

«La doctrina sobre el derecho de acceso a los elementos esenciales para impugnar la legalidad de la prisión provisional fijada en las SSTC 83/2019, de 17 de junio, FFJJ 5 y 6; 94/2019 y 95/2019, de 15 de julio, FFJJ 5 y 6; 180/2020, de 14 de diciembre, FFJJ 2 a 5, y 80/2021, de 19 de abril, FJ 4, presenta en lo que aquí interesa los siguientes aspectos relevantes, expuestos en los términos de la STC 180/2020:

a) El punto de partida de la doctrina constitucional es la constatación de que, junto al derecho de información y acceso que, con carácter general, corresponde a toda persona investigada o acusada (art. 118.1 LECrim), se contemplan específicas exigencias cuando se trata de un detenido o preso (art. 520.2 LECrim) en atención a la afectación en este caso no solo del derecho de defensa, sino del derecho a la libertad. Estas garantías legales entroncan con las previsiones de los arts. 5 y 6 del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH) y la correspondiente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, origen, junto con la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea (arts. 6, 47 y 48), de la Directiva 2012/13/UE, relativa al derecho a la información en los procesos penales, cuyas previsiones al respecto (arts. 4, 6.2, 7.1 y 7.4) han sido transpuestas al ordenamiento procesal español a través de la modificación de los arts. 302, 505, 520 y 527 LECrim operada por las Leyes Orgánicas 5/2015, de 27 de abril, y 13/2015, de 5 de octubre. En la medida en que esas garantías se exigen por la ley para privar cautelarmente de libertad, su inobservancia determina la lesión del derecho a la libertad personal del artículo 17.1 CE, al no haberse producido esa privación «con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley» (SSTC 13/2017, de 30 de enero, FJ 4; 21/2018, de 5 de marzo, FJ 5, y 180/2020, FJ 2).

b) Tras la reforma legal de 2015, el catálogo de derechos del detenido o preso comprende un especial rigor informativo, pues, conforme al artículo 520.2 LECrim, «toda persona detenida o presa será informada por escrito, en un lenguaje sencillo y accesible, en una lengua que comprenda y de forma inmediata, de los hechos que se le atribuyan y las razones motivadoras de su privación de libertad, así como de los derechos que le asisten». Entre esos derechos se encuentra el derecho a acceder a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad [art. 520.2 d) LECrim] que actúa como garantía instrumental del derecho a la información (SSTC 21/2018, FJ 4, y 83/2019, FJ 5). Ambos aspectos, información y acceso, funcionan entrelazados como garantías del derecho de defensa frente a las privaciones cautelares de libertad y sirven a la finalidad última de proteger contra privaciones de libertad arbitrarias, donde resulta capital el control judicial de la medida [STC 180/2020, FJ 2 a)].

c) El pleno disfrute de los derechos de información y acceso puede verse comprometido temporalmente en virtud del secreto de las actuaciones, como reconoce el artículo 7.4 de la Directiva 2012/13/UE y prevé el artículo 302 LECrim *in fine* o el artículo 527.1 d) LECrim y este tribunal ha venido admitiendo de forma reiterada [SSTC 18/1999, de 22 de febrero, FJ 4; 174/2001, de 26 de julio, FJ 3; 100/2002, de 6 de mayo, FJ 4, y 83/2019, FJ 3 c), 4 y 6 c)]. En estos casos, el justiciable ve limitados sus derechos y garantías en aras de preservar otros intereses dignos de protección, como el éxito de la investigación o el proceso o, incluso, la vida, libertad o integridad física de otra persona [STC 180/2020, FJ 2 b)].

Sin embargo, hemos constatado que, cuando se trata de un investigado o encausado en situación efectiva o potencial de privación de libertad, tanto la Directiva (art. 7.4) como el legislador nacional [último párrafo del artículo 302 LECrim en relación con el párrafo segundo del artículo 505.3 y el artículo 527.1 d) LECrim] excluyen de esa posibilidad de restricción temporal de derechos el específico conocimiento sobre los hechos que se imputan al investigado y las razones motivadoras de la privación de libertad, así como el acceso a los elementos de las actuaciones esenciales para cuestionar e impugnar la legalidad de la privación de libertad [SSTC 21/2018, FJ 8; 83/2019, FJ 6 c), y 180/2020, FJ 2 b)]. En particular, «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» [STC 83/2019, FJ 6 c)].

d) El derecho de acceso a los materiales de las actuaciones esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad que se reconoce en los arts. 520.2 d) y 505.3 LECrim es el complemento inescindible del derecho a la información, al que sirve como garantía instrumental. «Con carácter general, su finalidad consiste en otorgar la posibilidad de contrastar objetivamente la veracidad y consistencia de la información recibida para, en caso de desacuerdo, cuestionarla fundadamente ante la autoridad judicial [...], solicitando para ello acceder a aquella parte del expediente que recoja o documente las razones aducidas» (STC 83/2019, FJ 5, con remisión a la STC 21/2018, FJ 7).

Habida cuenta de su carácter instrumental respecto al derecho de información, el momento lógico del acceso será posterior a su suministro o disponibilidad, para proporcionar aquello que recoja o documente las razones fácticas y jurídicas de la privación de libertad, sin perjuicio de que el investigado o encausado pueda instar su derecho con anterioridad o al margen de esa información en aras del fin último de estar en posición de evaluar la legalidad de la medida privativa de libertad. Sí es inescindible de la funcionalidad del derecho, dada la finalidad de hacer posible una defensa efectiva frente a la privación de libertad, que el efectivo acceso sea previo a los momentos decisivos para ese derecho [STC 180/2020, FJ 4 a)]. En el caso de la detención, ese momento se sitúa «antes de ser interrogado policialmente por primera vez» [STC 21/2018, FJ 7 b)]; en el caso de la convocatoria de la comparecencia del artículo 505 LECrim para decidir sobre la situación personal del detenido puesto a disposición judicial (aunque sea por el órgano judicial de guardia), antes del turno para alegar en dicha audiencia [SSTC 83/2019, FJ 6 b), y 80/2021, FJ 5].

e) A diferencia del derecho de información, la garantía de acceso no opera de oficio, sino que requiere la rogación por el interesado. Una vez mostrada la voluntad de hacer uso del derecho, el acceso debe producirse de la forma más efectiva e inmediata posible [STC 180/2020, FJ 4 b)]. En todo caso, la garantía integrada de la libertad personal de información-acceso no otorga un derecho de acceso pleno al contenido de las actuaciones, policiales o judiciales, sino que, como expresan los

arts. 505.3, 520.2 d), y 527 LECrim, se circunscribe a los elementos esenciales para impugnar la legalidad de la privación de libertad [SSTC 21/2018, FJ 8, y 83/2019, FJ 6 c)]. Esto es, las fundamentales o necesarias para cuestionar si la privación cautelar penal de libertad se ha producido en uno de los casos previstos en la ley y en la forma prevista en la ley, cuya determinación es necesariamente casuística y corresponde al órgano judicial competente para decidir sobre la prisión provisional [STC 180/2020, FJ 4 c)].

f) Las garantías legales específicas de información y acceso se explican como proyección de las exigencias procedimentales directamente emanadas del artículo 17 CE en su entendimiento conforme con el artículo 5 CEDH (STC 180/2020, FJ 5). En particular en los incidentes relativos a la privación cautelar de libertad en un proceso penal, resulta fundamental la celebración de una audiencia contradictoria y la igualdad de armas entre la parte acusadora y el privado de libertad [entre muchas, SSTEDH de 31 de enero de 2002, asunto *Lanz c. Austria*, § 40 y 41; de 9 de marzo de 2006, asunto *Svipsta c. Letonia*, § 129 (g) y (h), o, de 22 de octubre de 2019, asunto *Venet c. Bélgica*, § 32]. La contradicción e igualdad de armas implican de forma necesaria la previa información sobre los motivos de la privación de libertad y, muy especialmente, el acceso a las actuaciones esenciales para valorar la legalidad de la privación de libertad. Es doctrina reiterada que no hay igualdad de armas cuando a un abogado se le niega el acceso a los documentos del expediente de la investigación cuyo examen es indispensable para impugnar eficazmente la legalidad de la detención de su cliente [SSTEDH de 9 de julio de 2009, asunto *Mooren c. Alemania* (Gran Sala), § 124; de 12 de enero de 2010, asunto *Boloş c. Rumanía*, § 33; de 20 de febrero de 2014, asunto *Ovsjannikov c. Estonia*, § 72, o de 23 de mayo de 2017, *Mustafa Avci c. Turquía*, § 90]. La importancia de dichas garantías como mecanismo de protección de los derechos de las personas sospechosas de haber cometido un delito ha justificado que la Unión Europea haya dictado normas precisas, mínimas y comunes sobre las mismas (STC 21/2018, FJ 5), que, como hemos destacado, están en el origen de los cambios en el ordenamiento nacional».

(STC 4/2023, de 20 de febrero. Recurso de amparo 1676-2019. Ponente: D. Juan Carlos Campo Moreno. *BOE* 31 de marzo de 2023. En el mismo sentido, STC 30/2023, de 17 de abril –*BOE* 22 de mayo de 2023–, 68/2023, de 19 de junio –*BOE* 25 de julio de 2023).

«El fundamento jurídico tercero de la STC 30/2023, al que nos remitimos, resume la abundante doctrina constitucional sobre el derecho legalmente previsto [arts. 118.1 b), 302 último párrafo, 505.3, párrafo segundo, 520.2 d) y 527.1 d) LECrim] de acceso a los elementos esenciales del atestado policial para impugnar la legalidad de la detención (SSTC 13/2017, de 30 de enero; 21/2018, de 5 de marzo, y 181/2020, de 14 de diciembre); así como y sobre el derecho de acceso a los elementos esenciales de las actuaciones judiciales secretas, con el fin de preparar la defensa en la comparecencia convocada para decidir sobre la situación personal de la persona afectada por la medida privativa de libertad o para impugnar la prisión provisional acordada (SSTC 83/2019, de 17 de junio; 94/2019 y 95/2019, ambas de 15 de julio; 180/2020, de 14 de diciembre; 80/2021, de 19 de abril, y 4/2023, de 20 de febrero, y debemos añadir la STC 68/2023, de 19 de junio, dictada con posterioridad a nuestra STC 30/2023). En la STC 30/2023, FJ 3, se destaca la relevancia constitucional de la garantía de acceso para los derechos a la libertad personal y de defensa (arts. 17.1 y 24.2 CE).

De acuerdo con la doctrina constitucional sobre la garantía de acceso a las actuaciones judiciales bajo secreto sumarial, el respeto de los derechos a la libertad perso-

nal y de defensa exige reconocer que el secreto de las actuaciones no excluye el derecho de acceso para impugnar en términos fácticos y jurídicos la legalidad de la privación cautelar de libertad. Este derecho de acceso –junto al derecho a la información del que es complemento inescindible y al que le sirve de garantía instrumental– permite la igualdad de armas en el ejercicio del derecho de defensa. La garantía de acceso no opera de oficio, a diferencia de lo que sucede con el derecho a la información, sino que requiere rogación por parte de la persona interesada o de su defensa. El momento para solicitar el acceso a las actuaciones judiciales secretas puede efectuarse antes o al tiempo de decidir sobre la pertinencia de la medida cautelar de privación de libertad, o con posterioridad, bien a través del sistema de recursos contra el auto de prisión provisional o bien mediante solicitudes para su revisión. La garantía de acceso se limita a los elementos esenciales de las actuaciones para impugnar la legalidad de la privación de libertad; la concreción de estos elementos es necesariamente casuística y su especificación corresponde al órgano judicial competente que deba decidir sobre la prisión provisional».

(STC 152/2023, de 20 de noviembre. Recurso de amparo 6609-2021. Ponente: D.^a Inmaculada Montalbán Huertas. *BOE* 21 de diciembre de 2023).

Prisión provisional en el marco de la Orden Europea de Detención.

«Este tribunal cuenta con un cuerpo de doctrina sobre el derecho a la libertad personal (art. 17 CE) que, en lo que puede ser de interés para la resolución de este caso, puede sistematizarse en dos grandes bloques: el que afecta a la medida cautelar de prisión provisional y el que se refiere a los instrumentos de cooperación internacional.

a) El derecho a la libertad personal (art. 17 CE) y su privación a través de la medida cautelar de prisión provisional.

Como se expuso en la STC 32/2023, de 17 de abril (FJ 3), con remisión a la STC 143/2022, de 14 de noviembre (FJ 4), los principales elementos de esa doctrina se pueden sintetizar de la siguiente manera:

(i) Principio de legalidad.

Como hemos señalado, «uno de los principios a tener en cuenta de cara a la adopción de la medida cautelar de prisión provisional [es] el principio de legalidad, que opera como elemento habilitante de la privación de libertad y como fuente de limitación del plazo máximo de duración de la medida cautelar, ‘razón por la cual este tribunal ha declarado reiteradamente que la superación de los plazos máximos legalmente previstos supone una limitación desproporcionada de aquel derecho y, en consecuencia, su vulneración (entre otras, SSTC 99/2006, de 27 de marzo, y 95/2007, de 7 de mayo)’ (STC 29/2019, de 28 de febrero, FJ 3) [...]. Nuestra jurisprudencia ha considerado también que la exigencia general de habilitación legal supone que la decisión judicial de decretar, mantener o prorrogar la prisión provisional ha de estar prevista en uno de los supuestos legales (uno de los ‘casos’ a que se refiere el artículo 17.1 CE) y que ha de adoptarse mediante el procedimiento legalmente regulado (en la ‘forma’ mencionada en el mismo precepto constitucional). De ahí que se haya reiterado que el derecho a la libertad personal puede verse lesionado tanto cuando se actúa bajo la cobertura impropia de la ley como contra lo que la ley dispone (así, SSTC 305/2000, de 11 de diciembre, FJ 3; 210/2013, de 16 de diciembre, FJ 2, y 217/2015, de 22 de octubre, FJ 2)’ (STC 29/2019, de 28 de febrero, FJ 3)».

(ii) Principio de *favor libertatis* o de *in dubio pro libertate*.

Conforme a estos principios, «la interpretación y aplicación de las normas reguladoras de la medida de prisión provisional ‘deben hacerse con carácter restrictivo y a favor del derecho fundamental que tales normas restringen, lo cual ha de conducir a la elección y aplicación, en caso de duda, de la norma menos restrictiva de libertad’ (SSTC 88/1988, de 9 de mayo, FJ 1; 98/2002, de 29 de abril, FJ 3, y 95/2007, de 7 de mayo, FJ 4)».

(iii) La duración de los plazos máximos como garantía del derecho a la libertad.

Para este tribunal, «la limitación del plazo máximo de duración de la medida de prisión provisional opera como mecanismo de garantía evitando que alcance una duración excesiva, que dependa de causas ajenas e inciertas a la persona juzgada, y con el objetivo de que quien se somete a aquella tenga una expectativa concreta sobre su extensión y finalización. La razón de esta última exigencia, como recuerda la STC 95/2007, de 7 de mayo, ‘encuentra su último fundamento en la seguridad jurídica de los ciudadanos [...]. Al mismo tiempo, este precepto pretende evitar la lentitud de la justicia en los procesos penales, de modo que la determinación de un plazo legal para la prisión provisional sirva de acicate a los órganos judiciales para que aceleren la instrucción y el enjuiciamiento de las causas penales con preso (SSTC 8/1990, de 18 de enero, FJ 4; 206/1991, de 30 de octubre, FJ 4)’ (FJ 5).

El respeto a los plazos legales máximos iniciales y de prórroga de la prisión provisional, establecidos en el artículo 504, párrafo cuarto LECrim, constituye, por lo tanto, un mandato constitucional, de forma que la superación de aquellos conllevaría una limitación desproporcionada del derecho a la libertad y, en consecuencia, su vulneración (por todas, SSTC 98/1998, de 4 de mayo, FJ 2; 142/1998, de 29 de junio, FJ 3; 234/1998, de 1 de diciembre, FJ 2; 19/1999, de 22 de febrero, FJ 4; 71/2000, de 13 de marzo, FJ 5; 72/2000, de 13 de marzo, FJ 6; 305/2000, de 11 de diciembre, FJ 4; 28/2001, de 29 de enero, FJ 4). Por ello mismo, este tribunal ha censurado en numerosas resoluciones decisiones judiciales consistentes en prorrogar el plazo de prisión provisional (art. 504.2 LECrim) después de que el plazo inicial haya expirado, pues la lesión en que consiste el incumplimiento del plazo no se subsana por el extemporáneo acuerdo de prórroga una vez finalizado aquel (en este sentido, SSTC 56/1997, de 17 de marzo; 234/1998, de 1 de diciembre; 305/2000, de 11 de diciembre, y 98/2002, de 29 de abril)».

A modo de síntesis, de lo anteriormente expuesto «cabe extraer tres criterios jurisprudenciales esenciales que deben regir en toda adopción de la medida cautelar de prisión provisional: (i) en primer lugar, que la excepcionalidad de esta medida impone una interpretación restrictiva de las normas reguladoras de aquella y en el sentido más favorable al derecho a la libertad (*favor libertatis*); (ii) en segundo lugar, que del primero de los fundamentos de la exigencia de un plazo máximo de duración de la medida (garantizar la seguridad jurídica) se deriva, a su vez, una exigencia de certeza en el cómputo del mismo, que lleva a la exclusión de los ‘elementos inciertos’, que pueden conducir al ‘desbordamiento del plazo razonable’, conectándose de este modo la exigencia de certeza con la del ‘plazo razonable’; (iii) en tercer lugar, que del otro criterio en que se fundamenta el establecimiento del plazo máximo (evitar dilaciones indebidas) se deriva la necesidad de valorar, junto a la complejidad de la causa, tanto la actuación de los órganos judiciales como la conducta del recurrente a la hora de determinar si las dilaciones producidas pueden o no excluirse del cómputo del plazo, criterios que coinciden con los empleados para determinar si nos encontramos o no ante un ‘plazo razonable’».

b) El derecho a la libertad personal (art. 17 CE) en la ejecución de los procesos extradicionales y de orden europeo de detención y entrega

Como se expone en la ya citada STC 32/2023, de 17 de abril, FJ 4, con remisión a la STC 143/2022, de 14 de noviembre (FJ 5), este tribunal ha ido evolucionando progresivamente en su doctrina sobre la naturaleza, régimen y duración de las medidas cautelares privativas de libertad dictadas con ocasión de la ejecución de este tipo de instrumentos de cooperación internacional.

Tras afirmar inicialmente la sustancial diferencia entre la prisión provisional decretada para garantizar la exigencia de una responsabilidad penal y la acordada en cumplimiento de las garantías previstas en un proceso dirigido exclusivamente a resolver sobre una petición de auxilio internacional (ATC 118/2003, de 8 de abril, FJ 2), también se ha señalado que «la aplicación supletoria de las normas sobre determinación del límite máximo de prisión provisional y la exigencia de que aquella se encuentre sujeta ‘a un plazo razonable’ de conformidad con lo previsto en los arts. 5.3 del Convenio europeo de derechos humanos (art. 5.3 CEDH) y 9.3 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos», ha justificado «que este tribunal haya estimado vulneradoras del artículo 17.4 CE supuestos de interpretaciones que no solamente se alejaban de estas exigencias sino que, además, hacían depender el referido plazo máximo de elementos inciertos contrarios a la seguridad jurídica del propio privado de libertad (STC 143/2022, de 14 de noviembre, FJ 5; con cita de la SSTC 147/2000, de 29 de mayo; 71/2000, de 13 de marzo, y 72/2000, de 13 de marzo)».

En el caso de la extradición activa, la doctrina inicial plasmada en la STC 8/1990, de 18 de enero, FJ 5, y en los AATC 189/2005, de 9 de mayo, y 212/2005, de 12 de mayo, consideraba que la previsión legal establecida ahora en el artículo 504.5 LECrim (antes artículo 504.6 LECrim), «amparaba constitucionalmente interpretaciones judiciales que giraban sobre la idea de que el periodo de privación de libertad sufrido en el extranjero como consecuencia de un proceso extradicional no computaba a los efectos del plazo del artículo 504.2 LECrim siempre que aquel hubiera sido necesario dada la actuación del propio encausado», lo que apuntaba a una labor ponderativa sobre la base de criterios interpretativos como el del «plazo razonable», en los que debe valorarse «la complejidad de la causa, la actividad desplegada por el órgano judicial y el comportamiento del recurrente».

Posteriormente, y debido –precisamente– al análisis casuístico de la conducta del encausado, se concedió el amparo en el supuesto contemplado en la STC 143/2022, de 14 de noviembre. En esta resolución (FJ 6) se afirma que «la aplicación indiscriminada de la citada doctrina [sentada en los AATC 189/2005, de 9 de mayo; 212/2005, de 12 de mayo, y STC 8/1990, de 18 de enero] a todos los procesos extradicionales [...] conllevaría *ipso iure* una eliminación, desde la perspectiva del artículo 504.2 LECrim, de todo el periodo de privación de libertad sufrido en el extranjero por un reclamado en virtud de un proceso de extradición activa, siendo indiferente, por lo tanto, si aquel fue consecuencia inexorable de una fuga o actuación rebelde del mismo, o, por el contrario, [...], si el referido procedimiento de cooperación judicial internacional no fue provocado por su actuación extraprocesal». Siendo este tribunal consciente de que corresponde al legislador determinar los plazos máximos para la prisión provisional, que también han de regir en los procesos de extradición, no puede ser «aceptable una interpretación [...] en la que no concurriendo una actitud obstruccionista o desobediente por parte del sometido a un proceso de extradición [como era el caso] se permita eludir, o ignorar, el periodo privativo de libertad sufrido como consecuencia de aquel a través de una interpretación excesivamente abierta, flexible e imprevisible del apartado 5 del artículo 504 LECrim».

Esta interpretación se apoyaba, además, en otros argumentos adicionales recogidos en ese mismo pronunciamiento. Así, el principio *favor libertatis*, la eliminación de elementos de incertidumbre sobre la duración de la medida, o el carácter material y efectivo de la privación de libertad vinculada a la decisión del tribunal emisor. Pero, de entre todos ellos destaca, a los efectos de este recurso, la referencia a lo dispuesto en el artículo 45.1 de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea. Así, por un lado, se consideraba que las normas y garantías reguladoras del instituto de la orden europea de detención y entrega no pueden trasponerse sin más a los procedimientos de extradición regulados por los convenios internacionales correspondientes o, subsidiariamente, por la Ley de extradición pasiva «pues el rigor de los tribunales ordinarios a la hora de revisar las decisiones de extradición no puede ser el mismo cuando se proyecta sobre una extradición como cuando lo hacen sobre una orden europea de detención y entrega, de la misma manera que este rigor tampoco puede ser el mismo cuando la cuestión examinada versa ‘sobre una extradición ejecutiva o sobre una extradición procesal; o cuando existe un tratado de extradición con el país solicitante frente a los supuestos en que no existen esos vínculos convencionales (SSTC 102/2000, de 10 de abril, FJ 8; 181/2004, de 2 de noviembre, FJ 10, y 232/2012, de 10 de diciembre, FJ 4); pudiendo variar, asimismo, en función de si el país solicitante se integra o no en el Consejo de Europa’ (STC 132/2020, de 23 de septiembre, FJ 4)». No obstante, «ante la ausencia de regulación legal al efecto, la existencia de una norma aplicable al caso, que regule una institución análoga, [supone] un criterio interpretativo a tener en cuenta por los órganos judiciales españoles especialmente cuando, como es el caso, afecta un valor objetivo y preponderante en ambos sistemas», como es el derecho a la libertad personal (STC 143/2022, de 14 de noviembre, FJ 6). Por lo tanto, la existencia de una norma concreta en la regulación de la orden europea de detención y entrega podía ser utilizada como criterio orientador para la interpretación de las normas sobre prisión provisional aplicadas a la ejecución de un proceso extradicional.

Dando un paso más en esta evolución, la STC 32/2023, de 17 de abril, FJ 5, reiteraba, con vocación de generalidad, los principios –ya avanzados en el fundamento jurídico 6 de la STC 143/2022, de 14 de noviembre– que han de tenerse en cuenta a la hora de determinar el cómputo de los periodos de privación de libertad en el extranjero como consecuencia de decisiones adoptadas por los órganos judiciales españoles: «(i) el principio de *favor libertatis* (SSTC 32/1987, de 12 de marzo; 34/1987, de 12 de marzo; 115/1987, de 7 de julio, y 37/1996, de 11 de marzo) o *in dubio pro libertate* (STC 117/1987, de 8 de julio) en virtud del cual la interpretación de las normas que regulan los motivos, condiciones y duración de las medidas privativas de libertad “debe hacerse con carácter restrictivo y a favor del derecho fundamental a la libertad” (STC 88/1988, de 9 de mayo, FJ 1); (ii) la exigencia de una certeza o previsibilidad sobre la duración de la medida, de tal manera que deben quedar excluidos eventos ajenos a la propia medida cautelar (SSTC 19/1999, de 22 de febrero, FJ 5, y 71/2000, de 13 de marzo, FFJJ 5 y 6) como elementos inciertos “que puedan conducir al ‘desbordamiento del plazo razonable’, conectándose de este modo la exigencia de certeza con la del ‘plazo razonable’ (por todas, STC 98/2002, de 29 de abril, FJ 5)’ (STC 95/2007, de 7 de mayo, FJ 5)”; y (iii) la necesidad de computar los plazos de prisión provisional desde la fecha en la que la privación de libertad se hizo efectiva, de tal manera que aquellos no pueden ser concebidos como plazos formales sino como de tiempo efectivo de privación efectiva de libertad, “razón por la cual dichos plazos han de computarse desde la fecha en que dicha restricción de la libertad se hará efectiva” (STC 16/2005, de 1 febrero, FJ 4)».

Conforme a esos principios, la STC 32/2023, FJ 5, considera que «la interpretación consistente en no computar la efectiva privación de libertad acaecida en el extranjero carece de cobertura legal. El artículo 17.4 CE exige que la ley determine el plazo máximo para la prisión provisional [...] exigencia [que] es válida para cualquier tipo de proceso en el que se imponga una medida que materialmente constituye una prisión provisional [...] y [que], por lo tanto, rige también en el proceso de extradición», por lo que corresponde «al legislador, y no a los tribunales ordinarios, la posibilidad de establecer cualquier tipo de prórroga adicional, prolongación o suspensión» de la privación de libertad. Además, «el Estado no puede desvincularse de una situación jurídica que, aunque acaecida en territorio extranjero, tiene como origen y causa determinante una decisión adoptada por los órganos jurisdiccionales españoles», lo que se ha afirmado expresamente en la STC 113/2022, de 26 de septiembre (FJ 3) como consecuencia del análisis de la posible responsabilidad patrimonial del Estado por una medida de prisión provisional adoptada por Reino Unido en ejecución de una orden europea de detención y entrega emitida por las autoridades españolas. De hecho, la STC 32/2023 (FJ 5) recuerda que la norma específica sobre el cómputo del plazo de privación de libertad sufrido en el país destinatario de la orden europea de detención y entrega (art. 45 de la Ley 23/2014) debe ser considerada como «criterio interpretativo» que ha de ser aplicado a instituciones análogas o que responden a la misma finalidad, como es el proceso de extradición, ante una eventual ausencia de regulación legal, en virtud de una «interpretación sistemática y en atención a los derechos fundamentales en juego (art. 17 CE)». La misma STC 32/2023 (FJ 5) añade que una interpretación como la sostenida en las resoluciones impugnadas en ese caso «supone establecer un factor de incertidumbre —elemento ajeno, incierto, no previsto legalmente y, asimismo, imprevisible para el recurrente— en la duración de la medida cautelar, lo que, a su vez, se traduce en un menoscabo de la legítima expectativa que el propio demandante tiene sobre su extensión y finalización», en línea con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre las garantías de precisión de las normas reguladoras de la privación de libertad (SSTEDH de 28 de marzo de 2000, asunto *Baranowski c. Polonia*, § 50-58; de 23 de febrero de 2012, asunto *Creanga c. Rumanía*, § 120, y de 15 de diciembre de 2016, asunto *Khlaifia and others c. Italia*, § 92); además de ser «diametralmente opuesta al principio de *favor libertatis* [...] o *in dubio pro libertate*».

En definitiva, y aunque la propia STC 32/2023 finalizaba admitiendo la posibilidad de «valorar las circunstancias de cada caso concreto», concluye que «resulta injustificadamente restrictiva de este derecho [a la libertad] una decisión [...] en la que se atribuye en exclusiva al demandante las consecuencias derivadas de un periodo de [...] privación de libertad en que las autoridades [...] tardaron en tramitar y resolver el correspondiente proceso de extradición». Dicho de otra forma, «no resulta razonable —ni soporta un juicio metodológico profundo— una interpretación como la efectuada en este caso que permita a los órganos jurisdiccionales españoles desligarse de la propia realidad jurídica creada, y mantenida, por ellos».

De todo lo anterior se desprende que la regulación sobre la privación de libertad motivada por la ejecución de cualquiera de los instrumentos de cooperación internacional y, señaladamente, de la orden europea de detención y entrega, ha de ser interpretada y aplicada en el marco de los parámetros generales establecidos en nuestra doctrina sobre el derecho a la libertad y su privación a través de la medida cautelar de prisión provisional. En consecuencia, los principios de legalidad y de *favor libertatis* han de presidir la interpretación y aplicación práctica de estas normas, en cuanto afectan directamente no solo a un derecho fundamental (art. 17 CE) sino a un principio o valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1. CE). De manera que, cuando exista

una previsión normativa concreta que regule el cómputo de los plazos de duración máxima de la prisión provisional en un determinado instrumento de cooperación, habrá de estarse a lo dispuesto en esa norma, como ocurre con la orden europea de detención y entrega. Mientras que, cuando no exista previsión concreta, como ocurre con los procesos de extradición, la aplicación supletoria de lo dispuesto en el artículo 504.5 LECrim únicamente podrá permitir, de forma excepcional y debidamente motivada, la exclusión de aquellos periodos de tiempo de privación de libertad que no sean atribuibles a dilaciones provocadas por la administración de justicia, sino que puedan ser atribuidos, en exclusiva, a la conducta obstruccionista o dilatoria del afectado, o que no hayan sido directamente provocados por la propia aplicación del instrumento de cooperación concreto».

(STC 136/2023, de 23 de octubre. Recurso de amparo 5402-2022. Ponente: D.ª Concepción Espejel Jorquera. BOE 30 de noviembre de 2023).

ARTÍCULO 18

Conflicto entre el derecho al honor y la libertad de expresión en el contexto de Internet.

«Sobre el contenido de la libertad de expresión y sus límites existe una consolidada doctrina constitucional que se remonta a las tempranas SSTC 6/1981, de 16 de marzo, FJ 4, y 12/1982, de 31 de marzo, FJ 3, y que recuerdan, entre otras, las SSTC 177/2015, de 22 de julio, FJ 2; 112/2016, de 20 de junio, FJ 2, y 89/2018, de 6 de septiembre, FJ 3. Esta doctrina subraya repetidamente la «peculiar dimensión institucional de la libertad de expresión», en cuanto que garantiza para «la formación y existencia de una opinión pública libre», que la convierte «en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática». De modo congruente, se ha insistido en la necesidad de que la libertad de expresión ha de gozar «de un amplio cauce para el intercambio de ideas y opiniones», que ha de ser «lo suficientemente generoso como para que pueda desenvolverse sin angostura; esto es, sin timidez y sin temor» (SSTC 9/2007, de 15 de enero, FJ 4; 50/2010, de 4 de octubre, FJ 7; 177/2015, de 22 de julio, FJ 2, y 112/2016, de 20 de junio, FJ 2). Tanto los límites a la libertad de expresión, como su contenido, han de ser «interpretados de tal modo que el derecho fundamental no resulte desnaturalizado» (SSTC 20/1990, de 15 de febrero, FJ 4; 177/2015, de 22 de julio, FJ 2, y 112/2016, de 28 de junio, FJ 2).

Este juicio de ponderación debe ser efectuado con especial rigor cuando la libertad de expresión entra en aparente conflicto con otros derechos fundamentales, como el derecho al honor; su mutua interacción exige realizar entonces una auténtica delimitación de contenidos. Este tribunal ha reiterado que el derecho al honor constituye no solo «un límite a las libertades del artículo 20.1 a) y d) CE, 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 CE, 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, de 11 de octubre, FJ 5).

A pesar de ello, este tribunal ha venido afirmado que la libertad de expresión puede comprender también la crítica de la conducta de otro, 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 espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática» (SSTEDH de 23 de abril de 1992, asunto *Castells c. España*, § 42, y de 29 de febrero de 2000, asunto *Fuentes Bobo c. España*, § 43). De modo que, como subraya la STC 235/2007, de 7 de noviembre, FJ 4, la libertad de expresión vale no solo para la difusión de ideas u opiniones «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».

No obstante, quedan fuera de la protección del artículo 20.1 a) CE aquellas expresiones que en las concretas circunstancias del caso sean absolutamente injuriosas, ultrajantes u oprobiosas, es decir, las expresiones ofensivas que no guardan relación con las ideas u opiniones que se expongan o que resulten innecesarias para la exposición de las mismas, toda vez que el referido precepto constitucional «no reconoce un pretendido derecho al insulto» (entre otras muchas, SSTC 6/2000, de 17 de enero, FJ 5; 177/2015, de 22 de julio, FJ 2; 112/2016, de 20 de junio, FJ 2, y 89/2018, de 6 de septiembre, FJ 3). En tal sentido hemos afirmado que «el ejercicio del derecho de crítica no permite emplear expresiones formalmente injuriosas o innecesarias para lo que se desea expresar, que bien pueden constituir intromisiones constitucionalmente ilegítimas en el honor o en la intimidad personal o familiar ajenas» (SSTC 105/1990, de 6 de junio, FJ 4; 85/1992, de 8 de junio, FJ 4; 200/1998, de 14 de octubre, FJ 3; 192/1999, de 25 de octubre, FJ 3, y 112/2000, de 5 de mayo, FJ 6).

Idéntica posición sostiene la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, a través de una reiterada doctrina, ha venido afirmando que el ejercicio de la libertad de expresión (art. 10 del Convenio europeo de derechos humanos: CEDH) puede amparar la utilización de «frases vulgares o soeces» cuando estas se encuentran irremediablemente vinculadas al mensaje que se trata de transmitir. De esta manera, el empleo de este tipo de locuciones quedará fuera del ámbito de protección del artículo 10 CEDH cuando aparezcan desvinculadas de la crítica que se trate de verter, cuando supongan «una vejación gratuita» (STEDH de 28 de septiembre de 2020, asunto *Lopes Gomes Da Silva c. Portugal*, § 34) o «cuando el único propósito de la declaración ofensiva sea insultar» (STEDH de 27 de mayo de 2003, asunto *Skalka c. Polonia*, § 34).

El nivel de tolerancia debe ser aún mayor cuando las expresiones críticas se dirigen a los representantes políticos, autoridades y cargos públicos. Respecto a estos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que «los límites a la crítica aceptable son más amplios con respecto a un político que actúa en su capacidad pública que en relación con un individuo privado. Quienes participan voluntariamente en el debate político público quedan expuestos, de forma inevitable y consciente, al escrutinio minucioso de sus acciones y manifestaciones, tanto por parte de los periodistas como del público en general, por lo que deben mostrar un mayor grado de tolerancia, especialmente, cuando hacen declaraciones públicas que son susceptibles de crítica. Ciertamente tienen derecho a que se proteja su reputación, aun cuando no actúe en condición de particular, pero los requisitos de esta protección deben sopesarse frente a los intereses de la discusión abierta de cuestiones políticas, ya que las excepciones a la libertad de expresión deben interpretarse estrictamente» (STEDH de 28 de septiembre de 2020, asunto *Lopes Gomes Da Silva c. Portugal*, § 30).

(.../...)

Las difamaciones e insultos, las expresiones objetivamente injuriosas, la proliferación de discursos que fomentan el odio, la violencia o la discriminación, la formu-

lación de ideas o pensamientos que pueden constituir una injerencia en otros derechos fundamentales –como son el derecho al honor o el derecho al respeto de la vida privada y familiar– pueden ser difundidos como nunca antes se había visto, garantizando a todos su acceso y redifusión a terceros en cuestión de segundos, cualquiera que sea el lugar del mundo en el que se encuentre, con la facultad, incluso, de «permanecer accesibles en la web de forma constante» (STEDH de 16 de junio de 2015, asunto *Delfi AS c. Estonia*, § 133). Ambas ideas: multiplicación y permanencia en el tiempo, muestran por sí mismas la necesidad de proteger de forma eficaz los derechos eventualmente afectados.

(.../...)

Como recordó el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: «Internet es una herramienta de información y comunicación particularmente distinta de los medios impresos, especialmente en lo que se refiere a la capacidad de almacenar y transmitir información [...] El riesgo de perjuicio que suponen los contenidos y las comunicaciones en internet para el ejercicio y disfrute de los derechos humanos y las libertades, en particular el derecho al respeto de la vida privada, es ciertamente mayor que el que plantea la prensa [escrita]» (STEDH de 5 de mayo de 2011, asunto *Consejo Editorial de Pravoye Delo y Shtekel c. Ucrania*, § 63). En definitiva, las específicas características del uso de internet y redes sociales, así como del modo y difusión que alcanza el mensaje objeto de controversia, deben ser tenidas en cuenta en orden a concretar las reglas de delimitación entre derechos, para garantizar su promoción, pero también su debida protección.

Por ello mismo, hemos afirmado que «la transformación derivada de las nuevas formas de comunicación y la generalización de su uso, no produce un vaciamiento de la protección constitucional de los derechos fundamentales y tampoco altera [...] los criterios asentados por nuestra reiterada doctrina sobre la función de este tribunal para apreciar si ha existido una vulneración del derecho al honor» de tal manera que «si la conducta es lesiva del derecho al honor fuera de la red, también lo es en ella» (STC 93/2021, de 10 de mayo, FJ 2).

A lo expuesto se han de añadir y destacar adicionales dificultades de control y reacción, ante el contenido de los mensajes difundidos en internet, que derivan de algunas de las características estructurales de la comunicación digital (STC 8/2022, de 27 de enero). En efecto, la comunicación e interacción digital se caracteriza por venir apoyada, entre otras características, sobre la inmediatez y rapidez en la difusión de contenidos, la mayor dificultad de establecer controles previos a esa difusión, y la potencialmente amplia –y difícilmente controlable– multiplicación, reiteración y transmisión entre terceros de los contenidos alojados en la red. Tales características favorecen una capacidad para influir en la opinión pública exponencialmente superior a la de los medios de comunicación tradicionales que, por lo demás, también se sirven de las redes sociales para difundir sus contenidos, e incluso para manejar los tiempos y la capacidad de impacto de una determinada información. Las características apuntadas, como ya hemos destacado, suponen un mayor riesgo de vulneración de los derechos de la personalidad de terceros. Otro elemento característico, acentuado por la falta de regulación general, dimana de la posibilidad de difundir contenidos de forma anónima o, mecánicamente, a través de invasivas aplicaciones informáticas, por lo que la posibilidad de exigir responsabilidades a sus autores viene dificultada en extremo. Estos rasgos de la comunicación digital han de ser tomados en consideración al evaluar el impacto que las expresiones o informaciones publicadas en páginas web o redes sociales han podido tener en los derechos al honor, la intimidad, la propia imagen o la protección de datos de todos.

En cualquier caso, debemos cerrar esta limitada reflexión recordando que la difusión en línea de ataques personales, que sobrepasan el marco de un debate sobre las ideas, no está protegida por la libertad de expresión (en este sentido, SSTEDH de 16 de enero de 2014, asunto *Tierbefreier E. V. c. Alemania*, y la muy reciente, de 15 de mayo de 2023, asunto *Sánchez c. Francia*, de la Gran Sala)».

(STC Pleno 83/2023, de 4 de julio. Recurso de amparo 4913-2020. Ponente: D. Juan Carlos Campo Moreno. *BOE* 3 de agosto de 2023).

ARTÍCULO 24.1

Derecho a la tutela judicial efectiva. Acceso a la jurisdicción. Derecho a una investigación suficiente y eficaz. Interés superior del menor en la investigación penal.

«a) El Tribunal ha reiterado, desde temprana jurisprudencia, que la obligación de motivar las resoluciones judiciales no es solo una exigencia impuesta a los órganos judiciales por el artículo 120.3 CE, sino también, y principalmente, un derecho de los intervinientes en el proceso que forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva proclamado por el artículo 24.1 CE, que únicamente se satisface si la resolución judicial, de modo explícito o implícito, contiene los elementos de juicio suficientes para que el destinatario y, eventualmente, los órganos encargados de revisar sus decisiones, puedan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión, constituyéndose en una garantía esencial para el justiciable mediante la cual es posible comprobar que la decisión judicial es consecuencia de la aplicación razonada del ordenamiento jurídico y no fruto de la arbitrariedad. Partiendo de ello, podrá considerarse que se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva desde la perspectiva del deber de motivación de las resoluciones judiciales cuando el razonamiento que funda dicha resolución resulte arbitrario, irrazonable o incurso en error patente, ya que no pueden admitirse como decisiones motivadas y razonadas aquellas en que se comprueba que parten de premisas inexistentes o patentemente erróneas o que siguen un desarrollo argumental incurso en quiebras lógicas de tal magnitud que conduzcan a la evidencia de no poder considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas [SSTC 87/2022, de 28 de junio, FJ 4 B), y 39/2023, de 8 de mayo, FJ 3, por todas].

b) El derecho a una investigación judicial suficiente y eficaz, esto es, el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción mediante el ejercicio de la acción penal, se ha configurado en la doctrina de este tribunal como un *ius ut procedatur*; «es decir, no como parte de ningún otro derecho fundamental sustantivo, sino, estrictamente, como manifestación específica del derecho a la jurisdicción (SSTC 31/1996, FFJJ 10 y 11, y 199/1996, FJ 5, [...]), que ha de enjuiciarse en sede de amparo constitucional desde la perspectiva del artículo 24.1 CE y al que, desde luego, son aplicables las garantías del 24.2» (SSTC 41/1997, de 10 de marzo, FJ 5; 218/1997, de 4 de diciembre, FJ 2, y 26/2018, de 5 de marzo, FJ 3).

Sus notas características se detallan, entre otras, en las SSTC 87/2020, de 20 de julio, FJ 3, y 53/2022, de 4 de abril, FJ 3, y para resolver el presente caso destacamos las siguientes consideraciones:

(i) El querellante o denunciante ostenta, como titular del *ius ut procedatur*, el derecho a poner en marcha un proceso penal, a que el mismo se sustancie de confor-

midad con las reglas del proceso justo y a obtener en él una respuesta razonable y fundada en derecho (SSTC 120/2000, de 10 de mayo, FJ 4, o 12/2006, de 16 de enero, FJ 2). El ejercicio de la acción penal no otorga a sus titulares el derecho material a obtener una condena y a la imposición de una pena, o un derecho incondicionado a la apertura y plena sustanciación del proceso penal, ni tampoco impone a los órganos judiciales la obligación de realizar una investigación más allá de lo necesario, alargando indebidamente la instrucción o el proceso (SSTC 176/2006, de 5 de junio, FFJJ 2 y 4; 34/2008, de 25 de febrero, FJ 2, o 26/2018, de 5 de marzo, FJ 2).

(ii) La tutela judicial efectiva del denunciante o querellante se verá satisfecha por la resolución judicial que acuerde la terminación anticipada del proceso penal, sin apertura de la fase de plenario, cuando aquella se asiente sobre una razonada y razonable concurrencia de los motivos legalmente previstos para acordar el sobreseimiento, libre o provisional (arts. 637 y 641 LECrim y, dado el caso, artículo 779.1.1 LECrim).

(iii) La efectividad del derecho a la tutela judicial coincidirá en estos casos con la suficiencia de la indagación judicial. Dependerá, pues, no solo de que la decisión de sobreseimiento esté motivada y jurídicamente fundada, sino también de que la investigación de lo denunciado haya sido adecuada y efectiva, ya que la tutela que se solicita consiste inicialmente en que se indague sobre lo acaecido. Se trata de una obligación de medios, no de resultados, de modo que es posible que esa investigación adecuada y efectiva, no cumpla plenamente su propósito de averiguación de los hechos e identificación y castigo del culpable.

(iv) La suficiencia y efectividad de la investigación solo pueden evaluarse valorando las concretas circunstancias de la denuncia y de lo denunciado, así como la gravedad de lo denunciado y su previa opacidad (SSTC 34/2008, FJ 4, y 26/2018, FJ 3); de tal manera que habrá vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva cuando se deniegue o se clausure la instrucción existiendo sospechas razonables de la posible comisión de un delito y tales sospechas sean susceptibles de ser despejadas mediante la investigación. Ahora bien, tampoco existe un derecho a la práctica ilimitada de la prueba, de manera tal que imponga la realización de cuantas diligencias de investigación se perciban como posibles o imaginables, propuestas por las partes o practicadas de oficio, particularmente si resulta evidente que el despliegue de mayores diligencias deviene innecesario. Semejante obligación conduciría a instrucciones inútiles en perjuicio del interés general en una gestión racional y eficaz de los recursos de la administración de justicia (SSTC 34/2008, FJ 6; 63/2010, de 18 de octubre, FJ 2; 131/2012, de 18 de junio, FJ 2, y 153/2013, de 9 de septiembre).

(v) Más específicamente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su sentencia de la Gran Sala de 12 de noviembre de 2013, asunto *Söderman c. Suecia*, declara que, en lo que respecta a actos graves como la violación y el abuso sexual de menores, la obligación positiva del Estado en virtud de los arts. 3 y 8 del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH) de salvaguardar la integridad física del individuo también puede extenderse a cuestiones relacionadas con la eficacia de la investigación penal, aunque no existe un derecho absoluto a obtener el enjuiciamiento o la condena de una persona concreta cuando no haya habido fallos culpables en el intento de responsabilizar a los autores de delitos penales (§ 83).

En el mismo sentido, en la sentencia de la Gran Sala de 2 de febrero de 2021, asunto *X y otros c. Bulgaria*, el Tribunal Europeo afirma, de manera específica, que en los casos en los que los niños pueden haber sido víctimas de abusos sexuales, el cumplimiento de las obligaciones positivas derivadas del artículo 3 CEDH requiere, en el contexto de los procedimientos internos, la aplicación efectiva del derecho de los niños a que su interés superior sea una consideración primordial y a que se atienda

adecuadamente la vulnerabilidad particular del niño y sus correspondientes necesidades, debiendo interpretarse la obligación procesal del artículo 3 del Convenio de llevar a cabo una investigación efectiva a la luz de las obligaciones derivadas de los demás instrumentos internacionales aplicables, y más concretamente del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007 y ratificado por el Estado español el 22 de julio de 2010, Convenio de Lanzarote (§ 192).

c) Este tribunal ha declarado la aplicabilidad al derecho de acción penal –concebido como *ius ut procedatur* en los términos que acaban de exponerse– de las garantías recogidas en el artículo 24.2 CE (SSTC 41/1997, de 10 de marzo, FJ 5; 218/1997, de 4 de diciembre, FJ 2, y 26/2018, de 5 de marzo, FJ 3). El derecho a la tutela judicial efectiva de la víctima del delito, personada como acusación particular en la causa penal, no se agota o no puede quedar reducido «a un mero impulso del proceso o una mera comparecencia en el mismo, sino que de él derivan con naturalidad y necesidad los derechos relativos a las reglas esenciales del desarrollo del proceso» (SSTC 218/1997, FJ 2; 178/2001, de 17 de septiembre, FJ 3, y 81/2002, de 22 de abril, FJ 2). Entre las garantías que comprende el artículo 24 CE para todo proceso penal destacan, por ser principios consustanciales al mismo, las de contradicción e igualdad de armas (STC 178/2001, FJ 3).

Interesa aquí destacar que la posibilidad de contradicción es una de las «reglas esenciales del desarrollo del proceso» (SSTC 41/1997, de 10 de marzo; 218/1997, de 4 de diciembre; 138/1999, de 22 de julio, y 91/2000, de 30 de marzo), sin la cual «la idea de juicio justo es una simple quimera» (STC 93/2005, de 18 de abril, FJ 3); y exige que los órganos jurisdiccionales velen por que en las distintas fases e instancias de todo proceso las partes posean idénticas posibilidades de alegación y prueba de sus derechos e intereses, y puedan ejercitar su derecho de defensa; exigencia que rige con especial intensidad en el proceso penal dada la trascendencia de los intereses en juego (SSTC 25/1997, de 11 de febrero, FJ 2; 41/1997, de 10 de marzo; 102/1998, de 18 de mayo, FJ 2; 18/1999, de 22 de febrero, FJ 3; 109/2002, de 6 de mayo, FJ 2, y 12/2006, de 16 de enero, FJ 3). Manifestación específica de esta garantía es que se concedan a todas las partes en el proceso las facultades de alegar, probar e intervenir en la prueba ajena para controlar su correcta práctica y contradecirla (por todas, SSTC 176/1988, de 4 de octubre; 122/1995, de 18 de julio, y 76/1999, de 26 de abril). Cabe recordar que el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa de las posiciones de las partes también es una garantía procesal constitucionalizada. En relación con este derecho hemos manifestado que, desde una perspectiva formal, corresponde al litigante la carga de proponer la prueba y explicar razonablemente su conexión con el objeto procesal y su importancia para la decisión del pleito; y al juzgador corresponde, como exigencia simétrica, decidir sobre su admisión o inadmisión y razonar adecuadamente tal decisión, atendiendo a su naturaleza y relación con cuanto se intenta verificar, ya que la ausencia de dicho razonamiento constituiría una arbitrariedad vulneradora del derecho fundamental en cuestión (STC 11/1997, de 27 de enero, FJ 4).

La intermediación, a la que también apela la recurrente, supone que el juicio y la práctica de la prueba tienen lugar en presencia del órgano judicial competente. En nuestra jurisprudencia sobre el proceso penal, esa garantía procesal se ha contemplado vinculada al derecho a la presunción de inocencia en tanto que requisito de validez de la prueba, que debe tener lugar en el debate contradictorio que en forma oral se desarrolle ante el mismo juez o tribunal que ha de dictar sentencia, de manera que la convicción sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo con los medios de prueba aportados a tal fin por las partes. En instrucción, sin embargo, se

desarrolla una actividad de investigación, sin duda necesaria para articular la prueba en el juicio y cuya práctica debe respetar todas las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal establecen, pero no una actividad probatoria propiamente dicha en presencia judicial (por todas, con ulteriores referencias, STC 206/2003, de 1 de diciembre, FJ 2). Tanto es así que hemos admitido conferir valor probatorio a las diligencias sumariales desde el reconocimiento de que en ellas no puede satisfacerse el principio de inmediación, ya que la prueba se anticipa a la fase del plenario, siempre y cuando se colme, entre otros requisitos, la exigencia de contradicción, entendida como posibilidad de contradicción, no de contradicción real y efectiva (entre muchas, SSTC 206/2003, FJ 2; 345/2006, de 11 de diciembre, FJ 3, y 134/2010, de 2 de diciembre, FJ 3).

Debe subrayarse, por lo demás, que no toda irregularidad u omisión procesal provoca por sí misma indefensión material constitucionalmente relevante. A tal efecto, este tribunal ha exigido reiteradamente que concurren dos circunstancias: por una parte, que la irregularidad, denegación o inejecución de prueba, resulten imputables al órgano judicial; y, por otra, que la irregularidad cometida –o la prueba denegada o no practicada– resulte decisiva en términos de defensa, de suerte que, de no haberse producido tal irregularidad, la resolución final del proceso hubiese podido ser distinta en el sentido de resultar favorable a quien denuncia la infracción del derecho fundamental.

Solo en tal caso –comprobado que el fallo del proceso *a quo* pudo, tal vez, haber sido otro– podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien por este motivo solicita el amparo constitucional (por todas, SSTC 247/2004, de 20 de diciembre, FJ 3; 23/2007, de 12 de febrero, FJ 6; 94/2007, de 7 de mayo, FJ 3; 185/2007, de 10 de septiembre, FJ 2; 240/2007, de 10 de diciembre, FJ 2, y 22/2008, de 31 de enero, FJ 2).

d) «[E]l derecho de acción penal se configura esencialmente como un *ius ut procedatur*, no como parte de ningún otro derecho fundamental sustantivo. Es, estrictamente, manifestación específica del derecho a la jurisdicción, a enjuiciar en sede de amparo constitucional desde la perspectiva del artículo 24.1 CE, siéndole aplicables las garantías del artículo 24.2 CE (SSTC 41/1997, de 10 de marzo, FJ 5; 218/1997, de 4 de diciembre, FJ 2; 31/1996, de 27 de febrero, FFJJ 10 y 11, o 199/1996, de 3 de diciembre, FJ 5)» (STC 26/2018, FJ 3). En tal medida, el control constitucional queda limitado a enjuiciar si las resoluciones judiciales impugnadas han respetado las garantías de la recurrente, denunciante personada en la causa penal, como manifestación de su *ius ut procedatur*, esto es, debe verificarse si la terminación anticipada del procedimiento penal se fundó de forma razonable, no arbitraria ni incurra en error patente, en alguna de las causas legalmente previstas (STC 26/2018, FJ 3).

(.../...)

Existe una amplia doctrina de este tribunal relativa a la obligación de los poderes públicos de proteger el interés superior de las personas menores de edad en cualesquiera actuaciones que deban entenderse con estas o hayan de afectarles de manera directa o indirecta. Deben procurarlo incluso si ello significa atemperar la rigidez de algunas normas procesales o sacrificar los legítimos intereses y perspectivas de terceros (SSTC 187/1996, de 25 de noviembre, FJ 2, y 77/2018, de 5 de julio, FJ 2).

(.../...)

En relación con la valoración que los órganos judiciales ordinarios realicen en cada caso concreto del interés superior del menor, hemos puesto de manifiesto que «el canon de razonabilidad constitucional deviene más exigente por cuanto que se encuentran implicados valores y principios de indudable relevancia constitucional, al invocarse por el demandante de amparo el principio del interés superior del menor

que tiene su proyección constitucional en el artículo 39 CE y que se define como rector e inspirador de todas las actuaciones de los poderes públicos, tanto administrativas como judiciales» (SSTC 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5; 217/2009, de 14 de diciembre, FJ 5; 127/2013, de 3 de junio, FJ 6, y 138/2014, de 8 de septiembre, FJ 3, entre otras). Y si bien corresponde a los jueces y tribunales ordinarios determinar en cada caso cuál es el interés superior del menor, atendiendo para ello a los criterios generales que establece el artículo 2 de la Ley Orgánica de protección jurídica del menor, a este tribunal corresponde, por su parte, examinar la correcta aplicación de aquellos y la ponderación de intereses realizada en mayor beneficio del menor, con el fin de comprobar que no se han lesionado sus derechos fundamentales (STC 221/2002, de 25 de noviembre, FJ 4, y ATC 28/2001, de 1 de febrero)».

(STC 131/2023, de 23 de octubre. Recurso de amparo 3409-2021. Ponente: D.^a Inmaculada Montalbán Huertas. *BOE* 30 de noviembre de 2023).

Derecho a la tutela judicial efectiva. Acceso a los recursos, Motivación de la providencia que inadmite a trámite un incidente de nulidad de actuaciones.

«Las decisiones judiciales sobre la inadmisión de un incidente de nulidad de actuaciones deben enjuiciarse, como es doctrina constitucional reiterada, desde el canon propio del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de derecho de acceso a los recursos legalmente establecidos. La razón de aplicar este canon a un instrumento procesal que no es un recurso en sentido estricto, al tener por objeto la revisión de resoluciones judiciales firmes, reside en que satisface la función revisora de todo recurso en el ámbito de aplicación que le otorga el artículo 241.1 LOPJ, como esencial remedio procesal de tutela de los derechos fundamentales por la jurisdicción ordinaria, a partir del protagonismo que le atribuyó la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, para potenciar la subsidiariedad del recurso de amparo.

El derecho de acceso al recurso, a diferencia del derecho de acceso a la jurisdicción que nace directamente del artículo 24.1 CE, se incorpora al derecho a la tutela judicial efectiva en la forma en que cada una de las leyes de enjuiciamiento configura el sistema de recursos en los diferentes órdenes jurisdiccionales, salvo en el orden penal respecto de las sentencias condenatorias frente a las que existe un derecho a la revisión de la condena y la pena por un tribunal superior, derecho que se incorpora a las garantías constitucionales del proceso justo. Dada su configuración legal, el control constitucional del derecho de acceso al recurso es más limitado que el control de acceso a la jurisdicción y no alcanza a revisar los pronunciamientos referidos a la inadmisión de recursos al ser esta una cuestión de legalidad ordinaria, salvo en aquellos supuestos en que la interpretación o aplicación de los requisitos procesales conlleve una inadmisión que resulte arbitraria, manifiestamente irrazonable o incurra en un error de hecho patente con relevancia constitucional. En consecuencia, «el control por la jurisdicción constitucional de las decisiones judiciales de inadmisión de este incidente es meramente externo: viene limitado a comprobar si tienen motivación, y si esta se apoya en un error fáctico patente, en un razonamiento arbitrario o que incurra en manifiesta irrazonabilidad lógica, evitando toda ponderación acerca de su corrección jurídica» [STC 151/2022, de 30 de noviembre, FJ 4 c), que resume la doctrina expuesta].

Como criterio de control específico de las decisiones de inadmisión del incidente de nulidad de actuaciones fundadas en que la resolución previa es susceptible de un recurso devolutivo de carácter extraordinario, la doctrina constitucional ha estable-

cido que «la motivación que necesariamente ha de ofrecer el órgano judicial competente para inadmitir el incidente de nulidad, aunque sea sucinta, debe precisar el recurso extraordinario que a su parecer cabría interponer, teniendo para ello en cuenta las posibilidades reales de procedencia de tal recurso en el caso concreto, habida cuenta su regulación legal. El no hacerlo así conlleva la vulneración del derecho al recurso de la parte demandante de amparo» [SSTC 143/2020, FJ 4 b) (ii), y 104/2021, FJ 3 a)]».

(STC 153/2023, de 20 de noviembre. Recurso de amparo 55-2022. Ponente: D.^a Ramón Sáez Valcárcel. *BOE* 21 de diciembre de 2023).

Derecho a la tutela judicial efectiva. Derecho a la doble instancia penal.

«a) Doble instancia penal: El derecho a la tutela judicial efectiva, garantizado en el artículo 24.1 CE, en su vertiente de derecho de acceso a los recursos establecidos en la ley, es un derecho de configuración legal, lo que implica que la tarea de interpretación de los requisitos exigidos por las normas para la admisión de los recursos, en tanto que materia de legalidad ordinaria, queda reservada a los jueces y tribunales (art. 117.3 CE), correspondiendo a este tribunal un control meramente externo dirigido a excluir aquellas inadmisiones que se basen en una causa legalmente inexistente, o en un juicio arbitrario, irrazonable o fundado en error fáctico patente (por todas, STC 146/2022, de 28 de noviembre, FJ 3).

Esta línea doctrinal queda excepcionada en el orden penal, en el caso de verse afectada la garantía de la doble instancia, que exige un control específico y más intenso (STC 124/2019, de 28 de octubre, FJ 3). El condenado en un proceso penal tiene derecho a que la declaración de culpabilidad y la pena sean revisadas de manera efectiva por un tribunal superior. Este derecho se garantiza el artículo 14.5 PIDCP a cuyo tenor «toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley» y en el artículo 2 del Protocolo núm. 7 al Convenio europeo de derechos humanos (CEDH), conforme al cual «toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tendrá derecho a hacer que la declaración de culpabilidad o la condena sea examinada por un órgano jurisdiccional superior». Se trata de textos internacionales sobre derechos humanos que por su valor hermenéutico, *ex* artículo 10.2 CE, han permitido incorporar su contenido al elenco de garantías del proceso justo del artículo 24.2 CE (por todas, SSTC 42/1982, de 5 de julio, FJ 3; 76/1982, de 14 de diciembre, FJ 5; 70/2002, de 3 de abril, FJ 7, y 116/2006, de 24 de abril, FJ 5).

En virtud de la garantía de la doble instancia penal, el tribunal superior debe controlar la corrección del juicio realizado en primera instancia, revisando la correcta aplicación de las reglas que han permitido la declaración de culpabilidad y la imposición de la pena en el caso concreto (SSTC 70/2002, de 3 de abril, FJ 7; 105/2003, de 2 de junio, FJ 2, y 136/2006, de 8 de mayo, FJ 3, entre otras).

Dicha garantía equivale, por lo tanto, a la exigencia de un doble grado de jurisdicción, que conlleva un doble examen del objeto litigioso, que, en la configuración actual de nuestro ordenamiento procesal, supone la apertura de una nueva fase en el proceso, a través de un recurso ordinario como es el recurso de apelación, que resuelve nuevamente sobre los mismos materiales de la primera instancia, o sobre los nuevos materiales que se aporten por medio de las pruebas que se soliciten en el propio recurso de apelación, en los casos permitidos por la norma (art. 791.3 LECrim).

Ciertamente, no es un derecho absoluto, pues admite excepciones (como las previstas en el artículo 2.2 del Protocolo núm. 7 al CEDH) y, conforme a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ciertas restricciones, cuya legitimidad depende, por analogía con el derecho de acceso a un tribunal consagrado en el artículo 6 CEDH, de que persigan un objetivo legítimo y no atenten contra la sustancia misma del derecho (SSTEDH de 13 de febrero de 2001, asunto Krombach c. Francia, § 96; de 6 de septiembre de 2005, asunto Gurepka c. Ucrania, § 59; de 15 de noviembre de 2007, asunto Galstyan c. Armenia, § 125, y de 4 de junio de 2015, asunto Ruslan Yakovenko c. Ucrania, § 78). Son repudiables asimismo aquellos impedimentos que entorpezcan su ejercicio efectivo, dado el lugar preeminente que ocupa en una sociedad democrática el derecho a un proceso equitativo (Ruslan Yakovenko, § 79).

Como derecho fundamental, constituye un rasgo esencial del sistema democrático (STC 245/1991, de 16 de diciembre, FJ 5) con un valor objetivo que irradia al ordenamiento jurídico, del que este tribunal se sirvió, en su momento, en las SSTC 42/1982, de 5 de julio y 140/1985, de 21 de octubre, FJ 2, para impulsar una interpretación extensiva del motivo casacional del artículo 849.2 LECrim, como vía apta para hacer valer la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, juzgando que las decisiones de inadmisión de este fundamento casacional vulneraban el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, al no interpretarse las leyes en el sentido más favorable para su efectividad. De ahí que en su momento declarásemos la asimilación funcional entre el recurso de casación y el derecho proclamado en el artículo 14.5 PIDCP (STC 70/2002, de 3 de abril, FJ 7).

En lo que se refiere al canon de valoración requerido para comprobar si ha existido vulneración del derecho a la doble instancia penal, hemos declarado en reiteradas ocasiones que no se ciñe al que deviene aplicable para el derecho al recurso, sino que incluye también la utilización del principio *pro actione*, propio del derecho de acceso a la jurisdicción, como recuerda la STC 3/2021, de 25 de enero, FJ 3 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».

En la STC 184/2013, de 4 de noviembre, FJ 7, rechazamos que un tribunal de apelación pudiera rehusar la revisión del juicio de culpabilidad invocando para ello la doctrina fijada por este tribunal para salvaguardar las garantías procesales de inmediación y contradicción en caso de revisión de sentencias absolutorias: «Esto así, que en el ejercicio de las facultades que la Ley de enjuiciamiento criminal otorga al Tribunal *ad quem* deban respetarse en todo caso las garantías constitucionales establecidas en el artículo 24.2 CE, antes enunciadas, con celebración si es menester de vista en apelación, no puede argüirse para impedir en casos como el actual, de condena en primera instancia, el derecho a la revisión del fallo condenatorio y la pena por un

Tribunal superior, esto es, el derecho a un recurso efectivo y a la segunda instancia penal»».

(STC 43/2023, de 8 de mayo. Recurso de amparo 2773-2022. Ponente: D. Enrique Arnaldo Alcubilla. *BOE* 12 de junio de 2023).

Derecho a la tutela judicial efectiva. Incongruencia omisiva.

«Hemos recordado en nuestra reciente STC 39/2023, de 8 de mayo, FJ 3, que la incongruencia omisiva o *ex silentio*, 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, y sin que sea 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, pudiendo bastar, en atención a las circunstancias particulares concurrentes, con una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de alegaciones concretas no sustanciales (STC 40/2006, de 13 de febrero, por todas). A tales efectos, se plantea la necesidad “de distinguir entre las que son meras alegaciones o argumentaciones aportadas por las partes en defensa de sus pretensiones y estas últimas en sí mismas consideradas, pues si con respecto a las primeras puede no ser necesaria una respuesta explícita y pormenorizada de todas ellas y, además, la eventual lesión del derecho fundamental deberá enfocarse 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 Pleno 83/2023, de 4 de julio. Recurso de amparo 4913-2020. Ponente: D. Juan Carlos Campo Moreno. *BOE* 3 de agosto de 2023).

Derecho a la tutela judicial efectiva. Motivación de las resoluciones judiciales.

«La resolución ha de estar motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión, y (ii) la motivación debe contener una fundamentación en Derecho, esto es, que el fundamento de la decisión sea la aplicación no arbitraria de las normas que se consideren adecuadas al caso, pues tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente, como si fuere arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable, no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería tan solo una mera apariencia (así, SSTC 31/2013, de 12 de marzo, FJ 3, o 48/2014, de 7 de abril, FJ 3)» (STC 3/2019, de 14 de enero, FJ 6, entre otras muchas)».

(STC Pleno. Sentencia 83/2023, de 4 de julio. Recurso de amparo 4913-2020. Ponente: D. Juan Carlos Campo Moreno. *BOE* 3 de agosto de 2023. En el mismo sentido, STC 43/2023, de 8 de mayo –*BOE* 12 de junio de 2023–).

«El derecho a la tutela judicial efectiva garantiza el derecho a obtener una resolución fundada en derecho debidamente motivada, esto es, que no esté incurra en arbitrariedad, irrazonabilidad ni en error patente. Asimismo, es doctrina constitucional

reiterada que el recurso de amparo no es un cauce para dirimir discrepancias relativas a la selección, interpretación y aplicación de la legalidad infraconstitucional a los casos concretos. Por ello, como estableció el Tribunal en la STC 214/1999, de 29 de noviembre, FJ 4, y en otras muchas resoluciones posteriores, en tales supuestos “solo podrá considerarse que la resolución judicial impugnada vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva cuando el razonamiento que la funda incurra en tal grado de arbitrariedad, irrazonabilidad o error que, por su evidencia y contenido, sean tan manifiestos y graves que para cualquier observador resulte patente que la resolución de hecho carece de toda motivación o razonamiento”. Tales circunstancias, como precisa la sentencia citada, concurren cuando, “a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental, se comprueba que parten de premisas inexistentes o patentemente erróneas o siguen un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas”».

(STC 90/2023, de 11 de septiembre. Recurso de amparo 3212-2020. Ponente: D. Cándido Conde-Pumpido Tourón. *BOE* 12 de octubre de 2023).

ARTÍCULO 24.2

Derecho a la presunción de inocencia: la pena de multa no puede integrar el contenido de la fianza asegurativa de las responsabilidades pecuniarias.

«Desde la STC 108/1984, de 26 de noviembre, venimos afirmando que el derecho a la presunción de inocencia «es compatible con la aplicación de medidas cautelares siempre que se adopten por resolución fundada en Derecho, que cuando no es reglada ha de basarse en un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y las circunstancias concurrentes, pues una medida desproporcionada o irrazonable no sería propiamente cautelar, sino que tendría un carácter punitivo en cuanto al exceso» [FJ 2.b), véase también el ATC 1340/1987, de 9 de diciembre, FJ 1].

Asimismo nos hemos manifestado en cuanto a la exclusión de la anticipación de la pena entre los fines constitucionalmente admisibles de la tutela cautelar, si bien respecto de la imposición de la prisión provisional [SSTC 57/2008, de 28 de abril, FJ 5; 140/2012, de 2 de julio, FJ 2; 30/2019, FJ 3 c), o 5/2020, de 15 de enero, FJ 11].

(.../...)

La fianza es una medida cautelar de carácter real cuyo objetivo es «asegurar las responsabilidades pecuniarias» que puedan ser declaradas en la sentencia por la que se ponga fin al proceso, según consta en el último de los preceptos citados. No obstante, la Ley de enjuiciamiento criminal no aclara en ningún momento qué ha de entenderse por tales «responsabilidades pecuniarias». El Código penal recoge dicha expresión en el título V del capítulo IV del libro primero, que se rubrica «Del cumplimiento de la responsabilidad civil y demás responsabilidades pecuniarias», constando en el artículo 126 un determinado orden de prelación de pago de las mismas, abarcando la reparación del daño e indemnización de los perjuicios, el importe de los gastos causados al Estado, las costas y la multa. Precisamente, a este precepto se remite la instructora para justificar que dichas responsabilidades pecuniarias engloban la pena de multa.

La propia Fiscalía General del Estado, en su Circular 4/2010, de 30 de diciembre, sobre las funciones del fiscal en la investigación patrimonial en el ámbito del proceso penal, avaló esa misma lectura.

Sin embargo, lo cierto es que existen significativas diferencias entre la multa y el resto de partidas que, de acuerdo con esa interpretación, quedarían comprendidas dentro del concepto de responsabilidades pecuniarias a asegurar mediante la prestación de una fianza o el embargo de los bienes del encausado, que nos llevarán a concluir que la inclusión de la cuantía de la multa, lejos de satisfacer una finalidad cautelar, como las otras, comporta una pena anticipada proscrita por este tribunal (STC 217/2001, de 29 de octubre, FJ 5; ATC 1340/1987, de 9 de diciembre, FJ 2) y que como tal vulnera el derecho a la presunción de inocencia del demandante de amparo (art. 24.2 CE).

En primer lugar, por cuanto los otros componentes comparten una naturaleza resarcitoria o indemnizatoria tanto de los daños y perjuicios causados por los hechos como de los gastos indirectos soportados por el perjudicado a raíz del ejercicio de las acciones penales. En otras palabras, son consecuencia de la responsabilidad civil en que habría incurrido el encausado. Por el contrario, la multa tiene el carácter punitivo propio de cualquier pena, cuyo abono se impone al condenado en el proceso como sanción por la comisión de un delito del que se deriva una responsabilidad penal, si bien, conviene destacar, que en el momento de acordar la fianza aún no se ha resuelto dicho juicio de culpabilidad.

En segundo lugar, con la salvedad de la multa, dichas partidas, como medidas cautelares, participan de la misma finalidad asegurativa de las responsabilidades civiles a declarar en la sentencia, siendo pues instrumentales del buen fin del proceso. No así la multa, que como cualquier otra pena cumple una finalidad retributiva, rehabilitadora y de prevención, sin que la efectividad de la hipotética sentencia de condena requiera, en modo alguno, de su aseguramiento.

En tercer lugar, íntimamente relacionado con lo anterior, precisamente la existencia de diversas situaciones alternativas al cumplimiento *in natura* de la pena de multa torna intrascendente uno de los presupuestos característicos de las medidas cautelares, que sí cumplen las otras partidas, la existencia del *periculum in mora*, pues en el caso de no hacerse efectiva en dinero podrá sustituirse por otras formas de ejecución. Al contrario de lo que sucede con las responsabilidades civiles, *stricto sensu*, esta circunstancia no se acomoda a la remisión a «las normas sobre contenido, presupuestos y caución sustitutoria de las medidas cautelares establecidas en la Ley de enjuiciamiento civil», que se efectúa para el caso de adopción de tales medidas para el aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias en el artículo 764.2 LECrim.

De donde, al abarcar la cuantía de la multa solicitada como pena por las partes entre las partidas comprendidas en la fianza, tan solo podría pretenderse garantizar el cumplimiento de la pena de multa como sanción pecuniaria, en dinero, cuando aún no se ha celebrado un juicio con todas las garantías en que se declare la culpabilidad del acusado del delito de que se le acusa, pues, no podemos obviar que se adopta sobre la base de meros indicios antes del plenario, con ocasión del auto por el que se declara la apertura del juicio oral. Semejante interpretación del artículo 589, en relación con el 783.2, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, seguida por la instructor supone una anticipación de pena, por cuanto equipara a acusado y culpable, en el caso de autos, respecto de la comisión de un delito de desobediencia, toda vez que avanza los efectos jurídicos de una, tan solo eventual, sentencia condenatoria.

Una interpretación que, en resumidas cuentas, vulnera la doctrina de este tribunal relativa a la presunción de inocencia, recordada muy recientemente en la STC 28/2020, de 24 de febrero, FJ 3, con cita del fundamento jurídico 4 de la STC 133/2018, de 13

de diciembre, al declarar que este principio «comprende el derecho a recibir “la consideración y el trato de no autor o no partícipe en hechos de carácter delictivo o análogo a estos sin previa resolución dictada por el poder público u órgano competente que así lo declare, y determina por ende el derecho a que no se apliquen las consecuencias o los efectos jurídicos anudados a hechos de tal naturaleza en las relaciones jurídicas de todo tipo (SSTC 109/1986, de 24 de septiembre, FJ 1; 283/1994, de 24 de octubre, FJ 2; 166/1995, de 20 de noviembre, FJ 3, y 244/2007, de 10 de diciembre, FJ 2)”»».

(STC 69/2023, de 19 de junio. Recurso de amparo 3444-2020. Ponente: D. César Tolosa Tribiño. *BOE* 25 de julio de 2023).

Derecho a un proceso con todas las garantías. Derecho al juez imparcial.

«Procede recordar que este tribunal ha afirmado reiteradamente (SSTC 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 5; 5/2004, de 16 de enero, FJ 2; 140/2004, de 13 de septiembre, FJ 5; 60/2008, de 26 de mayo, FJ 3; 47/2011, de 12 de abril, FJ 9; 205/2013, de 5 de diciembre, FJ 2; 133/2014, de 22 de julio, FJ 2, y 25/2022, de 23 de febrero, FJ 2.1, entre otras muchas), en coincidencia con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (SSTEDH de 26 de octubre de 1984, asunto *De Cubber c. Bélgica*; de 10 de junio de 1996, asunto *Pullar c. Reino Unido*; de 28 de octubre de 1998, asunto *Castillo Algar c. España*; de 15 de octubre de 2009, asunto *Micallef c. Malta*, y de 6 de noviembre de 2018, asunto *Otegi Mondragón y otros c. España*, por todas) que el derecho a un juez imparcial constituye una garantía fundamental de la administración de justicia en un Estado de Derecho que condiciona su existencia misma, ya que sin juez imparcial no hay, propiamente, proceso jurisdiccional. Por ello, la imparcialidad judicial, además de reconocida explícitamente en el artículo 6.1 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, está implícita en el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), con una especial trascendencia en el ámbito penal. El reconocimiento de este derecho exige, por estar en juego la confianza que los tribunales deben inspirar en una sociedad democrática (por todas, STEDH asunto *Otegi Mondragón y otros c. España*, § 57), que se garantice al acusado que no concurre ninguna duda razonable sobre la existencia de prejuicios o prevenciones en el órgano judicial.

En tal sentido, se viene distinguiendo entre una imparcialidad subjetiva, que garantiza que el juez no ha mantenido relaciones indebidas con las partes, en la que se integran todas las dudas que deriven de las relaciones del juez con aquellas, y una imparcialidad objetiva, es decir, referida al objeto del proceso, por la que se asegura que el juez se acerca al *thema decidendi* sin haber tomado postura en relación con este, y que debe ser ponderada en cada supuesto concreto. En todo caso, según la misma doctrina, la imparcialidad del juez se presume y las sospechas sobre su idoneidad han de ser probadas y han de fundarse en causas tasadas e interpretadas restrictivamente, sin posibilidad de aplicaciones extensivas o analógicas.

Más concretamente, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el derecho a un proceso con todas las garantías, del que forma parte el derecho a un juez imparcial, otorga al acusado en un proceso penal el derecho a exigir del juez la observancia inexcusable de una actitud neutra respecto de las posiciones de las partes en el proceso, siendo un tercero ajeno a los intereses en litigio y, por tanto, a sus titulares y a las funciones que desempeñan. Alejamiento que le permite decidir justamente la controversia, situándose por encima de las partes acusadoras e imputadas (STC 130/2002,

de 3 de junio, FJ 3). Por esta razón le está vedado constitucionalmente asumir en el proceso funciones de parte (SSTC 53/1987, de 7 de mayo, FFJJ 1 y 2, y 18/1989, de 30 de enero, FJ 1), 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 (STC 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 5). También ha señalado la doctrina constitucional que el juez 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).

En suma, el juez debe mantener una actitud de neutralidad respecto de las posiciones de las partes en el proceso penal, lo que no significa que haya de exigirse al órgano judicial una actitud pasiva durante el acto del juicio (STC 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 14). En efecto, la observancia de una actitud neutral del órgano judicial respecto de las posiciones de las partes, como contenido del principio acusatorio, si bien exige que el juzgador no emprenda con iniciativas probatorias de oficio una actividad inquisitiva encubierta, no supone que tenga constitucionalmente vedada toda actividad procesal de impulso probatorio respecto de los hechos objeto de los escritos de calificación o como complemento para contrastar o verificar la fiabilidad de las pruebas de los hechos propuestos por las partes, siempre que sirva al designio de comprobar la certeza de elementos de hecho que permitan al juzgador llegar a formar, con las debidas garantías, el criterio preciso para dictar sentencia en el ejercicio de la función jurisdiccional que le es propia (STC 334/2005, de 20 de diciembre, FJ 3). En todo caso, para determinar si en el ejercicio de esa facultad el juez ha comprometido su posición de neutralidad es preciso analizar las circunstancias particulares de cada caso concreto [SSTC 130/2002, FJ 8; 229/2003, FJ 14; 334/2005, FJ 3, y 143/2006, de 8 de mayo, FJ 4 b), por todas].

En tal sentido, y por lo que se refiere al supuesto de que por parte del juez (o el presidente del Tribunal) se proceda en la vista oral a formular una serie de preguntas al acusado, a la presunta víctima del delito o a los testigos, al amparo de diversas habilitaciones de la Ley de enjuiciamiento criminal, este tribunal ha destacado que no cabe apreciar vulneración del derecho al juez imparcial cuando las preguntas versen sobre los hechos objeto de acusación y pueda entenderse razonablemente que han sido llevadas a cabo para alcanzar un grado preciso de convicción del juzgador para la adopción de su decisión, en busca de la verdad material, sin ser manifestación de una actividad inquisitiva en la que se sustituya a la acusación, ni una toma de partido a favor de las tesis de esta y de ellas no se derive ninguna indefensión para el acusado [SSTC 229/2003, FJ 14; 334/2005, FJ 3, y 143/2006, FJ 4 b)]».

(STC 59/2023, de 23 de mayo. Recurso de amparo 5487-2020. Ponente: D. Enrique Arnaldo Alcubilla. *BOE* 24 de junio de 2023).

Derecho de defensa y a la asistencia letrada. Obligación del órgano jurisdiccional de garantizar el derecho de defensa mediante el nombramiento de abogado en Juicio por delitos leves.

«Este tribunal ha declarado en numerosas ocasiones que el derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva, reconocido en el artículo 24.1 CE, comporta la exigencia de que en ningún momento pueda producirse indefensión, lo que, puesto en relación con el reconocimiento del derecho de defensa, en el apartado 2 del mismo

precepto constitucional, cuya violación denuncia la demandante de amparo, significa que en todo proceso judicial debe respetarse el derecho de defensa contradictoria de las partes contendientes (SSTC 143/2001, de 18 de junio, FJ 3; 93/2005, de 18 de abril, FJ 3; 12/2006, de 16 de enero, FJ 3; 13/2006, de 16 de enero, FJ 4, y 65/2007, de 27 de marzo, FJ 2).

La posibilidad de defensa contradictoria es, por tanto, una de las reglas esenciales del desarrollo del proceso, sin cuya concurrencia, debemos reiterar, la idea de juicio justo es una simple quimera. Se trata de un derecho formal cuyo reconocimiento no depende de la calidad de la defensa que se hubiera llegado a ejercer (SSTC 93/2005, FJ 3; 12/2006, FJ 3; 61/2007, de 26 de marzo, FJ 2, y 65/2007, FJ 2).

Esta exigencia, puede ocasionar –y así, lo debemos reconocer coincidiendo en esto parcialmente con el razonamiento de la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Madrid, de fecha 22 de julio de 2021–, ciertas «dificultades prácticas» o incomodidades en el desarrollo de la vista en relación con la práctica de los interrogatorios, y, por ello mismo, requerir del órgano jurisdiccional, especialmente en supuestos en que se ejerce la autodefensa, un indudable esfuerzo a fin de preservar los derechos de defensa en un proceso con todas las garantías, ofreciendo a las partes contendientes el derecho de defensa contradictoria, mediante la oportunidad de alegar y probar procesalmente sus derechos o intereses [SSTC 93/2005, FJ 3; 12/2006, FJ 3; 13/2006, FJ 4; 65/2007, FJ 2; 266/2015, de 14 de diciembre, FJ 4, y 41/2022, de 21 de marzo, FJ 5 a)].

Hemos afirmado que la defensa contradictoria debe garantizarse en todo proceso judicial, también en el juicio de faltas [SSTC 117/1993, de 29 de marzo, FJ 4; 327/1993, de 8 de noviembre, FJ 4; 143/2001, de 18 de junio, FJ 3; 93/2005, FJ 3; 12/2006, FJ 3; 13/2006, FJ 4; 65/2007, FJ 2; 266/2015, de 14 de diciembre; FJ 4; 41/2022, FJ 5 a)], del que es heredero –tal como indica el fiscal– el procedimiento para el juicio de delitos leves, introducido por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, como así resulta de su disposición adicional segunda.

Es por ello que podemos proyectar la doctrina constitucional elaborada con motivo del anterior juicio de faltas, al actual juicio por delitos leves, con los matices que luego examinaremos, atendidas las reformas habidas, sobre la exigencia o no, en este tipo de procesos, de defensa técnica. En efecto, como en el anterior juicio de faltas, el actual procedimiento para el juicio por delitos leves, es un procedimiento conciso y simple, ausente de solemnidades, y carente de fase sumaria o de instrucción y de fase intermedia, pues luego de su iniciación de oficio o por denuncia o querrela de parte, se abre inmediatamente, por propio impulso oficial, el juicio oral, en el que se practican las pruebas, se formaliza la acusación por las pretensiones de las partes y se dicta la oportuna sentencia, que puede ser objeto de recurso de apelación, originando una segunda instancia ante la audiencia provincial (artículos 962 a 977 LECrim). De modo que este procedimiento como el anterior juicio de faltas se caracteriza, en definitiva, por regirse, o manifestarse en él, los principios procesales de concentración, inmediación, contradicción, oralidad y publicidad.

La obligación del órgano jurisdiccional de garantizar la defensa contradictoria es exigible tanto cuando las partes comparezcan por sí mismas, como sucede en el caso del presente recurso de amparo (autodefensa), como cuando lo hagan con la asistencia de letrado, si optaren por esta posibilidad, o la misma fuere legal –y añadimos, constitucionalmente– impuesta (SSTC 93/2005, FJ 3; 12/2006, FJ 3, y 13/2006, FJ 4).

Esta exigencia reclama del juez o del tribunal un cuidadoso esfuerzo por garantizar la plena efectividad de los derechos de defensa y de necesaria contradicción de ambas partes en las distintas fases del proceso, con especial intensidad en el proceso penal dada la trascendencia de los intereses en juego, de forma que, aun en el caso de

falta de previsión legal, no queda liberado el órgano judicial, e incluso el propio Ministerio Público, de velar por el respeto del derecho de defensa del imputado, más allá del mero respeto formal de las reglas procesales.

También hemos destacado, que son manifestaciones específicas del derecho de defensa las facultades de alegar, probar e intervenir en la prueba ajena para controlar su correcta práctica y contradecirla y muy concretamente la de «interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él», facultad esta que el artículo 6.3 d) del Convenio europeo de derechos humanos reconoce a todo acusado como regla general entre sus mínimos derechos; y de un tenor similar es el artículo 14.3 e) del Pacto internacional de derechos civiles y políticos. (SSTC 143/2001, FJ 3; 93/2005, FJ 3; 12/2006, FJ 3; 13/2006, FJ 4, y 65/2007, FJ 2).

En lo que concierne específicamente al derecho de defensa y la falta de asistencia letrada, debemos destacar que dicha asistencia técnica, de acuerdo con la configuración legal, puede ser preceptiva o potestativa.

a) En el supuesto en que la intervención de letrado sea preceptiva, esta garantía constitucional, además de un derecho, se convierte en una exigencia estructural del proceso tendente a asegurar su correcto desenvolvimiento, cuyo sentido es satisfacer el fin común a toda asistencia letrada, así como lograr el adecuado desarrollo del proceso, como mecanismo instrumental introducido por el legislador con miras a una dialéctica procesal efectiva, que facilite al órgano judicial la búsqueda de una sentencia ajustada a Derecho. La conexión existente entre el derecho a la asistencia letrada y la institución misma del proceso, determina que la pasividad del titular del derecho deba ser suplida en todo caso por el órgano judicial para cuya propia actuación, y no solo para el mejor servicio de los derechos e intereses del defendido, es necesaria la asistencia del letrado [SSTC 199/2003, de 10 de noviembre, FJ 5; 225/2007, de 22 de octubre, FJ 3; 174/2009, de 16 de julio, FJ 2; 31/2017, de 27 de febrero, FJ 2 a), y 10/2022, de 7 de febrero, FJ 3)].

b) Ahora bien, en los supuestos en que la intervención de letrado no sea legalmente preceptiva la garantía de la asistencia letrada no decae como derecho fundamental de la parte procesal. A este respecto ha de tenerse en cuenta que, como derecho de la parte, el hecho de poder comparecer personalmente ante el juez o tribunal no obliga a las partes a actuar personalmente, sino que les faculta para elegir entre la autodefensa o la defensa técnica, dejándose a su libre disposición la opción por una u otra (SSTC 199/2003, FJ 5, y 65/2007, FJ 4).

Sin embargo, la exigencia legal de postulación, esto es, su carácter preceptivo, no coincide siempre con la necesidad constitucional de asistencia letrada. La necesidad constitucional de asistencia letrada viene determinada por la finalidad que este derecho cumple [SSTC 233/1998, de 1 de diciembre, FJ 3 B), y 225/2007, FJ 4]. Esto es, asentada la premisa de naturaleza constitucional, que sobre el órgano jurisdiccional recae el deber de garantizar la igualdad de las partes y la efectiva contradicción para el correcto desarrollo del debate procesal, será constitucionalmente obligada la asistencia letrada allí donde la capacidad del interesado, el objeto del proceso, su dificultad técnica, la mayor o menor complejidad del debate procesal y la cultura y conocimientos jurídicos del comparecido personalmente, deducidos de la forma y nivel técnico con que haya realizado su defensa, hagan estéril la autodefensa que el mismo puede ejercer mediante su comparecencia personal (por todas, STC 47/1987, de 22 de abril, FJ 3), por más que la asistencia técnica carezca del preceptivo carácter legal».

(STC 29/2023, de 17 de abril de 2023. Recurso de amparo 5398-2021. Ponente: D. César Tolosa Tribiño. *BOE* 22 de mayo de 2023).

ARTÍCULO 25

Principio de legalidad penal.

«El artículo 25.1 CE dispone que «[n]adie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento». Dicha norma, que como más adelante se precisará contiene todas las garantías que tradicionalmente se condensan en el aforismo *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege scripta, stricta et certa*, se inspira en el artículo 11.2 de la Declaración universal de derechos humanos, en el artículo 7 del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH), así como en el artículo 15.1 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, preceptos todos ellos de redacción similar.

Ahora bien, por una parte, el legislador constitucional al plasmar el principio de legalidad penal en el artículo 25.1 CE se apartó del tenor literal de los citados convenios en los que se inspiró y del posterior artículo 49 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, al no referirse de modo expreso en su literalidad —a diferencia de aquellos— a la prohibición de imponer pena o sanción más grave que la aplicable al tiempo de cometerse la infracción (*nulla poena sine praevia lege*), garantía que la doctrina constitucional, como se ha anticipado, ha reconocido inserta en el contenido esencial del principio de legalidad penal desde sus primeros pronunciamientos (STC 8/1981, de 30 de marzo, FJ 3). Y, por otra parte, el legislador constitucional extendió expresamente el ámbito de proyección del principio de legalidad al campo del derecho administrativo sancionador, lo que ha suscitado la necesidad de precisar su exacto alcance mediante diversos pronunciamientos de este tribunal en lo que se refiere a la reserva de ley en este ámbito (STC 83/1990, de 4 de mayo, FJ 2).

(.../...)

El principio de legalidad tiene su origen en la necesidad de garantizar la seguridad jurídica y la libertad de los ciudadanos frente al ejercicio arbitrario del *ius puniendi* por parte del Estado. Esto es, se encuentra vinculado al Estado de Derecho (art. 1.1 CE) y con él, «a la autolimitación que se impone el propio Estado con el objeto de impedir la arbitrariedad o el abuso de poder, de modo que expresa su potestad punitiva a través del instrumento de la ley y solo la ejercita en la medida en que está prevista en la ley» (STC 142/1999, de 22 de julio, FJ 3). De este modo, se «permite que los ciudadanos, a partir del texto de la ley, puedan programar sus comportamientos» (STC 142/1999, FJ 3), sin el temor de verse sorprendidos por la posterior definición como delitos o infracciones de conductas que en el momento de ser realizadas no estaban sancionadas, o por la aplicación retroactiva de penas o sanciones que o bien no existían o bien eran más leves cuando realizaron la conducta sancionada. A su vez, se considera necesario que esa predeterminación normativa se atribuya en exclusiva a un órgano que represente la voluntad general, el Parlamento, atendida la grave afectación que suponen las normas penales para los intereses más relevantes (STC 142/1999, FJ 3). El imperio de la ley opera de este modo como garantía de los bienes jurídicos de los ciudadanos y como límite de la actuación de los jueces y magistrados (art. 117.1 CE).

Finalmente, debe añadirse que el conocimiento previo de la conducta prohibida y de la pena prevista, evita que se vacíe de sentido una de las finalidades, la de prevención general, que legitiman la pena (STC 132/2022, de 24 de octubre, FJ 4), y con ella la función intimidatoria y motivadora de la conducta de los ciudadanos frente a sus impulsos, determinación psíquica que se vincula a que los ciudadanos puedan cono-

cer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever, así, las consecuencias de sus acciones.

c) Manifestaciones del principio de legalidad penal: Hemos identificado la libertad, junto con la legitimación democrática y la seguridad jurídica –y en menor medida la finalidad preventiva de la pena– como los intereses jurídicamente protegidos que operan como criterios rectores en la tarea de definir el contenido y las garantías que encierra el artículo 25.1 CE. Dicho contenido viene tradicionalmente delimitado con los diversos aspectos característicos que se enuncian a través del aforismo *nullum crimen nulla poena sine praevia lege scripta, certa et stricta* (en distintas formulaciones, entre muchas, SSTC 133/1987, de 21 de julio, FJ 4; 127/1990, de 5 de julio, FJ 3; 111/1993, de 25 de marzo, FJ 6; 53/1994, de 24 de febrero, FJ 4; 137/1997, de 21 de julio, FJ 6; 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 3; 232/1997, de 16 de diciembre, FJ 2; 75/2002, de 8 de abril, FJ 4; 234/2007, de 5 de noviembre, FJ 3, y 14/2021, de 28 de enero, FJ 2), que se corresponden con una doble garantía, material y formal.

La primera, de alcance material y absoluto, se refiere a la imperiosa exigencia de la predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, es decir, la existencia de preceptos jurídicos (*lex praevia*) que permitan predecir con el suficiente grado de certeza (*lex certa*) dichas conductas, de tal modo que se sepa a qué atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y a la eventual sanción. La otra garantía, de alcance formal, hace referencia al rango necesario de las normas que tipifican dichas conductas y sanciones, toda vez que este tribunal ha señalado reiteradamente que el término «legislación vigente» contenido en dicho artículo 25.1 CE es expresivo de una reserva de ley en materia sancionadora (STC 297/2005, de 21 de noviembre, FJ 6). Reserva matizada, como hemos indicados, en el ámbito administrativo, donde «este tribunal ha venido reconociendo una eficacia relativa o limitada a esta segunda garantía, en el sentido de permitir un mayor margen de actuación al poder reglamentario en la tipificación de ilícitos y sanciones administrativas, por razones que atañen en lo esencial al modelo constitucional de distribución de potestades públicas y al carácter, en cierto modo insuprimible, de la potestad reglamentaria en ciertas materias» (STC 218/2005, de 12 de septiembre, FJ 2).

4. Prohibición de retroactividad de las normas penales desfavorables. (.../...)

Es cierto que, como tuvimos ocasión de referirnos –entre otras, en las SSTC 47/2012, de 29 de marzo, FJ 4; 55/2012, de 29 de marzo, FJ 5; 65/2012, de 29 de marzo, FJ 4, y 114/2012, de 24 de mayo, FJ 3–, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (SSTEDH de 10 de julio de 2003, asunto *Grava c. Italia*, § 51, en un supuesto de condonación de la pena citando, *mutatis mutandis*; asunto *Hogben c. Reino Unido*, núm. 11653/1985, decisión de la Comisión de 3 marzo de 1986, decisiones e informes [DR] 46, págs. 231, 242, en materia de libertad condicional de un condenado a pena perpetua, en caso de rebaja de la pena por decreto presidencial; y de 15 de diciembre de 2009, asunto *Gurguchiani c. España*, § 31), efectuaba una distinción entre cuestiones relativas a la ejecución y aplicación de la pena y las atinentes a la propia pena, de modo que las primeras, «en la medida en que no impliquen que la pena impuesta sea más grave que la prevista por la ley», no concernían al derecho a la legalidad penal consagrado en el artículo 7.1 CEDH, aunque sí podían afectar al derecho a la libertad.

(.../...) La distinción entre pena y ejecución de pena se desdibuja con la STEDH, Gran Sala, de 21 de octubre de 2013, asunto *Del Río Prada c. España*, y se diluye su línea de separación mediante la integración del concepto de pena con aspectos tradi-

cionalmente calificados de aplicación o de ejecución de la pena. Debemos por tanto detenernos en su contenido.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos comienza por referir que la sentencia de 10 de julio de 2012, de la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos –que confirma– había considerado vulnerado el artículo 7.1 CEDH, al examinar si la pena «en su conjunto» permitía que la recurrente pudiera discernir de modo razonable sobre «el alcance de la pena impuesta y su forma de ejecución» (§ 58). De este modo aspectos propios de la ejecución como «la forma de aplicar la redención de pena», ya no solo afectaban a esta, sino que tenían «también un impacto decisivo en el alcance efectivo de la misma a efectos del artículo 7». Esto es, el cambio en «la forma de aplicar la redención de pena había tenido el efecto retroactivo de ampliar el tiempo de prisión [...le habría privado] de la redención de la pena por trabajo a la que de otro modo habría tenido derecho» (§ 59). Recuerda, que la Sala, para sostener la vulneración del artículo 7.1 CEDH, «hacía hincapié en que los tribunales nacionales no pueden, retroactivamente y en perjuicio de las personas interesadas, aplicar las políticas penales que sustentan cambios legislativos, cuando estos se han introducido con posterioridad a la comisión de un delito» (§ 60).

La STEDH, *Del Río Prada c. España*, indica que «[p]ara hacer efectiva la protección del artículo 7, el Tribunal debe tener la libertad de valorar, más allá de las apariencias, si una medida concreta equivale sustancialmente a una ‘pena’ en el sentido de dicha disposición» (§ 60). Y tras recordar su tradicional distinción –entre pena y ejecución– (§ 83 a 84), reitera la ausencia de nitidez de la distinción entre las medidas que constituyen «penas» y las referidas a la «ejecución» o «aplicación» de las mismas y, subraya, «que la palabra ‘impuesta’ utilizada en la segunda frase del artículo 7.1 no puede interpretarse que excluya de su ámbito de aplicación a todas las medidas adoptadas después de pronunciarse la sentencia. Reitera, a este respecto, que resulta de especial trascendencia que el Convenio se interprete y aplique de forma que los derechos en él reconocidos resulten efectivos en la práctica y no teóricos» (§ 88). De lo que se sigue que «el Tribunal no descarta la posibilidad de que las medidas que se adoptan por parte del poder legislativo, las autoridades administrativas o los tribunales después de la imposición de la condena definitiva o durante su cumplimiento puedan redundar en una redefinición o modificación del alcance de la ‘pena’ impuesta por el tribunal sentenciador. Cuando eso ocurre, el Tribunal estima que dichas medidas deben quedar comprendidas en el ámbito de la prohibición de la aplicación retroactiva de las penas consagrada en el artículo 7.1 *in fine* del Convenio». (§ 89), pues el condenado «no podía imaginarse tal circunstancia en el momento de la comisión del delito», ya que, en otro caso, el artículo 7.1 CEDH «quedaría privado de todo efecto útil respecto a las personas condenadas cuyas condenas fueran modificadas *ex post facto* en su detrimento» (§ 89).

Desplaza de este modo la perspectiva formal que tradicionalmente había sustentado la distinción entre pena y, aplicación o ejecución de la pena, por otra que pivota sobre la «forma de ejecución» y el «alcance de la ejecución». Enfoque que obliga a atender a lo «que supone realmente la pena impuesta», cuyo contenido –que ha podido ser redefinido o modificado– se concreta tomando en consideración la «ley nacional en su conjunto y su forma de aplicación en tal momento» (§ 90), sobre la que proyecta la exigencia de previsibilidad razonable. Se trata por tanto de averiguar «lo que la ‘pena’ impuesta a la demandante implicaba en derecho interno [...] en su conjunto y la manera en la que se aplicaba en ese momento» (§ 96).

Esta doctrina se ha reiterado en pronunciamientos posteriores, en algunos de los cuales se reproduce en su literalidad. A modo de ejemplo, en la reciente STEDH de 10 de noviembre de 2022, asunto *Kupinskyy c. Ucrania* (§ 50), en la que se reconoce la

vulneración del artículo 7.1 CEDH por el cambio de un régimen de libertad condicional, a la no disponibilidad de libertad condicional en absoluto (§ 51), lo que a juicio del tribunal supuso la «modificaron el alcance de la pena del demandante» (§ 56)».

(STC 54/2023, de 22 de mayo. Recursos de amparo 4728-2021 y 4730-2021 (acumulados). Ponente: D. César Tolosa Tribiño. *BOE* 24 de junio de 2023).

Principio de legalidad penal. La disolución de una persona jurídica no conlleva la extinción de la responsabilidad penal.

«a) El principio de personalidad de las sanciones, que forma parte del de legalidad penal y se encuentra, por tanto, comprendido en el derecho reconocido en el artículo 25.1 CE, implica que solo se puede responder penalmente por los actos propios y no por los ajenos [SSTC 131/1987, de 20 de julio, FJ 6; 219/1988, de 22 de noviembre, FJ 3; 254/1988, de 21 de diciembre, FJ 5; 246/1991, de 19 de diciembre, FJ 2; 146/1994, de 12 de mayo, FJ 4 b); 93/1996, de 28 de mayo, FJ 1; 137/1997, de 21 de julio, FJ 5; 125/2001, de 4 de junio, FJ 6, y 60/2010, de 7 de octubre, FJ 4]. Dicho principio está estrechamente ligado al de culpabilidad, que es un «principio estructural básico tanto del Derecho penal como del Derecho administrativo sancionador, en virtud del cual queda proscrita la imposición de sanciones sin atender a la conducta del sancionado» [por todas, SSTC 76/1990, de 26 de abril, FJ 4 y 5; 246/1991, FJ 2; 86/2017, de 4 de julio, FJ 5 e), y 74/2022, de 14 de junio, FJ 3 C)].

La doctrina constitucional sobre los principios de personalidad y culpabilidad a los que está sujeto el ejercicio del *ius puniendi* del Estado, si bien se ha desarrollado respecto de las personas físicas, resulta también aplicable a las personas jurídicas, pero de forma distinta a como se hace respecto de aquellas. Así lo pudo constatar la STC 246/1991, FJ 2, que afirma lo siguiente: «nuestro Derecho administrativo admit[e] la responsabilidad directa de las personas jurídicas, reconociéndoles, pues, capacidad infractora. Esto no significa, en absoluto, que para el caso de las infracciones administrativas cometidas por personas jurídicas se haya suprimido el elemento subjetivo de la culpa, sino simplemente que ese principio se ha de aplicar necesariamente de forma distinta a como se hace respecto de las personas físicas. Esta construcción distinta de la imputabilidad de la autoría de la infracción a la persona jurídica nace de la propia naturaleza de ficción jurídica a la que responden estos sujetos. Falta en ellos el elemento volitivo en sentido estricto, pero no la capacidad de infringir las normas a las que están sometidos. Capacidad de infracción y, por ende, reprochabilidad directa que deriva del bien jurídico protegido por la norma que se infringe y la necesidad de que dicha protección sea realmente eficaz (en el presente caso se trata del riguroso cumplimiento de las medidas de seguridad para prevenir la comisión de actos delictivos) y por el riesgo que, en consecuencia, debe asumir la persona jurídica que está sujeta al cumplimiento de dicha norma».

b) En la temprana STC 23/1989, de 2 de febrero, FJ 3, este tribunal ya señaló, respecto de la aplicación del principio de igualdad del artículo 14 CE, que «no existe una necesaria equiparación entre personas físicas y jurídicas». En este sentido, la STC 117/1998, 2 de junio, FJ 4, añadió que «conviene recordar que las personas jurídicas, a diferencia de lo que ocurre con las personas físicas, cuya existencia jurídica no puede ser negada por el ordenamiento jurídico, pues la persona, esto es, el ser humano, tiene el derecho inviolable a que se reconozca su personalidad jurídica (art. 10 CE y artículo 6 de la Declaración Universal de los derechos humanos de 10 de diciembre de 1948), constituyen una creación del legislador, y tanto su existencia como su capacidad jurídica vienen supeditadas al cumplimiento de los requisitos que

el ordenamiento jurídico establezca en cada caso [...]. De este modo, y dejando a un lado las distintas teorías que han tratado de explicar el fundamento de las personas jurídicas, éstas solo pueden ser rectamente concebidas si se las conceptúa, con las precisiones que sea preciso efectuar en cada caso, como uno más de los instrumentos o de las técnicas que el Derecho y los ordenamientos jurídicos ponen al servicio de la persona para que pueda actuar en el tráfico jurídico y alcanzar variados fines de interés público o privado reconocidos por el propio ordenamiento».

La diferente naturaleza de las personas físicas y de las personas jurídicas determina, entre otras consecuencias, que existan actos que, por ser incompatibles con su respectiva naturaleza jurídica, no puedan ser realizados indistintamente por estos sujetos de Derecho. Como recordó la STC 50/2011, de 14 de abril, FJ 4, esto ocurre, por ejemplo, con las «operaciones de naturaleza societaria cuya finalidad se dirige a facilitar una mejor y más adecuada adaptación de los modelos organizativos de las personas jurídicas para la consecución de sus propios fines, mediante la realización de ‘modificaciones estructurales’ de la organización que permiten en unos casos la adopción de una nueva forma jurídica (transformación), la integración en una única entidad jurídica de una pluralidad de organizaciones preexistentes (fusión), o la división de la entidad jurídica (escisión), conservando al propio tiempo la vigencia de las relaciones jurídicas preexistentes». Estas y otras modificaciones societarias, como la absorción (que es un tipo de fusión), «facilita[n] la continuidad de empresas y actividades económicas o de otro signo ya establecidas, eludiendo con ello las dificultades y perjuicios que, tanto en el plano jurídico como en el económico, entrañaría la disolución y liquidación del conjunto de relaciones jurídicas activas y pasivas ligadas a la entidad (personalidad) para poder alcanzar el objetivo pretendido con aquellas modificaciones».

(.../...)

No se puede considerar que el criterio de la «identidad económica sustancial», como fundamento de la transmisión de la responsabilidad por infracción entre personas jurídicas, sea contrario al principio de culpabilidad y personalidad de las sanciones del artículo 25.1 CE. Según señala nuestra jurisprudencia, tales principios son aplicables a las personas jurídicas, pero «necesariamente de forma distinta a como se hace respecto de las personas físicas» (por todas, STC 246/1991, FJ 2). Como recordamos en la anteriormente citada STC 50/2011, FJ 4, la diferente naturaleza de unas y otras hace que determinados actos, como la fusión por absorción, solo puedan realizarse entre personas jurídicas, lo que impide un traslado automático de los conceptos acuñados para la responsabilidad de las personas físicas.

Admitir que la disolución de una persona jurídica conlleve la extinción de toda responsabilidad por infracción, como sucede con la muerte de las personas físicas (art. 130.1.1 CP), equivaldría –como aducen el abogado del Estado y el fiscal– a permitir que se eludan las responsabilidades por la vía de continuar bajo otra forma jurídica la misma actividad en cuyo ejercicio se incurrió en la conducta típica. Según afirmó la citada STC 246/1991, FJ 2, la capacidad de infracción de personas jurídicas, como ficción del Derecho, «deriva del bien jurídico protegido por la norma que se infringe y la necesidad de que dicha protección sea realmente eficaz». Dicho objetivo se malograría si un cambio formal de titular jurídico impidiera exigir las responsabilidades en que se haya podido incurrir en el ejercicio de una determinada actividad, cuando esta continúa desarrollándose bajo una «identidad económica sustancial» (doctrina de la prevalencia de la sustancia sobre la forma o de «levantamiento del velo»).

En el ámbito penal, el artículo 130.2, párrafo primero, CP, ha acogido este principio, al disponer que «[l]a transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal, que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y se extenderá a la entidad o

entidades que resulten de la escisión. El juez o Tribunal podrá moderar el traslado de la pena a la persona jurídica en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella».

Por su parte, el párrafo segundo añade que «[n]o extingue la responsabilidad penal la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica. Se considerará en todo caso que existe disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica cuando se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos».

(STC 179/2023, de 11 de diciembre. Recurso de amparo 63-2022. Ponente: D.^a Laura Díez Bueso. *BOE* 18 de enero de 2024).

Principio non bis in idem.

«a) El Tribunal Constitucional ha reconocido la vigencia del principio *non bis in idem* desde sus primeras sentencias, aunque el texto constitucional no lo contemplase de modo expreso. El reconocimiento se ha efectuado en su doble condición de garantía material (STC 2/1981, de 30 de enero) y procesal (STC 77/1983, de 3 de octubre), «en cuanto comprensiva tanto de la prohibición de la aplicación de múltiples normas sancionadoras como de la proscripción de ulterior enjuiciamiento cuando el mismo hecho ha sido ya enjuiciado en un primer procedimiento en el que se ha dictado una resolución con efecto de cosa juzgada»; reconocimiento que «coincide en lo sustancial con el contenido asignado al mismo en los convenios internacionales sobre derechos humanos» [STC 2/2003, de 16 de enero FJ 3 d)], ratificados y vigentes en España, entre los que deben destacarse, por su influencia en la interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales (art. 10.2 CE), el artículo 14.7 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos; el artículo 4 del Protocolo 7 al Convenio europeo de derechos humanos, y el artículo 50 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea.

b) La garantía de la interdicción de la doble condena (*non bis in idem* material) y del doble enjuiciamiento (*non bis in idem* procesal) por los mismos hechos exige que deba otorgarse preferencia a la norma penal y a los tribunales penales frente a la norma y la potestad administrativa sancionadora. Solo excepcionalmente la vía administrativa resulta preferente a la penal en la corrección disciplinaria mediante policía de estrados de las expresiones injuriosas y calumniosas cometidas por los profesionales de la abogacía en el ejercicio de su labor defensiva por razones de tutela del derecho a la defensa y su estrecha vinculación con la libertad de expresión (desde la STC 38/1988, de 9 de marzo, hasta la STC 142/2020, de 19 de octubre).

La regla general de la prioridad de la norma penal y del orden penal surge en el instante en que el legislador decide que unos mismos hechos constituyan a la vez delito –susceptible de castigo con penas privativas de libertad– e infracción administrativa, donde la administración civil no puede imponer «sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad» (art. 25.3 CE). La entidad de las consecuencias para la persona infractora y la exclusividad jurisdiccional para castigar delitos determinan que esa concurrencia normativa y de potestades sea solo aparente: «la norma contenida en la disposición administrativa deja de ser aplicable y solo los órganos judiciales integrados en la jurisdicción penal son órganos constitucionalmente determinados para conocer de dicha infracción y ejercer la potestad punitiva estatal» (*ex* arts. 25.1 y 3, y 117 CE; SSTC 2/2003, de 16 de enero, FJ 9, y 70/2012, de 16 de abril, FJ 3).

Asimismo, la preferencia de la jurisdicción penal «reside en que la declaración de responsabilidad penal se efectúa en un proceso en el que rigen garantías específicas

integradas en el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) que repercuten en el contenido del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), mientras que la declaración de responsabilidad por infracción administrativa se realiza en un procedimiento en el que tal derecho se aplica de forma modalizada, lo que implica un menor contenido garantista [...] Estas diferencias, que no empañan la legitimidad constitucional del ejercicio de la potestad sancionadora de la administración, sin embargo, determinan que, en caso de dualidad de ejercicio de la potestad sancionadora del Estado, por la administración y la jurisdicción penal, las resoluciones dictadas en esta no puedan ceder ante las dictadas en aquella» (STC 2/2003, FJ 10).

Esta preferencia se traduce en una serie de reglas que operan como «un instrumento preventivo tendente a preservar los derechos a no ser sometido a un doble procedimiento sancionador –administrativo y penal– y a no ser sancionado en más de una ocasión por los mismos hechos» (STC 2/2003, FJ 9). Así, en primer lugar, la administración no puede conocer, a efectos de su sanción, de hechos que revisten los caracteres de delito y debe paralizar el procedimiento hasta que los órganos judiciales penales se pronuncien sobre la cuestión (SSTC 77/1983, FJ 3, y 2/2003, FJ 9).

Y, en segundo lugar, tal y como en la actualidad dispone el artículo 77.4 de la Ley del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas, «en los procedimientos de carácter sancionador, los hechos declarados probados por resoluciones judiciales penales firmes vincularán a las administraciones públicas respecto de los procedimientos sancionadores que substancien». La razón es clara: «unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado», sin perjuicio de que «cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimientos, y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación de unos mismos hechos, el enjuiciamiento y la calificación que en el plano jurídico puedan producirse, se hagan con independencia, si resultan de la aplicación de normativas diferentes» (STC 77/1983, FJ 4).

Esa vinculación no se produce a la inversa. La determinación fáctica del procedimiento administrativo sancionador sin control judicial ulterior por la jurisdicción contencioso-administrativa carece de efectos de cosa juzgada (STC 2/2003, FJ 7), y no vincula a la jurisdicción penal, pues aquel relato de hechos se ha efectuado «por un órgano público del que no puede predicarse la imparcialidad en el mismo sentido en que se predica y exige de los órganos judiciales y sin sujeción a las garantías de inmediación, oralidad y publicidad en la valoración de la prueba» (STC 2/2003, FJ 10).

c) La garantía del *non bis in idem*, en su vertiente material o sustantiva, prohíbe sancionar dos veces el mismo ilícito si se aprecia identidad de sujetos, hechos y fundamento. La doble sanción proscrita puede producirse en el mismo o en distintos procedimientos sancionadores, abstracción hecha de su naturaleza penal o administrativa. El *non bis in idem* se integra en el derecho fundamental al principio de legalidad en materia penal y sancionadora (art. 25.1 CE), dada su conexión con las garantías de tipicidad y de legalidad de las infracciones, y tiene como finalidad evitar una reacción punitiva desproporcionada y contraria a la garantía de previsibilidad de las sanciones, puesto que el resultado del doble castigo conllevaría crear una nueva sanción mediante una suma de sanciones no prevista en la ley y ajena al juicio de proporcionalidad del legislador [SSTC 2/2003, FJ 3 a), y 48/2007, de 12 de marzo, FJ 3 a)].

Para comprobar si se ha vulnerado el *non bis in idem* cuando se imponen penas y sanciones administrativas, debe atenderse al núcleo esencial de esta garantía: impedir el exceso de punición. Por ello, «no cabe apreciar una reiteración punitiva constitucionalmente proscrita cuando, aun partiéndose de la existencia de la imposición de una doble sanción en supuestos de identidad de sujeto, hecho y fundamento, en la ulterior resolución sancionadora se procede a descontar y evitar todos los efectos

negativos anudados a la previa resolución sancionadora, ya que, desde la estricta dimensión material, [el descuento] provoca que en el caso concreto no concurra una sanción desproporcionada» (STC 334/2005, de 20 de diciembre, FJ 2). Porque «el derecho reconocido en el artículo 25.1 CE en su vertiente sancionadora no prohíbe el “doble reproche afflictivo”, sino la reiteración sancionadora de los mismos hechos con el mismo fundamento padecida por el mismo sujeto» (STC 2/2003, FJ 6).

El descuento de la sanción administrativa de la pena impuesta permite, en defecto de ley que prevea otra solución, superar aquellas situaciones a las que se enfrentan los tribunales penales cuando tienen que hacer compatible ejercer la función jurisdiccional aplicando la ley a la que están sometidos y evitar la doble condena cuando la administración no ha suspendido el expediente. Porque solamente «al legislador corresponde establecer los mecanismos normativos de articulación del ejercicio de la potestad punitiva por la administración y por la jurisdicción penal para evitar la reiteración sancionadora y contemplar las consecuencias que deriven de su incumplimiento» (STC 2/2003, FJ 6).

d) La garantía del *non bis in idem*, en su vertiente procesal o procedimental, ubicada en el ámbito del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), conlleva, ante todo, según nuestra doctrina, la interdicción de un doble proceso penal con el mismo objeto. No es posible proceder a un nuevo enjuiciamiento penal –salvando el remedio extraordinario de la revisión y el subsidiario del amparo constitucional– si el primer proceso ha concluido con una resolución de fondo con efecto de cosa juzgada. Si así se hiciera, se menoscabaría la tutela judicial dispensada por la decisión firme anterior y, como ya se advertía en la exposición de motivos de la Ley de enjuiciamiento criminal, significaría regresar a la absolución en la instancia, «corruptela que hacía del ciudadano a quien el Estado no había podido convencer de culpable una especie de liberto de por vida» [SSTC 159/1987, de 26 de octubre, FJ 6; 2/2003, FJ 3 b), y 60/2008, de 26 de mayo, FJ 9].

El artículo 14.7 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos y el artículo 4 del Protocolo 7 al Convenio europeo de derechos humanos «protegen al ciudadano no solo frente a la ulterior sanción –administrativa o penal–, sino frente a la nueva persecución punitiva por los mismos hechos una vez que ha recaído resolución firme en el primer procedimiento sancionador, con independencia del resultado –absolución o sanción– del mismo». Sin embargo, la prohibición constitucional del doble enjuiciamiento fuera del proceso penal solo procederá en aquellos casos en que el procedimiento administrativo sancionador le sea equiparable, «en atención a las características del procedimiento –su grado de complejidad– como a las de la sanción que sea posible imponer en él –su naturaleza y magnitud– [...]». Dos son las razones que avalan esta limitación. De un lado, la lógica que impone el principio de proporcionalidad, en cuanto criterio de ponderación del contenido de los derechos fundamentales. De otro, la necesariamente matizada traslación de las garantías del proceso justo al ámbito del procedimiento administrativo sancionador [...] [H]emos de reiterar que, como resulta del párrafo segundo del artículo 4 del Protocolo 7 del Convenio europeo de derechos humanos y de nuestra jurisprudencia (STC 159/1987, de 26 de octubre), la interdicción de doble procedimiento sancionador solo se incumple si los dos procedimientos han sido sustanciados con las debidas garantías, de modo que un primer procedimiento tramitado sin respetar la prioridad legal del orden jurisdiccional penal no impide un segundo procedimiento sancionador» (STC 2/2003, FJ 8; y en el mismo sentido, SSTC 334/2005, FJ 2, y 48/2007, FJ 3).

La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos mantiene una posición semejante en la STEDH, Gran Sala, de 15 de noviembre de 2016, asunto *A y B c. Noruega*, que revisa la STEDH, Gran Sala, de 10 de febrero de 2009, asunto *Sergey*

Zolotukhin c. Rusia. Según la sentencia *A y B c. Noruega*, una de las contribuciones más notables de *Zolotukhin c. Rusia*, a la hora de aplicar la prohibición de perseguir o juzgar a una persona por la misma infracción, fue la de afirmar que la determinación de si se trataba de la misma infracción (*in idem*) debía efectuarse con un análisis basado en los hechos, en evaluar si la infracción objeto de un nuevo procedimiento tenía su origen en hechos idénticos o sustancialmente iguales. No obstante –continúa *A y B c. Noruega*–, *Zolotukhin c. Rusia* apenas si servía de guía para aquellos procedimientos que, en realidad, no se duplicaban, sino que se combinaban de manera integrada para formar un conjunto coherente (§ 108 a 111).

En tales casos, la sentencia *A y B c. Noruega* considera legítima una respuesta sancionadora penal y administrativa complementaria frente a ciertos comportamientos socialmente inaceptables (por ejemplo, el incumplimiento de las leyes de tráfico, el impago de impuestos o la evasión fiscal). La sentencia europea es consciente de que la manera más segura de garantizar la prohibición de una doble persecución o enjuiciamiento es la de canalizar la respuesta sancionadora en el marco de un proceso único, pero no excluye que dicha respuesta se articule mediante procedimientos distintos llevados a cabo por autoridades distintas y con fines diferentes, incluso en fases paralelas y hasta su finalización, siempre que estos procedimientos se combinen de manera integrada y formen un todo coherente, lo que implica, por un lado, que los fines perseguidos y los medios utilizados para alcanzarlos sean, en esencia, complementarios temporal suficientemente estrecho») y, por otro, que las consecuencias de organizar así la respuesta sancionadora frente a aquella clase de infracciones sean previsibles y proporcionadas para la persona afectada (§ 121, 123 y 130).

Entre los criterios citados por la sentencia *A y B c. Noruega* para decidir si existe un vínculo material suficientemente estrecho destaca, sobre todo, el de si la sanción impuesta en el procedimiento que finaliza en primer lugar se tiene en cuenta en el que finaliza en el último, para evitar que la persona afectada acabe soportando una carga excesiva, riesgo este último menos probable cuando existe un mecanismo de compensación que garantice que el *quantum* global de las sanciones impuestas sea proporcionado (§ 132).

Finalmente, la interdicción del doble enjuiciamiento no permite valerse de esta garantía con fines de manipulación o impunidad. La actuación del titular es relevante: este no puede tolerar la vulneración del *non bis in idem* para utilizar la sanción administrativa como defensa ulterior frente a la condena penal (STC 152/2001, de 2 de julio, FJ 6, y STEDH *A y B c. Noruega*, § 127).

e) La jurisdicción constitucional es competente para revisar los pronunciamientos de los órganos judiciales sobre la existencia de la triple identidad, cualquiera que sea la vertiente del *non bis in idem* –material o procesal– denunciada, o para analizarla directamente si los órganos sancionadores o judiciales no lo han hecho, pese a haberse invocado su vulneración, puesto que la identidad de hechos, sujetos y fundamento constituye el presupuesto de esta garantía y delimita el contenido de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 25.1 CE. Pero la jurisdicción de amparo debe respetar la regla del artículo 44.1 b) LOTC y no puede entrar a conocer «de los hechos que dieron lugar al proceso». La delimitación procesal de los hechos y su calificación jurídica conforme a la legalidad aplicable es una tarea que corresponde a los tribunales ordinarios en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que el artículo 117.3 CE les reconoce. La revisión en sede constitucional queda circunscrita, por tanto, a «comparar los ilícitos sancionados, partiendo de la acotación de los hechos realizada por la administración en la resolución sancionadora y por el órgano judicial penal en las sentencias, y tomando como base la calificación jurídica de estos hechos realizada por estos poderes del Estado» (STC 2/2003, FJ 5). Sin perjuicio,

claro está, del control en esta sede de aquellas calificaciones que resulten arbitrarias, sean consecuencia de una interpretación manifiestamente irrazonable o fruto de un error patente (STC 108/2022, de 26 de septiembre, FJ 5, con resumen de doctrina)».

(STC 2/2023, de 6 de febrero de 2023. Recurso de amparo 5380-2020. Ponente: D.^a Inmaculada Montalbán Huertas. *BOE* 13 de marzo de 2023).

CÓDIGO PENAL

ARTÍCULO 80

Suspensión ejecución pena privativa de libertad. Revocación por incumplimiento del pago de la responsabilidad civil.

«Ha de recordarse la constante doctrina de este tribunal, según la cual «las resoluciones que conceden o deniegan la suspensión de la ejecución de una pena privativa de libertad, si bien no constituyen decisiones sobre la restricción de la libertad en sentido estricto, ya que tienen como presupuesto la existencia de una sentencia firme condenatoria que constituye el título legítimo de la restricción de la libertad del condenado, sin embargo afectan al valor libertad, en cuanto modalizan la forma en que la ejecución de la restricción de la libertad se llevará a cabo (SSTC 25/2000, de 31 de enero, FJ 3; 8/2001, de 15 de enero, FJ 2, y 5/2002, de 14 de enero, FJ 2)» (STC 320/2006, de 15 de noviembre, FJ 4). Conectado con la alegada vulneración autónoma del artículo 17 CE, la STC 132/2022, de 24 de octubre, FJ 3 d), declara que procede remitirse al ATC 3/2018, FJ 5 (iii), «que niega la afectación directa de este derecho fundamental por la normativa reguladora de la suspensión de la pena de prisión:

«Conviene añadir que, de acuerdo con la doctrina de este tribunal, la suspensión de la ejecución de la pena tampoco afecta directamente al derecho fundamental a la libertad personal (art. 17 CE). Según hemos señalado, la suspensión de la ejecución no es el título habilitante de la pérdida de libertad, sino una incidencia ejecutiva que modaliza, en beneficio del reo, el cumplimiento de la pena impuesto en dicho título, que es la sentencia condenatoria (por todas, STC 320/2006, de 15 de noviembre, FJ 4). El artículo 17 CE tampoco puede resultar, por ello, directamente comprometido en la regulación de la suspensión que se cuestiona, proyectando, eso sí, sus efectos, sobre la interpretación judicial de dicho instituto, que está también sujeta a un deber reforzado de motivación (art. 24.1 CE en relación con el artículo 17 CE), dentro del marco regulativo fijado por el legislador de forma discrecional (STC 226/2015, de 2 de noviembre, FJ 4).»

Sí afecta al valor libertad, como señala en estas últimas líneas el ATC 3/2018 –y las resoluciones que en él se citan–, la interpretación y aplicación que hagan los órganos judiciales de las normas sobre suspensión y en su caso sobre revocación de la suspensión ya concedida. Entre otros supuestos, por incumplir el deber de motivación reforzada respecto del juicio de ponderación para resolver sobre la suspensión de la ejecución de una pena de prisión [ATC 3/2018, FFJJ 5 y 7; SSTC 320/2006, de 15 de noviembre, FJ 4, y 104/2022, FJ 3 B)], o para decidir su revocación (STC 32/2022, FFJJ 4 y 5), apareciendo como afectado el derecho a la tutela judicial efectiva, en relación con el derecho a la libertad individual».

De conformidad con lo expuesto, no es dable la pretensión de amparo fundada en la lesión autónoma del derecho a la libertad (art. 17 CE).

Este tribunal ha afirmado la existencia de un canon reforzado de motivación cuando el derecho a la tutela judicial efectiva incide de alguna manera en la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico, lo que sucede en los supuestos de resoluciones judiciales que deciden sobre medidas alternativas a la prisión o sobre beneficios penitenciarios, como la libertad condicional, los permisos de salida penitenciarios o, como en el caso ahora planteado, la suspensión de la ejecución de la pena de prisión. En concreto, por lo que atañe a las resoluciones que conceden o deniegan la suspensión de la ejecución de una pena privativa de libertad regulada en los artículos 80 ss. del Código penal, se considera que «si bien no constituyen decisiones sobre la restricción de la libertad en sentido estricto, ya que tienen como presupuesto la existencia de una sentencia firme condenatoria que constituye el título legítimo de la restricción de la libertad del condenado, sin embargo afectan al valor libertad, en cuanto modalizan la forma en que la ejecución de la restricción de la libertad se llevará a cabo» (por todas, STC 320/2006, de 15 de noviembre, FJ 4).

Tal afectación al valor libertad determina que una resolución fundada en Derecho relativa a la suspensión requiere que el fundamento de la decisión no solo constituya una aplicación no arbitraria de las normas adecuadas al caso, sino también que su adopción esté presidida, más allá de la mera exteriorización de la concurrencia o no de los requisitos legales, por la expresión de la ponderación, de conformidad con los fines de la institución y los constitucionalmente fijados a las penas privativas de libertad, de los bienes y derechos en conflicto (entre otras muchas, SSTC 25/2000, de 31 de enero, FFJJ 2, 3 y 7, y 57/2007, de 12 de marzo, FJ 2).

El deber reforzado de motivación se traduce en materia de suspensión de condena en dos consideraciones de signo contrario: «Por un lado, en sentido negativo, se ha rechazado reiteradamente que la simple referencia al carácter discrecional de la decisión del órgano judicial constituya motivación suficiente del ejercicio de dicha facultad, en el entendimiento de que «la facultad legalmente atribuida a un órgano judicial para que adopte con carácter discrecional una decisión en un sentido o en otro no constituye por sí misma justificación suficiente de la decisión finalmente adoptada, sino que, por el contrario, el ejercicio de dicha facultad viene condicionado estrechamente a la exigencia de que tal resolución esté motivada, pues solo así puede procederse a un control posterior de la misma» (SSTC 224/1992, de 14 de diciembre, FJ 3; 115/1997, de 16 de junio, FJ 2; 25/2000, de 31 de enero, FJ 2; 163/2002, de 16 de septiembre, FJ 4, y 202/2004, de 15 de noviembre, FJ 3, entre otras).

Por otro lado, ya en sentido positivo, se ha especificado que el deber de fundamentación de estas resoluciones judiciales requiere la ponderación de las circunstancias individuales del penado, así como de los valores y bienes jurídicos comprometidos en la decisión, teniendo en cuenta la finalidad principal de la institución, la reeducación y reinserción social, y las otras finalidades, de prevención general, que legitiman la pena privativa de libertad (por todas SSTC 25/2000, de 31 de enero, FFJJ 4 y 7; 8/2001, de 15 de enero, FJ 3; 163/2002, de 16 de septiembre, FJ 4, y 202/2004, de 15 de noviembre, FJ 3)» (STC 320/2006, FJ 4).

Ciertamente, tal y como se afirma en la STC 32/2022, de 7 de marzo, FJ 4, «la doctrina anterior sobre motivación reforzada no alude de forma expresa a la revocación de la suspensión prevista en el actual artículo 86 CP, pero sin duda es extrapolable a ella, en tanto [...] se integra en el diseño legal de la institución (sección primera «De la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad» del capítulo III «De las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad y de la libertad condicional») como elemento estructural de esa forma sustitutiva y la decisión al respecto afecta a la libertad personal del sujeto, pues determina el modo de cumplimiento hasta el punto de determinar el ingreso en prisión.

En particular, las decisiones sobre revocación asentadas en la falta de pago de la responsabilidad civil que aquí interesan deben tener presente la doctrina constitucional relativa al papel que la capacidad económica del sujeto desempeña en este marco. Este tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse sobre ese papel en la configuración actual de la figura de la suspensión, fruto de la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, en el ATC 3/2018, de 23 de enero, que inadmite la cuestión de inconstitucionalidad planteada respecto al artículo 80.2.3 desde la perspectiva del derecho a la igualdad (art. 14 CE). El auto enlaza con la doctrina vertida en la STC 14/1988, de 4 de febrero, y el ATC 259/2000, de 13 de noviembre, donde se excluyó que la suspensión de la ejecución pueda subordinarse de forma absoluta al pago de la indemnización por responsabilidad civil (FJ 2 y FJ 3, respectivamente), debiéndose atender a la voluntad de no cumplimiento de quien pueda hacerlo como dato decisivo (ATC 259/2000, FJ 3). En consonancia con estas resoluciones, el ATC 3/2018 descarta la infracción del artículo 14 CE del nuevo diseño de la suspensión introducido por la Ley Orgánica 1/2015, situando precisamente en el momento de la revocación el juicio sobre la capacidad económica del penado. De conformidad con lo expresado por el legislador (preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015, IV), concluimos allí que la nueva regulación trata «de vincular la concesión de la suspensión, en todo caso y cualquiera que sea la situación económica por la que circunstancialmente pase el penado, a la asunción por parte del reo de su deber de resarcir a la víctima en la medida de sus posibilidades, de modo que dicho deber no desaparezca rituariamente al inicio de la ejecución de la condena, exigiéndose en todo momento una actitud positiva hacia el cumplimiento de la responsabilidad civil.

(.../...)

De acuerdo con lo expuesto, ni la suspensión ni la revocación pueden condicionarse al pago de la responsabilidad civil cuando es imposible ese pago. En especial, la motivación de las decisiones judiciales que revocan una suspensión deben tener presente esta regla en su examen de la concurrencia de los presupuestos legales de tal consecuencia, que a su vez la reflejan [art. 86.1.d) CP: «salvo que careciera de capacidad económica para ello»], junto con la ponderación de los bienes y derechos en conflicto de conformidad con los fines constitucionalmente fijados de las penas privativas de libertad y la orientación a la reeducación y reinserción social inherente a la figura de la suspensión como alternativa a los efectos contrarios de las penas privativas de libertad cortas»»

(STC 184/2023, de 11 de diciembre. Recurso de amparo 7685-2022. Ponente: D.^a Concepción Espejel Jorquera. BOE 18 de enero de 2024).

ARTÍCULO 88 (ANTERIOR A LA REFORMA OPERADA POR LO 1/2015)

Procedencia de aplicación de la sustitución de las penas a condenas por hechos anteriores a la reforma: vulneración a la legalidad penal por aplicación retroactiva ley penal desfavorable.

«La aplicación de la sobrevenida reforma del Código penal, por más que dicha reforma estuviera justificada para aumentar la eficacia de la justicia penal, podía suponer –al evitar una eventual sustitución de la pena de prisión– la imposición de una pena realmente más grave que la aplicable al tiempo de cometerse la infracción, sin que con su imposición se lograra satisfacer la finalidad de prevención general de

la pena, pues el delito ya se había cometido. Como se indica en la STEDH, de la Gran Sala, *Del Río Prada c. España*, la libertad de los Estados para modificar su política criminal debe respetar al hacerlo la absoluta prohibición de aplicación retroactiva del derecho penal cuando resulte desfavorable para el interesado (§ 116).

En tal sentido, el marco legal previsto en el momento de los hechos –modificado por la necesidad de aumentar la eficacia de la justicia penal– permitía –si el órgano judicial entendía que concurrían los requisitos del artículo 88 CP– que los recurrentes en lugar de cumplir la pena privativa de libertad impuesta por el delito de falsedad contable, tuvieran la posibilidad de cumplir una pena privativa de derechos junto con una pena de multa –de menor gravedad y carga aflictiva, así lo entendieron también los recurrentes– evitando de este modo un mayor tiempo de estancia en prisión. Dicha posibilidad, además, podía haber determinado la actitud procesal de los condenados y su posible línea de defensa ante los riesgos que les ocasionaba la pretensión de las acusaciones. No parece razonable que el tiempo de duración del proceso penal determinara cuál era la pena que los recurrentes debían cumplir.

El órgano judicial, al aplicar la reforma contenida en la Ley Orgánica 1/2015 a hechos anteriores, cercenó la exigencia de previsibilidad de los recurrentes frente a la reacción estatal, esto es, frente a la pena que realmente se les podía imponer. Estos no pudieron tomar en consideración, ni conocer, el cambio legislativo desfavorable que se avecinó, menoscabándose la garantía de predeterminación normativa de la pena que les amparaba».

(STC 54/2023, de 22 de mayo. Recursos de amparo 4728-2021 y 4730-2021 (acumulados). Ponente: D. César Tolosa Tribiño. *BOE* 24 de junio de 2023).

ARTÍCULO 134 (ANTERIOR A LA REFORMA OPERADA POR LO 1/2015)

Interrupción de la prescripción de la pena por solicitud de indulto. Aplicación analógica prohibida.

«a) La concreta regulación de la prescripción, del delito o de la pena, constituye una opción de política criminal del legislador y la apreciación de la prescripción en cada caso concreto es en principio una cuestión de legalidad ordinaria. No obstante, la decisión judicial que resuelva sobre la prescripción puede impugnarse a través del recurso de amparo por ignorar los términos de la norma aplicable o no ajustarse al canon de motivación constitucionalmente exigible.

b) Este tribunal debe examinar tal impugnación desde el derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), con repercusión en ambos casos en el derecho a la libertad personal (art. 17.1 CE) si se ve concernida una pena privativa de libertad. En tal caso, el control constitucional de la decisión judicial opera con el canon de motivación reforzada, que exige tanto la exteriorización del razonamiento por el que se estima concurrente –o no– el supuesto legal como el nexo de coherencia entre la decisión adoptada, la norma que le sirve de fundamento y los fines que la justifican.

c) En aplicación del parámetro reseñado, hay lesión de los derechos fundamentales en juego cuando la interpretación judicial de la norma reguladora de la prescripción, aunque no pueda ser tildada de irrazonable o arbitraria, lleva consigo, al exceder su más directo significado gramatical, una aplicación extensiva o analógica en perjuicio del reo. Más en concreto este tribunal viene declarando que las decisiones judicia-

les que aprecian la inexistencia de prescripción de la pena en virtud de una interpretación que introduce causas interruptoras de la prescripción no vistas en la norma legal aplicable vulneran el artículo 24.1 en relación con los arts. 25.1 y 17 CE (por todas, SSTC 97/2010, de 15 de noviembre, FFJJ 4 a 6; 63/2015, de 13 de abril, FFJJ 4 y 5, y 12/2016, de 1 de febrero, FFJJ 4 a 6).

d) La atribución de un efecto interruptor de la prescripción a la suspensión de la ejecución de la pena durante la tramitación de una solicitud de indulto en relación con la regulación del Código penal (art. 134) previa a la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, es uno de los supuestos en que este tribunal ha apreciado la lesión del principio de legalidad y del canon de motivación reforzada por no estar legalmente prevista esa causa interruptora (STC 97/2010, FJ 5). Se hacen eco de esta doctrina las SSTC 109/2013, de 6 de mayo; 152/2013, de 9 de septiembre; 187/2013, de 4 de noviembre; 192/2013, de 18 de noviembre, y 49/2014, de 7 de abril, así como las ya citadas SSTC 63/2015 y 12/2016. De manera específica hemos descartado que la suspensión de la ejecución de la pena ante la solicitud de un indulto, dado su carácter cautelar, tenga la misma naturaleza que la suspensión como forma sustitutiva de ejecución de la pena privativa de libertad y, en tal medida, que suponga un cumplimiento de la pena con efecto interruptor conforme a lo dispuesto en el artículo 134 CP originario (STC 81/2014, de 28 de mayo, FJ 3, *in fine*, y, posteriormente, SSTC 180/2014, de 3 de noviembre, FFJJ 2 y 3; 63/2015, FJ 4, y 12/2016, FJ 4).

(STC 64/2023, de 5 de junio. Recurso de amparo 1821-2022. Ponente: D. Ramón Sáez Valcárcel. *BOE* 14 de julio de 2023).

LEY ORGÁNICA 2/1979, DE 3 DE OCTUBRE, DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

ARTÍCULO 44.1A)

Agotamiento de la vía judicial previa. Incidente de nulidad de actuaciones.

«Este tribunal se ha manifestado reiteradamente acerca de la relevancia constitucional del incidente excepcional de nulidad de actuaciones tras la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional operada en virtud de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, como mecanismo de salvaguarda de los derechos y libertades fundamentales ante la jurisdicción ordinaria.

Dicha reforma, como rememorábamos en la STC 102/2020, de 21 de septiembre, «otorga un especial protagonismo a los tribunales ordinarios, acentuando su función como primeros garantes de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico [...] con el fin de lograr que la tutela y defensa de esos derechos por parte del Tribunal Constitucional sea realmente subsidiaria [...]. De esta forma, el incidente de nulidad de actuaciones asume, tras la configuración del nuevo amparo constitucional, una función esencial de tutela y defensa de los derechos fundamentales que puede y debe ser controlada por este tribunal cuando las hipotéticas lesiones autónomas que en él se produzcan tengan ‘especial trascendencia constitucional’, sin que pueda considerarse como un mero trámite formal previo al amparo constitucional, sino como un verdadero instrumento procesal que, en la vía de la jurisdicción ordinaria, podrá remediar aquellas lesiones de derechos fundamentales que no hayan podido denunciarse antes

de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario (por todas, SSTC 153/2012, de 16 de julio, FJ 3, y 65/2016, de 11 de abril, FJ 5). Ello nos ha llevado a afirmar que, para evitar que el recurrente quede sin ningún tipo de protección en aquellos casos en los que las vulneraciones en las que supuestamente incurriera la resolución impugnada a través del incidente de nulidad de actuaciones carecieran de trascendencia constitucional, el órgano judicial debe realizar una interpretación no restrictiva de los motivos de inadmisión, tramitar el incidente y motivar, en cualquier caso, suficientemente su decisión, pues las decisiones de inadmisión del incidente de nulidad de actuaciones cuando es procedente su planteamiento implican la preterición del mecanismo de tutela ante la jurisdicción ordinaria (STC 9/2014, de 27 de enero, FJ 3)» (FJ 4).

Además de lo anterior, también recordábamos en dicha sentencia que «a pesar de que el incidente de nulidad de actuaciones no constituye un recurso en sentido estricto, es un cauce procesal que, al tener por objeto la revisión de resoluciones o actuaciones procesales, debe ser enjuiciado desde el canon propio del derecho de acceso al recurso legalmente establecido (SSTC 57/2006, de 27 de febrero, y 157/2009, de 25 de junio, FJ 2). Por ello el Tribunal se ha de limitar a comprobar si la resolución de inadmisión está motivada y si ha incurrido o no en error material patente, en arbitrariedad o en manifiesta irrazonabilidad lógica, evitando toda ponderación acerca de su corrección jurídica (SSTC 258/2000, de 30 de octubre, FJ 2; 314/2005, de 12 de diciembre, FJ 3; 57/2006, de 27 de febrero, FJ 3; 22/2007, de 12 de febrero, FJ 4, y 9/2014, de 27 de enero, FJ 5)» (*ibidem*)».

(STC 134/2023, de 23 de octubre. Recurso de amparo 8144-2021. Ponente: D.^a Laura Díez Bueso. *BOE* 30 de noviembre de 2023).

Recurso ante desestimación de complejidad de la causa. Agotamiento de la vía judicial previa.

«Es necesario recordar nuestra doctrina relativa al carácter prematuro de las demandas de amparo, con referencia a la STC 103/2019, de 16 de septiembre, FJ 3, en que tuvimos ocasión de resolver un supuesto similar al presente en el que también se cuestionaba la errónea determinación del *dies a quo* del plazo de duración de la instrucción de seis meses.

En dicha sentencia, trayendo a colación las SSTC 62/2019, de 7 de mayo, FJ 3 y 30/2019, de 28 de febrero, FJ 2 a), recordábamos que «en este caso, como en el analizado en las SSTC 129/2018, 130/2018 y 131/2018, nos encontramos en un supuesto en el que se acude ante este tribunal por una aducida vulneración de derechos fundamentales producida en el seno de una causa penal que se hallaba en curso al presentarse la demanda. Tal circunstancia procesal, puesta en relación con la naturaleza y contenido del derecho fundamental alegado (art. 24.2 CE), impide entender satisfecha la previsión establecida en el artículo 44.1 a) LOTC, conforme a la cual es requisito de admisión del recurso de amparo, cuando se dirige contra actos de un órgano judicial, 'que se hayan agotado todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales para el caso concreto dentro de la vía judicial'. La jurisprudencia de este tribunal es clara y constante a este respecto. En los supuestos en que el proceso penal, del que trae causa la demanda de amparo, no haya concluido 'por decisión que se pronuncie sobre la condena o absolución, e incluso en los que la celebración del juicio oral no ha tenido lugar, resulta prematura la invocación de lesiones que podrían ser examinadas ulteriormente en el curso del proceso' (SSTC 73/1999, de 26 de abril, FJ 2; 76/2009, de 23 de marzo, FJ 3, y 78/2009, de 23 de marzo, FJ 2).

La razón, sustentada en la observancia del principio de subsidiariedad del recurso de amparo, es clara: ‘el marco natural en el que ha de intentarse la reparación del derecho constitucional vulnerado por la actuación del órgano jurisdiccional es el mismo proceso judicial previo, de tal modo que, en principio, solo cuando este haya finalizado por haber recaído una resolución firme y definitiva puede entenderse agotada la vía judicial y, consecuentemente, es posible acudir ante este Tribunal en demanda de amparo’ (STC 131/2018 y jurisprudencia allí citada)».

Debe insistirse, por lo tanto, en que no puede impetrarse directamente el amparo constitucional contra resoluciones recaídas en un proceso penal aún no concluido (ATC 169/2004, de 10 de mayo, FJ 1). Desde la STC 1/1981, de 26 de enero, hemos declarado que en esta sede constitucional solo cabe la protección de los derechos y libertades a que se refiere el artículo 53.2 CE «cuando las vías ordinarias de protección han resultado insatisfactorias» (STC 1/1981, FJ 2). Esta exigencia, conviene subrayarlo, no es un mero requisito de forma (ATC 3/1987, de 9 de enero, FJ 2), sino que responde a la naturaleza subsidiaria del recurso de amparo y a su carácter de protección extraordinaria o de vía «especial y extraordinaria» (STC 185/1990, de 15 de noviembre, FJ 4).

No obstante, esa regla general admite excepciones, que hemos analizado y catalogado en el citado ATC 169/2004, FJ 2 y, sintetizando lo expuesto en dicho auto, en las SSTC 76/2009 y 78/2009, FJ 3 y FJ 2 respectivamente. Se trata fundamentalmente de supuestos en los que aun sin haber concluido el proceso judicial, el seguimiento exhaustivo del itinerario procesal previo implicaría una injustificada perpetuación en el tiempo de la lesión del derecho fundamental o se consumaría definitivamente la violación, haciéndose imposible o dificultándose gravemente el restablecimiento *in integrum* por este Tribunal Constitucional del derecho fundamental vulnerado.

Así lo hemos entendido en relación con aquellas resoluciones que, por referirse a la situación personal del encausado, pueden afectar de manera irreparable a la libertad personal del mismo (STC 247/1994, de 19 de septiembre) o, incluso, si se habían acordado simplemente medidas cautelares no privativas sino restrictivas de la libertad personal (STC 236/2001, de 18 de diciembre, FJ 2). Otro supuesto que venimos admitiendo acontece cuando se produce un efecto actual o inmediato de la lesión denunciada, en las SSTC 161/1995, de 7 de noviembre; 27/1997, de 11 de febrero, y 18/2000, de 31 de enero –demanantes de recursos de amparo por infracción del derecho al juez legal (art. 24.2 CE) en que se reclamaba la actuación de la jurisdicción ordinaria frente a la jurisdicción militar– así lo apreciamos por cuanto se trataba de una infracción actual, entendida como aquella que «hace sentir sus efectos de inmediato –en todos y cada uno de los actos que lleve a cabo el juez– y por ello ha de ser denunciada cuando se produce y no cuando recae resolución que pone fin al proceso»; y ello, por cuanto, «obligar al particular a agotar la vía judicial ordinaria produciría una injustificada perpetuación en el tiempo de la lesión de su derecho fundamental o se consumaría definitivamente la violación, haciéndose imposible o dificultándose gravemente el restablecimiento *in integrum* por el Tribunal Constitucional del derecho fundamental vulnerado».

A los anteriores se suman los supuestos de resoluciones interlocutorias que infrinjan derechos fundamentales de carácter material (así, STC 27/1997, de 11 de febrero). Por su parte, la STC 71/1988, de 19 de abril, apreció que se había vulnerado el derecho de defensa por las resoluciones judiciales que denegaron el nombramiento de un intérprete solicitado por el abogado de oficio, pese a que el procedimiento penal en el que se dictaron tales resoluciones se encontraba en fase de instrucción; incluso suspendimos cautelarmente la tramitación de la causa penal (ATC 884/1987, de 8 de julio). Posteriormente, la STC 129/1993, de 19 de abril, apreció también la vulnera-

ción del derecho de defensa como consecuencia de no haber sido informado el recurrente de su condición de imputado y de los derechos que como tal le asistían, pese a que el juicio oral no había tenido lugar y cuya celebración suspendió el ATC 338/1990, de 29 de noviembre. En la STC 23/2008, de 11 de febrero, FJ 2, en la que señalamos que también «la revocación de una sentencia penal absolutoria habilitando la posibilidad de un nuevo enjuiciamiento constituye en sí misma gravamen suficiente para interponer el recurso de amparo, pues el contenido propio de este derecho es la prohibición del doble enjuiciamiento con independencia del resultado favorable o desfavorable del mismo (por todas, STC 4/2004, de 16 de enero, FJ 2)» y que «en casos de anulación de sentencias absolutorias con retroacción de actuaciones se puede o bien impugnar en amparo directamente dicha decisión, sin incurrir en falta de agotamiento, o bien esperar a que se dicte la nueva decisión por sí la misma fuera absolutoria, sin incurrir en extemporaneidad (STC 149/2001, de 27 de julio)».

(STC 101/2023, de 25 de septiembre. Recurso de amparo 462-2021. Ponente: D. César Tolosa Tribiño. *BOE* 1 de noviembre de 2023).

LEY ORGÁNICA 6/1985, DE 1 DE JULIO, DEL PODER JUDICIAL

ARTÍCULO 267

Recurso de aclaración.

«En lo que se refiere al recurso de aclaración regulado en el artículo 267 LOPJ, y en el orden procesal penal, en el artículo 161 LECrim, este tribunal ha dicho que se trata de una de las excepciones previstas en la ley al principio de intangibilidad de las resoluciones judiciales, y que constituye por ello un remedio de naturaleza excepcional, limitado a supuestos tasados, y de interpretación restrictiva.

No es una vía idónea para alterar elementos esenciales de la resolución judicial, «ya que el órgano judicial, al explicar el sentido de sus palabras, en su caso, o al adicionar al fallo lo que en el mismo falta, en otro, está obligado a no salirse del contexto interpretativo de lo anteriormente manifestado o razonado». No puede utilizarse «como remedio de la falta de fundamentación jurídica, ni tampoco para corregir errores judiciales de calificación jurídica o para subvertir las conclusiones probatorias previamente mantenidas, resultando igualmente inadecuada para anular y sustituir una resolución judicial por otra de signo contrario, salvo que excepcionalmente el error material consista en un mero desajuste o contradicción patente e independiente de cualquier juicio valorativo o apreciación jurídica entre la doctrina establecida en los fundamentos jurídicos y el fallo de la resolución judicial. No puede descartarse, pues, en tales supuestos, la operatividad de este remedio procesal, aunque comporte una revisión del sentido del fallo, si se hace evidente, por deducirse con toda certeza del propio texto de la sentencia, sin necesidad de hipótesis, deducciones o interpretaciones, que el órgano judicial simplemente se equivocó al trasladar el resultado de su juicio al fallo. En esta línea hemos señalado que cuando el error material que conduce a dictar una resolución equivocada sea un error grosero, manifiesto, apreciable desde el texto de esta, sin necesidad de realizar interpretaciones o deducciones valorativas, deducible a simple vista, en definitiva, si su detección no requiere pericia o razonamiento jurídico alguno, el órgano judicial puede legitimar y excepcionalmente proce-

der a la rectificación *ex* artículo 267 LOPJ, aun variando el fallo. Cosa distinta es que la rectificación, con alteración del sentido del fallo, entrañe una nueva apreciación de valoración, interpretación o apreciación en Derecho, en cuyo caso, de llevarla a efecto, se habría producido un desbordamiento de los estrechos límites del citado precepto legal y se habría vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva» (STC 289/2006, de 9 de octubre, FJ 3, y las citadas en la misma).

Los mismos límites se aplican a la vía de complemento de las resoluciones judiciales habilitada en el artículo 267.5 LOPJ, que no puede ser interpretada de manera extensiva para dejar sin efecto resoluciones judiciales «al socaire de una presunta situación de injusticia material» (STC 89/2011, de 6 de junio, FJ 4).

(STC 43/2023, de 8 de mayo. Recurso de amparo 2773-2022. Ponente: D. Enrique Arnaldo Alcubilla. *BOE* 12 de junio de 2023).

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SERGIO CÁMARA ARROYO

Profesor Contratado Doctor de Derecho Penal y Criminología (Acred. Titular)
UNED

ARTÍCULO 2.2 CP

Retroactividad de la ley penal más favorable: no es posible jurídicamente que la disposición transitoria quinta LO 10/1995, CP/1995, trascienda a la LO 10/2022, por lo que no existe limitación en la aplicación de esta Ley como norma más favorable en los términos que se establecen en los artículos 9.3 CE y 2.2 CP; al eliminarse en la LO 10/2022 la distinción entre agresión y abuso sexual ampliándose los límites mínimos de la agresión sexual, conlleva a valorar en la revisión las circunstancias como la violencia y la intimidación que en su momento no operaban en materia de individualización, por formar parte del tipo, pero que ahora sí podrían ser ponderadas al no constituir la violencia elemento integrante del tipo básico de agresión sexual.

La disposición transitoria quinta de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, es una norma de derecho transitorio y, por tanto, de carácter temporal, destinada a ser aplicada dentro del ámbito temporal previsto en la misma, esto es, a las revisiones de condena que se podían producir a raíz de la entrada en vigor del Código Penal aprobado mediante la citada ley orgánica. Regula una situación concreta de tránsito de un escenario jurídico a otro. Lo mismo sucede con las disposiciones transitorias contenidas en las LO 15/2003, 5/2010 y 1/2015, redactadas en los mismos términos que aquella y cuya aplicación quedó concretada a las situaciones que pudieran plantarse tras su entrada en vigor. Además, las normas contenidas en las citadas disposiciones transitorias suponen un límite al principio de retroactividad de la ley penal favorable, restringiendo la posibilidad de reducir la pena por el cambio de valoración en la nueva ley, motivo también por el cual no pueden ser aplicadas a situaciones distintas de aquellas a las que la norma se refiere.

A diferencia de aquellas, la Ley de Garantía Integral de la Libertad Sexual no contiene esa disposición transitoria que limita o modula los casos de posible revisión de condenas. Ello desde luego no puede ser subsanado a través de la exposición de

motivos de la LO 14/2022, de 22 de diciembre, la que no obstante contiene una disposición transitoria, la segunda, redactada en análogos términos a las de reformas anteriores. Tal posibilidad no solo resulta ajena a nuestra tradición legislativa, sino que tal exposición de motivos carece de fuerza normativa. Supone exclusivamente una exposición del contenido de la Ley que carece de contenido normativo alguno, pudiendo servir únicamente para ilustrar sobre cuál ha sido la intención del legislador. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en la sentencia núm. 170/2016, de 6 de octubre, señalando que «aunque los preámbulos o exposiciones de motivos de las leyes carecen de valor normativo (SS 36/1981, de 12 de noviembre; 150/1990, el 4 de octubre; 173/1998, de 23 de julio; 116/1999, de 17 de junio; y 222/2006, de 6 de julio), sirven, sin embargo, como criterio interpretativo de las disposiciones normativas a las que acompañan para la búsqueda de la voluntad del legislador (SSTC 36/1981, de 12 de noviembre; y 222/2006, de 6 de julio); esto es, sirven para efectuar una interpretación finalista (STC 83/2005, el 7 de abril; y 90/2009 de 20 de abril)».

Conforme a lo expuesto, podemos concluir estimando no es posible jurídicamente que la disposición transitoria quinta de la Ley Orgánica 10/1995, cuya aplicación es invocada por el Ministerio Fiscal, trascienda a la LO 10/2022. Por ello, no existe limitación a la aplicación de la norma más favorable que establecen los arts. 9.3 CE y 2.2 CP.

[...] la pena imponible resultante de la operación de revisión no puede determinarse atendiendo a criterios de proporcionalidad aritmética. Tampoco puede ser valorada absolutamente en abstracto, sino en concreto, es decir, pena que también resulte imponible en el caso enjuiciado, bajo un criterio de consideración de todos los elementos concurrentes, y teniendo en cuenta el criterio individualizador fijado por el Tribunal sentenciador en la resolución judicial precedente.

En todo caso, no puede olvidarse que, como se expresa en el Preámbulo de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, como medida más relevante en la modificación que se opera del Código Penal aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, se «elimina la distinción entre agresión y abuso sexual, considerándose agresiones sexuales todas aquellas conductas que atenten contra la libertad sexual sin el consentimiento de la otra persona, cumpliendo así España con las obligaciones asumidas desde que ratificó en 2014 el Convenio de Estambul».

Consecuencia de ello ha sido una ampliación de los límites, sobre todo mínimos, de las penas contempladas en los arts. 178 a 180 CP, en los que se engloban ahora las agresiones y los abusos sexuales que se diferenciaban en la anterior legislación.

Ello debe llevar ahora a valorar circunstancias (como la violencia y la intimidación) que en su momento no operaban en materia de individualización, por formar parte del tipo, pero que ahora sí podrían ser ponderadas al no constituir la violencia elemento integrante del tipo básico de agresión sexual en la LO 10/2022.

De esta forma, el nuevo tipo penal rebaja las penas, pero amplía las conductas castigadas introduciendo otras menos graves de forma que elementos que denotan mayor gravedad, dejan de ser inherentes al tipo (violencia o intimidación). En esos casos, la individualización con arreglo a la ley posterior no solo permite, sino que obliga pro racionalidad y por aplicación del artículo 66 CP a ponderar esos factores (violencia o intimidación) que determinan mayor gravedad para efectuar la individualización. Se trata de circunstancias que en la sentencia inicial no se podían tener en cuenta por contrariar el principio *ne bis in idem*. Pero en la revisión, al aplicar la ley posterior, deben ser ponderadas, conforme a lo dispuesto en el artículo 66 CP, por implicar que el hecho es más grave.

(STS 438/2023, de 8 junio).

Retroactividad de la ley penal más favorable: el artículo 2.2 CP no necesita complemento alguno, contiene una regulación bien explícita sin que advierta ninguna clase de laguna que exija acudir a una norma supletoria o a una interpretación pretendidamente analógica, menos todavía, cuando ésta pudiera resultar perjudicial para el reo.

A nuestro juicio, las disposiciones que condujeron el tránsito de la normativa pre-vigente al Código Penal aprobado en el año 1995, disciplinando los casos, modos y formas en que la regulación de este último podría considerarse o no favorable con relación a los sucesos acaecidos con anterioridad, hubieran sido éstos enjuiciados o no, no resultan aplicables aquí.

3. Resultan prescindibles ahora, a nuestro parecer, consideraciones vinculadas a la raíz constitucional del principio determinante del efecto retroactivo de las leyes penales que favorezcan al reo, expresamente proclamado, no siempre con idéntico anclaje normativo, por el máximo intérprete de nuestras garantías constitucionales.

Como lo es también invocar la referencia que a dicho principio se realiza en diversos textos internacionales que vinculan a España (art. 49 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea; o artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). No será preciso aquí profundizar en estas referencias normativas, ni en la concreta valoración de las mismas que han venido realizando tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, porque, naturalmente, se trata de consideraciones, bien conocidas, y plenamente asumidas, por el Ministerio Público, único recurrente aquí.

4. Sí importa considerar que los particulares efectos de dicho principio otorgan al legislador un cierto, aunque no ilimitado, margen de regulación. El eventual alcance de ese principio general y compartido de retroactividad de las normas sancionadoras favorables es hasta un cierto punto graduable. El legislador puede conferirle una extensión absoluta, sin matización alguna; o limitarlo con técnicas diversas. Así, por ejemplo, quedan fuera de su perímetro, en principio y como regla general, las denominadas «leyes temporales». Lo deja expresado de este modo y de manera inequívoca el último inciso del artículo 2.2 del Código Penal cuando señala: «los hechos cometidos bajo la vigencia de una ley temporal serán juzgados, sin embargo, conforme a ella, salvo que se disponga expresamente lo contrario». Esta peculiaridad normativa se entiende con facilidad si se repara en que, en tales casos, –leyes temporales–, el legislador no materializa un cambio de valoración en el reproche de determinadas conductas con vocación de permanencia, sino que, en atención a particulares circunstancias fácticas suficientemente justificadas y durante un período concreto, juzga preciso atemperar o agravar (incluso suprimir) la penalidad de determinados comportamientos durante el paréntesis temporal de su vigencia. No es el caso, por descontado, de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre.

Retomando el discurso, el legislador goza de cierta libertad y autonomía para modular el principio de retroactividad de la ley penal posterior favorable. Así lo ha hecho nuestro legislador con ocasión de varias reformas penales, estableciendo disposiciones transitorias que prevalecían, por su carácter especial, frente a la dicción del artículo 2.2 del Código Penal. La legitimidad convencional de ese tipo de limitaciones está reconocida por la jurisprudencia supranacional (significadamente por el TEDH), naturalmente para aquellos supuestos en que las mismas aparecen contempladas en la ley nacional.

Corresponde ahora reparar en la nuestra. El artículo 2.2 del Código Penal resulta articularmente respetuoso con el principio de retroactividad de las disposiciones

penales favorables. De forma indisimulada late en su decisión la idea de que, considerada la procedencia de reducir (por supuesto, también de suprimir) el reproche penal que merecen determinadas conductas, mantener el anterior respecto de supuestos cometidos al amparo de la vigencia de la norma previa (con imposición de sanciones o de sanciones más graves), incluso aun cuando estuvieran ya juzgados y se hallara el condenado cumpliendo condena, no resultaría compatible con el principio de necesidad de las penas ni con la exigencia de proporcionalidad de éstas, y vendría a constituir, en definitiva, una suerte de instrumentalización del ya condenado, sobre la base de valoraciones abandonadas por la comunidad (expresadas en la nueva ley), exigiendo, tercamente y con desconocida finalidad, con relación a dichos condenados el cumplimiento de una pena, –o de una magnitud de pena–, que ya se considera innecesaria; instrumentalización incompatible con la dignidad de la persona que constituye el fundamento de nuestro orden político y de la paz social (art. 10.1 de la Constitución española). La nueva ley proclama que el anterior castigo no se considera ya necesario, o que lo es en menor medida, mas se mantiene el cumplimiento de la sanción firmemente impuesta sin beneficio alguno para la comunidad y con un propósito que, en esas circunstancias, resulta difícil identificar.

En efecto, el artículo 2 del Código Penal, después de dejar sentado que no será castigado ningún delito con pena que no se halle prevista por ley anterior a su perpetración (principio de legalidad, que conlleva la radical prohibición de la aplicación retroactiva de normas desfavorables), establece también, en su número 2, que «tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena». No es el máximo grado de retroactividad posible, –hipotéticamente ésta podría extenderse también a la existencia de penas ya cumplidas, lo que no siempre sería una cuestión meramente simbólica, o a penados que no estuvieren, por cualquier razón, cumpliendo condena–, pero sí es alto.

5. Queda en manos del legislador en cada reforma penal dejar operar al régimen previsto, «por defecto», en el artículo 2.2 CP; o establecer normas específicas que podrían bien extender la eficacia retroactiva más allá de lo que se deriva del artículo 2.2 CP; bien restringirla. Nunca podrá llegar, eso sí, al punto de impedir que a los hechos anteriores pendientes de enjuiciamiento se les aplique la nueva legislación más beneficiosa (a salvo el caso de las leyes temporales).

6. A nuestro parecer, eso hizo el legislador mediante las disposiciones transitorias que acompañaban al Código Penal de 1995 y que disciplinaban el tránsito de uno a otro ordenamiento punitivo. Se sustituía un texto legal por otro de nueva planta, edificado muchas veces sobre instituciones diferentes y manejando piezas muy distintas (la más llamativa, aunque no la única, la supresión de la redención de penas por el trabajo con el consiguiente ajuste entre el valor «nominal» y el efectivo de la pena de prisión). Eso explica, en buena medida, la introducción de las disposiciones transitorias 2.^a y 5.^a del Código Penal de 1995. Se trata de leyes temporales en su sentido más estricto: venían a regular el tránsito de uno a otro Código y, por tanto, estaban llamadas a decaer, a quedar privadas de eficacia, en cuanto se culminase esa labor de revisión. Su ámbito de aplicación se ciñe, en consecuencia, a la adaptación de condenas dictadas conforme al Código TR de 1973 al Código de 1995. Incluso de su dicción literal se deriva esa característica. Reza la Disposición Transitoria Primera: «Los delitos y faltas cometidos hasta el día de la entrada en vigor de este Código se juzgarán conforme al cuerpo legal y demás leyes penales especiales que se derogan. Una vez que entre en vigor el presente Código, si las disposiciones del mismo son más favorables para el reo, se aplicarán éstas».

No están, desde luego, formalmente derogadas esas disposiciones. No era preciso como resulta de su naturaleza de normas temporales: la situación que disciplinaban ya es pasado y su eficacia normativa quedó agotada. No existía, además, en ellas una cláusula como la que acompañaba a las disposiciones transitorias del Código Civil, permitiendo su uso como reglas orientativas e inspiradoras.

Lo anterior no impide, sin embargo, que puedan ser aplicadas algunas de aquellas, no ya, en un sentido técnico, con carácter supletorio, sino integrador, –analógico, si así prefiere decirse–, en extremos, necesitados de regulación, pero huérfanos de previsiones específicas. Un ejemplo claro de ello resultaría lo relativo a cuestiones propiamente procesales: si una reforma penal carece de normas transitorias, como la producida por la LO 10/2022, podemos tomar como referencia la disposición transitoria de 1995 referente a los asuntos que en el momento de entrada en vigor de la nueva ley están pendientes de recurso, para establecer un modo de actuación y atenerse a lo que prevé (nuevo traslado a recurrente y recurridos para adaptación del recurso) en lugar de diferir la cuestión al órgano de instancia para que revise la pena, una vez resuelto el recurso limitándose el órgano *ad quem* a revisar la corrección de la condena conforme a la legislación anterior. Es lo que ha hecho esta Sala de casación con motivo de la reforma de la Ley Orgánica 10/2022, acudiendo a los criterios contenidos en aquella disposición transitoria, que rebosa razonabilidad, criterios que sirven para colmar la laguna advertida.

7. Ahora bien, en materia penal, sustantiva, esa aplicación mediante la herramienta exegética de la analogía (no es propiamente supletoriedad: contamos con una regulación expresa –artículo 2.2– que regula taxativamente la mayoría de las cuestiones sustantivas: en lo regulado ha de estarse a ella), solo está consentida (art. 4.1 CP) cuando se realizara *in bonam partem*, además de en lo puramente procesal. No cabe la analogía *in malam partem*. No es posible rescatar una norma perjudicial prevista para unos casos específicos, temporalmente acotados, rehabilitarla, y aplicarla a supuestos diversos.

Seguramente por ser muy consciente de ello, la documentada Circular 1/2023 de la Fiscalía General del Estado, que hemos examinado y analizado detenidamente y que constituye un valioso elemento para el estudio de esta temática, renuncia a ese tipo de argumentación.

Construye esa Circular su razonamiento desde otra palanca teórica: las disposiciones transitorias reflejarían lo que debe entenderse como interpretación auténtica del artículo 2.2 CP. Por tanto, no es que sean aplicables por analogía. Es que el artículo 2.2 CP, rectamente entendido, habría de llevar a las reglas que se extraen de ese coyuntural derecho transitorio. Después volveremos sobre ello. Ahora cumple abrir otro paréntesis para examinar el régimen transitorio de otras reformas del Código Penal.

8. El Código Penal de 1995 ha experimentado numerosas reformas. Demasiadas seguramente para lo que, según su exposición de motivos, ha de considerarse como una Constitución en negativo. La mayoría de esas reformas ha prescindido de consignar disposiciones transitorias específicas: había de estarse, sin más, a lo previsto en el artículo 2.2 CP. Otras –en general aquellas que representaban una modificación de numerosos preceptos sin limitarse a aspectos específicos y concretos– han incluido un régimen transitorio que, en lo sustancial, venía a reproducir el del originario Código Penal. Las reformas de 2003, 2010 y 2015 son las más significativas. Pero no todas las reformas penales han previsto un régimen transitorio similar. La mayoría no lo ha hecho. Basta citar, por referirnos a algunas que no son estrictamente puntuales, las Leyes Orgánicas 11/1999, de 30 de abril y 7/2012, de 27 de diciembre. En cualquier caso, la reiteración de una norma temporal en sucesivas reformas no acaba por otorgarle vigencia indefinida. Esto parece obvio. No podemos hablar de una ultraactividad

normativa, alcanzada a través de la mera repetición legislativa. Por otro lado, si dichas reformas legales, cuando lo consideraron preciso, reprodujeron el contenido de las transitorias incluidas en la ley que promulgaba el Código Penal de 1995, forzosamente ha de ser porque, en caso contrario, se comprendía que no serían aplicables.

Es verdad que algunas aisladas sentencias de esta Sala, que el Fiscal se ha preocupado diligentemente de identificar, parecen dar por aplicables esas normas transitorias a modificaciones que no las incorporaban. Pero al analizarlas se descubre enseguida que no era el argumento determinante de la solución. Era tan solo una razón colateral, a mayor abundamiento y en algún caso un *obiter dicta*, no acompañado de una reflexión detenida que se revelaba como innecesaria.

9. Recapitulando: la limitación razonable de los efectos derivados del artículo 2.2 del Código Penal en materia de retroactividad de disposiciones penales favorables es posible. Pero que sea una opción viable para el legislador no significa, naturalmente, que haya de sobrentenderse como adoptada por todos los legisladores penales pasados y futuros, que solo podrían apartarse de ella mediante una disposición expresa que dijese lo contrario o mediante la modificación del artículo 2.2 CP, proclamando que las sentencias firmes solo quedan afectadas cuando con arreglo a la nueva ley la pena sea imponible (aunque la pena impuesta fuese el mínimo de la anterior horquilla y ahora suponga el máximo del nuevo marco penal).

De hecho, en algunas de esas reformas sin disposiciones transitorias se ha procedido a algunas revisiones (aunque la tendencia más bien punitivista instalada en nuestros días provoca que haya muchas más reformas desfavorables que beneficiosas, no faltan algunas que han comportado ciertas reducciones penológicas: v.gr. reforma en 2012 de delitos tributarios) ignorando, en coherencia con lo hasta aquí dicho, el criterio de la disposición transitoria ahora invocada por el Fiscal.

Así, a nuestro parecer, el artículo 2.2 del Código Penal no necesita complemento alguno. Contiene una regulación bien explícita. No se advierte ninguna clase de laguna que exija acudir a una norma supletoria o a una interpretación pretendidamente analógica, menos todavía, cuando ésta pudiera resultar perjudicial para el reo.

[...] La Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre no comporta una pura y simple modificación de la nomenclatura empleada en los delitos contra la libertad sexual, pasando a denominar agresión sexual a cuantas conductas eran incluidas hasta entonces en la agresión y en el abuso. No se trata de una, insustancial, meramente simbólica, alteración nominal. Constituye, al contrario, un cambio de paradigma, una ruptura, —no hace falta añadirlo: legítima—, de nuestro sistema tradicional. Decidió el legislador, con carácter general, prescindir de los métodos empleados para el abordaje sexual incoercido (violencia, intimidación, abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, actos ejecutados sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusara o cuando, por cualquier causa, tuviera anulada su voluntad) como elemento discriminador de la gravedad de las conductas, pasando a considerar que, en todos los casos y cuando el consentimiento falta o ha sido obtenido de forma ilegítima, la pena abstracta asociada a dichas conductas, debía resultar idéntica: sancionada con una misma pena (abstracta).

No es solo, ni es tampoco lo principal, que todos estos comportamientos pasaran a denominarse ahora como agresión sexual, sino que, también cuando la misma comportara acceso carnal o introducción de miembros corporales u objetos en la forma descrita en el artículo 179 del Código Penal, todos ellos deberían ser castigados, como violación, con la pena de prisión de cuatro a doce años. Pena que, nuevamente con independencia de los medios empleados para cometer la agresión, se elevaría desde los siete a los quince años cuando, entre otras circunstancias, los hechos hubieran sido cometidos por la actuación conjunta de dos o más personas (art. 180.1).

Se establecía, como decimos, un cambio radical de modelo, que desplaza el núcleo de la antijuridicidad de la conducta a la ausencia de consentimiento válido, sean cualesquiera los métodos empleados en la agresión. No se trata, evidentemente, de que la ausencia de consentimiento no fuera, ya en el siglo pasado para no remontarnos más en el tiempo, el elemento definidor de los delitos contra la libertad sexual (es obvio, se comprende fácilmente, que las relaciones sexuales válidamente consentidas no resultaban típicas tampoco en la legislación derogada). Sin embargo, nuestro modelo tradicional, partiendo de que cualquier conducta que comportara la realización de actos sexuales no consentidos válidamente resultaba delictiva, imponía la necesidad de elevar la sanción (consideraba necesariamente más grave el delito) cuando dicha ausencia de consentimiento válido había sido producida como consecuencia de actos violentos o intimidatorios. Así, el artículo 178 del Código Penal, aplicado en la sentencia firme que aquí se revisó, sancionaba la conducta de quienes atentaran contra la libertad sexual de otra persona «utilizando violencia o intimidación» con una pena necesariamente más grave que la que resultaba impuesta a quienes, «sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento», realizaran actos que atentaran contra la libertad o intimidad sexual de otra persona (art. 181.1, del texto penal entonces vigente); mayor penalidad que, en atención al método empleado (violencia o intimidación), se proyectaba también a los supuestos en los que hubiera existido penetración (arts. 179 y 181.4).

En tal sentido, la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, no solamente supuso un cambio de paradigma punitivo con respecto a la regulación hasta ese momento vigente entre nosotros, sino que, puede decirse ahora, constituye un paréntesis, abierto y cerrado, en nuestros sucesivos textos penales. En efecto, la Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, rectifica nuevamente el modelo para volver a diferenciar ahora, –siempre, naturalmente, manteniendo como elemento axial la ausencia de consentimiento válido–, la respuesta punitiva en consideración al empleo de violencia o intimidación (actual redacción del artículo 178.3: «si la agresión se hubiera cometido empleando violencia o intimidación o sobre una víctima que tenga anulada por cualquier causa su voluntad», se impondrá una pena superior a la correspondiente para los demás tipos de agresiones sexuales. Esta nueva ley, hoy vigente, aun manteniendo la unificación en la nomenclatura (agresiones sexuales) y, por descontado, partiendo de la inexistencia de consentimiento válido, considera preciso, por lo que ahora importa, atender a los medios empleados para protagonizar la agresión, (a la violencia o intimidación por lo que ahora importa) para calibrar la magnitud de la pena correspondiente.

No es preciso observar, por su evidencia, que no compete a los Tribunales, y en consecuencia tampoco a este Tribunal Supremo, ponderar la bondad, la conveniencia, las virtudes o defectos de uno u otro sistema. Se trata de una decisión que en cualquier Estado de Derecho que pueda decirse tal corresponde adoptar al poder legislativo. Son las Cortes Generales, –a quienes en su condición de legislador se dirige, primera y principalmente, la exigencia de proporcionalidad–, las que deben valorar, en cada momento, la gravedad relativa de las distintas conductas que la ley incrimina y asociar a estas las penas abstractas (conformadas entre un mínimo y un máximo) que juzgue proporcionadas a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido. Es a partir de dicha decisión, y no cuestionándola o prescindiendo de ella, que los órganos jurisdiccionales deberán proceder, también desde luego atendiendo en la interpretación y aplicación de la norma a criterios de proporcionalidad, a individualizar, dentro del segmento punitivo que el legislador determinó, la pena concreta que corresponda al caso.

3. Aun cuando en el marco de la Academia se hayan escuchado algunas voces, ampliamente minoritarias, que pretenden ignorar la decisión del poder legislativo,

expresada en la Ley Orgánica 10/2022, sosteniendo, frente a toda evidencia, que cuando las conductas descritas en el artículo 178 y 179 del Código Penal, se hubieran cometido mediando violencia o intimidación, necesariamente habría de ser impuesta una pena superior a la mínima legalmente establecida (siete años, en el caso que ahora nos concierne, en aplicación del artículo 180.1.1.^a), al entender que el empleo de dichos medios convierte, necesariamente, en más grave el ataque contra la libertad sexual, lo cierto es que semejante tesis resulta por completo incompatible con la sosegada lectura del texto legal. Por otro lado, faltaría por esclarecer cuál resultaría entonces el (imaginativo) límite mínimo de la pena impuesta al delito de agresión sexual cuando hubiese mediado violencia o intimidación. En nuestro caso, más de siete años y menos de quince (¿ocho?, ¿diez?, ¿catorce?). Y falta también por determinar cuál sería el modo de establecer, en esa hipótesis, la pena correspondiente al delito continuado (cometido con violencia o intimidación), que debe determinarse en la mitad superior de la pena abstracta, o la que pudiera imponerse al cómplice o en los grados imperfectos de ejecución, que ha de partir de una reducción preceptiva desde la pena mínima. De algún modo, este tipo de razonamientos, que se realizan en la mayor parte de los casos desde la aparente defensa teórica del nuevo modelo, vienen, de manera incongruente, a negar sus consecuencias. El modelo nos dice: el empleo de violencia o intimidación no es necesariamente una conducta más grave en el marco de los delitos contra la libertad sexual. Lo estructuralmente relevante, también desde el punto de vista del injusto, es la imposición de conductas sexuales sin consentimiento o con un consentimiento viciado, cualquiera que sea el medio por el que el mismo se logre o concrete. Pero estas tesis replican, desde la aparente defensa del nuevo paradigma, cuando existe violencia o intimidación el ataque es siempre más grave (y necesariamente ha de asociársele una pena mayor) que es, precisamente, lo que el modelo niega.

Por descontado, no llega tan lejos el Ministerio Fiscal en su recurso, ni tampoco tenemos constancia de que lo haya hecho ningún órgano jurisdiccional de España, ni se adscriben a esta línea de razonamiento los magistrados/as discrepantes de esta decisión mayoritaria. Todos ellos aceptan que, —es imposible negarlo—, la pena mínima prevista para el delito que contemplan los arts. 178, 179 y 180.1.1.^a del Código Penal, en su redacción resultante de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, es la de siete años de prisión (cinco años menor que la establecida en los preceptos que aplicó la sentencia firme que aquí ha sido revisada). Desde ese límite mínimo deberá ser construida la pena asociada al delito continuado; así como desde allí se obtendrá la pena imponible al delito cometido en grado de tentativa o a título de cómplice. La totalidad de los operadores jurídicos citados, también el ahora recurrente, aceptan, en consecuencia, que resulta posible imponer la pena de siete años de prisión a quien, habiendo cometido los hechos por la actuación conjunta de dos o más personas, y mediando penetración, protagonizara un delito de agresión sexual, empleando violencia o intimidación. Esa es, no otra ninguna, la pena mínima prevista para dichos casos en la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre.

[...] 7. El Tribunal provincial operó, sin embargo, con el siguiente silogismo, también expuesto de forma simple: si aquellas razones vinculadas a la intensidad de la violencia desplegada por el autor no sirvieron, debidamente valoradas en su momento, para determinar una pena superior a la mínima legalmente establecida; y si dicha pena mínima ha sido sensiblemente reducida por quien ostenta para ello las competencias constitucionales, valorando que no resultaba necesario mantener, en este concreto caso, los muy superiores umbrales de la pena establecidos hasta entonces; con carácter general, el único modo de respetar (de no invadir) las competencias de las Cortes Generales para determinar la proporcionalidad de las penas asociadas a determinadas conductas lesivas, conduce a, partiendo de la individualización ya efec-

tuada en su día, reducir las penas impuestas hasta el nuevo límite fijado por la Ley Orgánica 10/2022.

Dicho de otra manera: si la mera existencia de un medio comisivo violento condujera a incrementar ese límite mínimo, estaríamos los Tribunales introduciendo por la ventana lo que el legislador había despedido por la puerta. Para este no resultaba necesario imponer, aunque la conducta fuera violenta, una pena superior a los siete años de prisión. Dicha pena resultaba proporcional, aunque hubiera habido violencia. Sin embargo, dicha decisión quedaría, evidentemente, desactivada, si en la aplicación, a nuestro parecer incorrecta, de dicha norma viniera a concluirse que la conducta violenta, a través de las normas de individualización de la pena, imponía invariablemente el establecimiento de una sanción superior. El nuevo modelo que la Ley Orgánica 10/2022 vino a establecer, quedaría, radical e indebidamente, frustrado. Pocos mantienen tal cosa, ya se ha dicho, y desde luego tampoco el Ministerio Público, aquí recurrente, ni los miembros del Tribunal que discrepan del parecer mayoritario. Pero sí entienden que la decisión del legislador, reduciendo sensiblemente el umbral mínimo de las penas imponibles para esta clase de conductas, permite reabrir un debate, ya cerrado en firme, para otorgar ahora a ciertos elementos o aspectos vinculados a la intensidad de la violencia, aptitud para justificar la elevación de dichos mínimos, aptitud que antes no tenía y ahora, por algún motivo recupera. Se trataría, se nos dice, de revisar no los hechos que se declararon probados, ni sus circunstancias, sino de valorar, revisar, enjuiciar nuevamente, algunas de las que ya entonces existían para otorgarles ahora una potencialidad que antes no tuvieron.

¿Por qué razón? ¿Porque existió violencia? Ya hemos dicho que no es esto. El recurrente admite que el tipo penal aplicado ya contempla el posible empleo de la violencia como método para perpetrar la agresión sexual. Lo mismo que contempla también otros (por ejemplo, el abuso de superioridad). En uno y otro caso la pena abstracta establecida es la misma. Tan incompatible resultaría con el modelo propuesto por la ley orgánica 10/2022, incrementar las penas mínimas solo por el concurso de una conducta violenta que considerar inaplicable la pena máxima solo porque no hubiera existido. Esto impugnaría el modelo legal.

Se acepta entonces que, aunque, en ciertos casos (muchos o pocos), el concurso de una conducta violenta no impediría la imposición de la pena en su mínima extensión legalmente prevista, en este caso en concreto, la magnitud, intensidad o características de la violencia empleada, sobre la base de elementos ya tomados en cuenta en la sentencia firme, debe servir ahora, –¿por qué no entonces?–, para incrementar la pena. Y solo acertamos a identificar una respuesta: antes no porque la pena mínima legalmente prevista era más alta (doce años) y el recurrente considera que eso colmaba las exigencias de proporcionalidad. Pero no ahora, cuando el legislador ha resuelto reducir ese límite penal mínimo –siete años–, y legítimamente habrá quien considere, parece ser el caso del recurrente y de los miembros de este Tribunal que disienten del parecer mayoritario, que dicha pena resulta insuficiente, desproporcionadamente baja.

Por descontado, el debate es sugerente. Y no solo para los operadores jurídicos. También la ciudadanía se ha implicado en el mismo desde posiciones no coincidentes, más o menos partidarias del incremento o disminución de las penas en el contexto de los delitos contra la libertad sexual. Pero es un debate en el que los Tribunales no debemos mediar. No somos competentes para ello. La determinación de las penas que se reputan proporcionadas a los diferentes ataques que lesionan o ponen en peligro los bienes jurídicos esenciales para el desarrollo de la convivencia y que el Derecho Penal trata de proteger, corresponde, no de forma ilimitada pero sí muy amplia, se ha dicho ya, a las Cortes Generales. Y les corresponde también definir las concretas caracterís-

ticas de estos ataques, qué elementos resultan esenciales y cuáles otros no determinan, por sí, un incremento o una disminución de las sanciones penales escogidas. Y los debates político criminales que a estas cuestiones conciernen tienen, en democracia, su espacio propio. No es el de los Tribunales de Justicia.

8. También hay razones de diferente naturaleza que abogan por la desestimación del presente recurso. Es obvio que la reevaluación de la pena que en el mismo se postula debería tener en cuenta no una sola de las circunstancias del hecho, sino todas las que pudieran aparecer como relevantes. Y también las circunstancias personales del autor (¿incluso aquellas de las que pudiera hacerse acopio con posterioridad a la sentencia firme?). Tanto significaría lo anterior como pretender que la modificación normativa que se contiene en la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, o cualquiera otra que pudiera producirse en el futuro, comporta la necesidad de una reevaluación, un nuevo juicio acerca de elementos (como la intensidad de la violencia u otros semejantes) que ya pudieron ser valorados, y lo fueron, al tiempo de ser dictada la sentencia firme. Todo ello por el cauce, además, de un incidente de revisión de sentencia, con respecto al cual ni siquiera se cuenta con normas procesales precisas de desarrollo, sin necesidad de oír personalmente al condenado (el artículo 2.2 del Código Penal solo parece exigir su audiencia en el caso de duda sobre la determinación de la ley más favorable) y, desde luego, sin posibilidad alguna de proponer y practicar medios de prueba complementarios.

[...] Como hemos señalado también, en innumerables oportunidades, el que no se hallaran razones (y en la sentencia firme cuya revisión se acuerda no fueron halladas) para imponer una pena por encima de su límite legal mínimo, es ya una buena razón para no sobrepasarlo.

10. Una reflexión final: sería preferible no frivolarizar con la pretendida lenidad del ordenamiento jurídico penal, con la también denostada insuficiencia de las reacciones punitivas o con la recurrente invocación a la necesidad de endurecer e incrementar la respuesta penal. Con independencia de que casos habrá en los que un incremento relativo de las penas asociadas a determinadas conductas pudiera ser conveniente, —como también sucederá seguramente lo contrario, tal vez en más oportunidades—, tras la revisión de la pena inicialmente establecida en este caso se imponen al condenado un total de quince años de prisión. Cierto que la reducción es sustancial comparada con la establecida en la sentencia que se revisa (cinco años menos de prisión, por efecto de lo establecido en el artículo 76 del Código Penal).

Como se sabe, quince años de prisión es el límite máximo previsto por el legislador para el autor de un delito consumado de homicidio doloso y también son quince años el límite inferior de la pena prevista para el autor de un delito, consumado y doloso, de asesinato.

No advertimos así ni que la decisión de la Audiencia Provincial que aquí se recurre resulte arbitraria, carente de fundamento o contraria a precepto legal alguno.

Es mera y razonable consecuencia de la nueva desvalorización de las conductas realizada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, en el ámbito de los delitos contra la libertad sexual y del nuevo modelo que la misma promovió para estructurar su punición. Tampoco se evidencia una ausencia de proporcionalidad censurable en términos constitucionalmente relevantes.

[...] La Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre determina, en el nuevo artículo 192.3 que la autoridad judicial impondrá a las personas responsables de los delitos comprendidos en el Título VIII (delitos contra la libertad sexual), sin perjuicio de las penas que correspondan con arreglo a los artículos precedentes, una pena de inhabilitación especial para cualquier profesión, oficio o actividades, sean o no retribuidas, que conlleven contacto regular y directo con personas menores de edad, por

un tiempo superior entre cinco y veinte años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en la sentencia, si el delito fuere grave, y entre dos y veinte años, si fuera menos grave.

Por esa razón, la Audiencia Provincial en el auto que acordó revisar la sentencia firme, auto recurrido aquí, además de rectificar la extensión de las penas privativas de libertad impuestas en aquélla, debió también imponer esta pena accesoria, habida cuenta del carácter preceptivo de la misma para supuestos como el presente («impondrá», establece taxativamente el precepto penal referido).

Naturalmente, nada hay en ello que pudiera vulnerar el principio acusatorio.

Desde luego, la acusación se formuló de acuerdo con la legislación vigente al tiempo de producirse los hechos (que no contemplaba dicha sanción accesoria). Sin embargo, promovida, –por definición en eventual beneficio del condenado–, la posible revisión de la condena como consecuencia de la entrada en vigor de un nuevo texto legal más favorable, dicha calificación solo podrá alcanzarse a partir de las consecuencias jurídicas que la nueva norma anuda a la conducta ya enjuiciada, tomando aquella en su totalidad. Cuando la naturaleza de las penas, como en este caso, no resultara, total o parcialmente, idéntica (añadiéndose, como aquí, una pena privativa de derechos a la privativa de libertad), es el conjunto de dicha sanción el que deberá ser ponderado, la norma completa, para determinar cuál dentro de las concurrentes merece calificarse como más favorable, siempre naturalmente con audiencia del reo, en particular cuando pudieran existir dudas a ese respecto. La norma más favorable ha de resultar de la comparación completa de las concurrentes, aplicando en su totalidad la que resulte más beneficiosa, sin que pueda crearse una tercera norma, artificial e inexistente, formada con la aplicación parcial de los aspectos más favorables de una y otra.

Del mismo modo, es claro que no se vulnerarían las exigencias derivadas del principio acusatorio cuando, por hipótesis, la nueva ley sustituyese una pena privativa de libertad por otra de diferente naturaleza (por hipótesis, privativa de derechos o de carácter pecuniario), por la que, evidentemente y por no existir entonces no se formuló acusación.

(STS 523/2023, de 29 junio).

Retroactividad de la ley penal más favorable: no es posible jurídicamente que la disposición transitoria quinta LO 10/1995, CP/1995, trascienda a la LO 10/2022, por lo que no existe limitación en la aplicación de esta Ley como norma más favorable en los términos que se establece en el artículo 2.2 CP. La determinación de la norma más favorable debe realizarse valorando en su conjunto las normas penales de una u otra ley; se tendrán en cuenta los mismos criterios de individualización que se manejaron por el Tribunal sentenciador al imponer la pena objeto de revisión y debe ejercer el TS un control de proporcionalidad para determinar si la pena efectivamente impuesta es proporcionada a la gravedad del injusto de acuerdo con los parámetros de la nueva norma y las circunstancias valoradas por el tribunal sentenciador.

En nuestro ordenamiento jurídico el citado principio tiene reconocimiento legal expreso en el artículo 2.2 del Código penal en el que se dispone que «tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque el entrar en vigor

hubiere recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumplimiento condena». [...] El artículo 2.2 CP citado plantea el problema de determinar en qué casos una norma penal es más favorable que la precedente.

Desde el punto de vista constitucional y convencional sólo hay una barrera que el legislador no puede sobrepasar por tener su reconocimiento en los preceptos supranacionales que hemos mencionado: no cabe imponer que unos hechos delictivos se enjuicien aplicando la ley vigente en el momento de su comisión cuando esa ley ha sido sustituida por otra que contiene una valoración axiológica que mengua el disvalor que se atribuía a esa conducta por establecer una pena inferior o por negar su relevancia penal. Sólo quedan fuera de esa regla las leyes temporales, a las que se refiere específicamente el artículo 2.2 CP, porque la nueva ley penal en este tipo de casos obedecerá no a un cambio de valoración sino de las circunstancias fácticas.

Fuera de este límite el legislador tiene libertad para modular el principio de retroactividad de la ley penal más favorable.

Ha sido habitual que en algunas de las reformas del Código Penal se establezcan normas de derecho transitorio para regular esta cuestión, pero en el caso de la reforma introducida por la Ley Orgánica 2(sic)/2022, de 6 de septiembre, el Legislador no estableció previsión alguna, lo que nos sitúa en el dilema de determinar si, ante ese vacío normativo, pueden aplicarse las disposiciones transitorias de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, ley que alumbró el actual Código Penal.

[...] Es cierto que el criterio de revisión establecido en dichas disposiciones fue similar al utilizado en los Códigos Penales de 1932 y 1944, en reformas legislativas anteriores a 1995 (la Ley 3/1967, de 8 de abril, en la Ley 23/1976, de 19 de julio, en la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio; y también en la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, de Código Penal Militar) y también en reformas posteriores como las introducidas en las leyes orgánicas 5/2010, de 22 de junio y 1/2015, de 30 de marzo (Disposición Transitoria 2.^a). Sin embargo, el hecho de que se hayan reiterado las normas de derecho transitorio para modular la aplicación del principio de retroactividad de la norma penal favorable no permite sostener la vigencia de la Disposiciones Transitorias de la Ley Orgánica 10/1995, ni de ninguna de las leyes posteriores, porque, por su propia naturaleza una norma de esta clase tienen como objetivo resolver el tránsito de una ley a otra, de lo que se infiere que es norma con una vigencia temporal, limitada a la resolución de las controversias que se produzcan en el cambio legislativo para el que son promulgadas.

Eso es lo que explica que en sucesivas reformas, cuando lo ha considerado oportuno, el Legislador ha incorporado de forma expresa normas de derecho transitorio. Tal es el caso, por ejemplo, de las importantes reformas operadas por las Leyes Orgánicas 5/2010, de 22 de junio y 1/2015, de 30 de marzo, que incorporaron una disposición transitoria segunda, de idéntico contenido, estableciendo los criterios interpretativos para proceder a la revisión de sentencias firmes o en la más reciente reforma del Código Penal, introducida por la Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril.

Entendemos, por tanto, que no procede la aplicación directa de la Disposiciones Transitorias (2.^a y 5.^a) de la LO 10/1995 y tampoco su aplicación analógica porque, en la medida que limitan las posibilidades de revisión, su aplicación supondría una analogía contraria a reo, prohibida por el artículo 4.1 del Código Penal y 4.2 del Código Civil.

Sin embargo, si pueden servir de reglas orientadoras para la interpretación del artículo 2.2 CP e incluso sería factible su aplicación analógica para extremos no limitativos de las posibilidades de revisión, necesitados de regulación pero huérfanos de previsiones específicas como los relativos a cuestiones procesales.

[...] A falta de norma de derecho transitorio aplicable, resulta obligado precisar qué criterios han de seguirse en la revisión de sentencias firmes.

(i) Para establecer cuál es la disposición más favorable, habrá de tenerse en cuenta la pena que corresponde al hecho enjuiciado con la aplicación de las normas completas de una u otra ley ya que no es aceptable un análisis fragmentado con la pretensión de tomar en consideración las disposiciones más ventajosas de la nueva norma. El análisis debe ser de la totalidad de las disposiciones de una y otra norma ya que, de no hacerse así, no se estaría haciendo una valoración comparativa de las dos legislaciones.

Se trata de un criterio que debe aplicarse con independencia de que exista o no norma que así lo proclame ya que elementales razones de coherencia y racionalidad exigen que la determinación de la norma más favorable debe realizarse valorando en su conjunto las normas penales de una u otra ley. El Tribunal Constitucional en una sentencia ya lejana, justificó las razones de este criterio interpretativo. En la STC 131/1986, de 29 de octubre, declaró que «no es aceptable, por tanto, y así lo ha dicho este Tribunal en el Auto 369/1984, de 24 de junio, utilizar el referido principio (retroactividad de la ley penal más favorable) para elegir, de las dos leyes concurrentes, las disposiciones parcialmente más ventajosas, pues en tal caso, el órgano judicial sentenciador no estaría interpretando y aplicando las leyes en uso correcto de la potestad jurisdiccional que le atribuye el artículo 117.3 de la CE, sino creando con fragmentos de ambas leyes una tercera y distinta norma legal con invasión de funciones legislativas que no le competen».

(ii) La revisión de una sentencia firme opera con dos magnitudes diferentes: Por un lado, una pena impuesta en función de un marco normativo determinado (tipo penal más reglas de determinación de la pena) y en función de una individualización judicial, que ha tenido en cuenta un conjunto de circunstancias sujetas al libre arbitrio judicial. Por esa razón, para proceder a la revisión deberá desplegarse una labor de individualización de la pena que se ajuste al nuevo marco de punición y a sus reglas de dosimetría, aplicando además elementos particulares de individualización que estén expresamente recogidos en la sentencia que se revisa, siempre que hayan sido objeto de debate contradictorio y puedan tener proyección sin quebranto del *bis in idem*. Así lo exige el principio de concreción que expresó aplicable la Gran Sala del TEDH con ocasión de la opinión consultiva reclamada por el Tribunal Constitucional de Armenia (segunda opinión emitida por el TEDH tras la entrada en vigor del Protocolo número 16 al Convenio).

(iii) Por último, debe hacerse un control de proporcionalidad para determinar si la pena efectivamente impuesta es proporcionada a la gravedad del injusto de acuerdo con los parámetros de la nueva norma y las circunstancias valoradas por el tribunal sentenciador. Así en la STS 266/2013, de 19 de marzo, este tribunal declaró que «el principio de proporcionalidad impone una interpretación menos literal y formalista de la expresada Disposición Transitoria Segunda, que, al exponer que en las penas privativas de libertad no se considerará más favorable esta Ley cuando la duración de la pena anterior impuesta al hecho con sus circunstancias sea también imponible con arreglo a esta reforma del Código, se ha de interpretar en el sentido de que la pena imponible resultante de tal operación de revisión no puede ser valorada absolutamente en abstracto, sino en concreto, es decir pena que también resulte imponible en el caso enjuiciado, bajo un criterio de consideración de todos los elementos concurrentes, y teniendo en cuenta el criterio individualizador fijado por el Tribunal sentenciador en la resolución judicial precedente (STS 884/2011, de 22 de julio, entre otras).

Y es el principio de proporcionalidad el que ha de servir de parámetro fundamental para determinar si la nueva norma es o no más favorable que la precedente. La

penalidad imponible no puede ser considerada bajo criterios exclusivamente abstractos. La pena debe ser medida con todas sus circunstancias que no debe ser otras que las tenidas en consideración en la sentencia que se revisa.

(STS 569/2023, de 7 julio).

Retroactividad de la ley penal más favorable: aplicación retroactiva de la LO 10/2022 en su conjunto, por lo que si se rebaja la pena de prisión, debe aplicarse la pena de inhabilitación del artículo 192.3 CP.

1. Se recoge en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, que reformó el Código Penal tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 10/2022, que es objeto de la primera garantizar la protección de las víctimas y evitar el efecto no deseado de aplicación de las penas mínimas que se fijaron en la Ley Orgánica 10/2022.

Ello supone un reconocimiento al establecimiento en esta última norma de la LO 10/2022 de una bajada de las penas mínimas que estaban introducidas en el Código Penal y que han sido modificadas en la Ley Orgánica 4/2023 con el fin expuesto en la Exposición de Motivos de que es importante blindar la ley en favor de las víctimas y evitar el efecto no deseado de una posible aplicación de las penas mínimas de los nuevos marcos penales.

Ello determina de nuevo la subida en la Ley Orgánica 4/2023 de las penas mínimas que se fijaron en la Ley Orgánica 10/2022, y que ha determinado que en los casos de que la pena impuesta sea la mínima de la anterior redacción del Código Penal se hayan fijado penas mínimas más bajas en la Ley Orgánica 10/2022, y que a la hora de ponderar si son más beneficiosas las mínimas de esta norma que la anterior del texto penal siempre tienen que operar en beneficio del reo, lo que constituye una actuación del tribunal revisor de obligado cumplimiento si el legislador baja las mínimas imponibles.

2. Se fija también en la Ley Orgánica 4/2023, que el objetivo de la misma es que en casos graves no se impongan penas bajas para referirse a las mínimas que rebajó la Ley Orgánica 10/2022.

3. Con ello, lo que resulta evidente es que la Ley Orgánica 4/2023 ha venido a paliar el problema originado por el establecimiento de penas mínimas más bajas que el anterior Código Penal y que ha provocado una bajada de penas en beneficio del reo siempre cuando el tribunal de enjuiciamiento haya puesto la pena mínima al entender que no concurre el requisito de la gravedad del hecho a la hora de individualizar la pena.

Así, en beneficio del reo, si la norma penal modificada en la Ley Orgánica 10/2022 rebaja la mínima que sirvió de baremo por abajo en la horquilla punitiva para la imposición de la pena, ello determina a las claras que fue esa la voluntad y espíritu del legislador en beneficio del reo.

De esta manera, si el legislador de la Ley Orgánica 10/2022 quiso rebajar las penas e imponer una pena mínima más baja en determinados tipos penales, la individualización judicial de la pena fijada por el tribunal sentenciador al mínimo conlleva que si la reducida gravedad del injusto supone la aplicación de la pena imponible en la mínima y la reconsideración de la pena fijada en la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 10/2022 supone una reducción de ese mínimo imponible deba aplicarse esa pena mínima nueva que fija la reforma penal ante la menor gravedad del injusto cometido por el autor del delito.

4. Se reconoce, también, en la Exposición de Motivos el carácter irreversible de la Ley Orgánica 10/2022, en tanto en cuanto los efectos provocados por la misma determinan la necesidad de la retroactividad de la citada normativa, en virtud del principio de la retroactividad de la norma más favorable y del artículo 25 de la Constitución, así como del artículo 9.3 de la Carta Magna y artículo 2.2 CP.

5. Se trata, con todo ello, de mantener la mínima impuesta si el tribunal de enjuiciamiento fijó la mínima imponible y el análisis acerca de cuál es la aplicación penológica de la reforma penal al mismo hecho en la imposición de la pena mínima.

6. También, en los casos de rebaja de penas, tanto se trate de revisión como de casos no enjuiciados pendientes de sentencia, recursos de apelación o casación la imposición de la pena más favorable con arreglo a los criterios de la Ley Orgánica 10/2022 llevará aparejada la imposición de la pena del artículo 192.3 CP. Se trata, pues, de aplicar el bloque completo de la LO 10/2022 si se aplica la rebaja de la pena.

7. Fuera del marco de la pena mínima que se modifica en la LO 10/2022 en los supuestos indicados, si la pena fuera impuesta por el tribunal de enjuiciamiento por determinar el análisis de la gravedad del injusto que no mereciera la imposición de la pena mínima a imponer según la horquilla del arco de la pena fijado por la Ley en cada caso, determinará que la pena se considera ajustada al marco legal y no se revisa. Por ello, en algunos casos podría haber la circunstancia de que la pena mínima fijada en sentencia no se adapte a la pena mínima de la LO 10/2022 en base a la motivación individualizada al caso concreto por el que se entienda que no merece una mayor rebaja penal por las circunstancias concurrentes y la gravedad del caso concreto.

8. No es aplicable la DT 5.ª CP de 1995 y que la revisión de la pena impuesta ha sido acorde a la interpretación jurisprudencial.

[...] Con respecto a la aplicación del artículo 192.3 CP debe estimarse este motivo en cuanto a que sobre la obligatoriedad de la imposición de dichas penas, la STS 930/2022 al aplicar la nueva redacción de la ley, señaló: «Hay que tener en cuenta que la aplicación de la LO 10/2022 debe serlo en su conjunto, y si se rebaja la pena de prisión en un año a la que le correspondería debe aplicarse la accesoria prevista en el actual esquema normativo, que lo es la del actual art 192.3 párrafo CP».

Y, en consecuencia, ya hemos expuesto que entendemos más gravoso para el penado un año de privación de libertad que la mencionada privación de derechos.

Por ello es más beneficioso reducir la pena privativa de libertad, pero aplicando el conjunto de la reforma penal y se trata, así, de aplicar el artículo 192.3 CP de una pena que es preceptiva en su imposición y en el conjunto de las penas impuestas es más gravoso la privación de libertad, por lo que le beneficia la bajada de un año de la pena privativa de libertad, aunque en el conjunto deba aplicarse la pena de inhabilitación del artículo 192.3 CP.

Más recientemente la STS 204/2023, de 22 de marzo, recuerda queda aplicación de la LO 10/22, debe serlo en su conjunto y que si se rebaja la pena de prisión en aplicación de la LO 10/22 debe aplicarse la pena del artículo 192.3 del Código Penal.

(STS 587/2023, de 12 julio).

ARTÍCULO 22.4 CP

Asesinato por razones de género: para la aplicación de discriminación por razones de género es necesario que los actos ejecutados manifiesten el menosprecio con el que se trata a la mujer o la humilla-

ción o sometimiento al que se la somete, por el mero hecho de ser mujer y subjetivamente basta con el conocimiento del significado de su conducta en esos aspectos, que pone de relieve su convencimiento respecto de su superioridad como consecuencia del género al que pertenece la víctima, no siendo necesario que sean pareja los sujetos.

La construcción de los hechos probados permite la subsunción de los hechos en el tipo penal y la agravación de género *ex* artículo 22.4 CP, por cuanto del relato de hechos probados se desprenden como circunstancias habilitantes para la construcción de la agravante de género los siguientes parámetros:

1. Que la ejecución del hecho esté construida, o basada, en una pretensión de ataque del hombre sobre la mujer por el hecho de ser mujer. 2.– La agravante de género se puede aplicar, incluso, cuando sujeto activo y pasivo no sean pareja siguiendo los criterios del Convenio de Estambul. 3.– La agravante de género tiene un sustrato del desprecio a la mujer por ser mujer. Quiso acabar con la vida de las mujeres y solo de ellas por razón de género. 4.– El hecho probado recuerda que «El acusado realizó los hechos por motivos de género o sexo, dado que solo quería matar, de forma exclusiva, a las mujeres de la familia de Verónica, pero no a los hombres». 5.– El ataque y la forma de ejecutar el hecho que lleva aparejada la agravante de género lleva tras de sí un sustrato de jerarquización del autor y subordinación de la mujer. 6.– La agravante de género en delitos de asesinato, homicidio, o formas imperfectas de ejecución supone un intento de subyugación de la mujer al hombre. Mató a las mujeres por el hecho de ser mujeres. No a los hombres. Las culpabilizó por el hecho de ser mujeres, y lo que es más importante, las mató por tener las víctimas esa condición, no por otras razones personales en las que fuera irrelevante la condición de ser mujer. Era el factor relevante ser mujer y por eso las elige a ellas y las mata por su condición femenina.

Sobre la agravante de género existe una doctrina de la Sala reiterada en orden a fijar como características las siguientes que ha fijado esta Sala de forma reiterada: 1.– La agravante de género del artículo 22.4 CP pueda aplicarse también aisladamente si el ataque se hace a una mujer con la que el sujeto activo no tiene ninguna relación de pareja o ex pareja, pero se pueda desprender de la prueba practicada que se ha realizado el ilícito penal con actos que implican dominación del hombre hacia una mujer por el hecho de ser mujer. (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 351/2021 de 28 Abr. 2021, Rec. 10643/2020). 2.– Como ya dijimos en nuestra STS 1177/2009, de 24 de noviembre, interpretando preceptos penales específicos de género, se comete esta acción cuando la conducta del varón trata de establecer o mantener una situación de dominación sobre la mujer colocando a ésta en un rol de inferioridad y subordinación en la relación, con grave quebranto de su derecho a la igualdad, a la libertad y al respeto debido como ser humano en sus relaciones sentimentales. 3.– El fundamento de la agravante se ubica en la mayor reprochabilidad que supone que el autor cometa los hechos contra una mujer por el mero hecho de serlo y en actos que implican, o llevan consigo, actos que evidencian un objetivo y fin de sentirse superior a la misma entendemos que no puede existir una exclusión por la circunstancia de que entre el sujeto activo y pasivo del delito no exista una previa relación sentimental, tanto actual o pasada. Porque el ilícito penal que se cometa se asienta sobre la consideración de un trato desigual, precisamente por su diferente sexo, y en este supuesto, diferencia por razón de ser la víctima mujer, pero sin el aditamento de que sea pareja del agresor, o su ex pareja, sino esencial y únicamente por ser mujer, y en el entendimiento para el agresor de la necesidad de sumisión y obediencia, que lleva a sentir a la víctima ser una

pertenencia o posesión en ese momento del agresor, llegando a desconocerse las condiciones de igualdad que entre todos los seres humanos debe darse y presidir las acciones de los unos para con los otros. Con ello, a los elementos ya expuestos de dominación y machismo en el acto ilícito penal añadimos el de la desigualdad en los actos que lleva consigo el sujeto activo del delito sobre su víctima. 4.– Con la inclusión de esta agravante, se amplía la protección de los derechos de las mujeres frente a la criminalidad basada en razones de género. Esto es, delitos que se agravan por constituir una manifestación específicamente lesiva de violencia y de desigualdad y dominación del hombre sobre la mujer. 5.– El fundamento de las agravaciones recogidas en este apartado 4.º reside en el mayor reproche penal que supone que el autor cometa los hechos motivado por sentirse superior a uno de los colectivos que en el mismo se citan y como medio para demostrar además a la víctima que la considera inferior. Se lleva a cabo una situación de subyugación del sujeto activo sobre el pasivo, pero sin concretarse de forma exclusiva el ámbito de aplicación de la agravante sólo a las relaciones de pareja o ex pareja, sino en cualquier ataque a la mujer con efectos de dominación, por el hecho de ser mujer. Esta es la verdadera significación de la agravante de género. (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 136/2020 de 8 May. 2020, Rec. 10621/2019). 6.– Recordemos que el Convenio de Estambul, que es el germen de la introducción de esta agravante, señala en su artículo 2.º que «El presente Convenio se aplicará a todas las formas de violencia contra las mujeres, incluida la violencia doméstica, que afecta a las mujeres de manera desproporcionada». [...] 7.– No puede aplicarse la agravante de género ni la circunstancia mixta de parentesco como agravante respecto de aquellos tipos penales que ya prevén entre sus elementos que necesariamente exista o haya existido entre víctima y autor esta relación, como ocurre con los delitos recogidos en los artículos 148.4.º, 153.1, 171.4, 172.2, pues en otro caso estaríamos vulnerando la prohibición *non bis in idem*. El ámbito de aplicación de la agravante de dominación por razones de género extravasa las relaciones conyugales o de pareja. En cuanto a los delitos sobre los que puede operar, siempre que su configuración lo permita, en principio no habrá que establecer más exclusiones que la de aquellos que incluyan en su descripción típica factores de género. (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 571/2020 de 3 nov. 2020, Rec. 10427/2020). 8.– La agravante de género debe aplicarse en todos aquellos casos en que haya quedado acreditado que el autor ha cometido los hechos contra la víctima mujer por el mero hecho de serlo y con intención de dejar patente su sentimiento de superioridad frente a la misma; es decir, en aquellos casos en que se cometió el hecho por esa motivación, que atenta contra el principio constitucional de igualdad. 9.– La concurrencia de una circunstancia de agravación exige de un aditamento, que en el caso de la de dominación por razones de género se concreta en una base fáctica que permita deducir que el comportamiento de quien agrede cuenta con el plus de antijuridicidad que conlleva el que sea manifestación de la grave y arraigada desigualdad que perpetúa los roles asignados tradicionalmente a los hombres y las mujeres, conformados sobre el dominio y la superioridad de aquellos y la supeditación de éstas. 10.– La agravante de género, ya lo hemos dicho y repetimos en palabras que ahora tomamos de la STS 420/2018, de 25 de septiembre, hace referencia a las características biológicas y fisiológicas que diferencian a los hombres de las mujeres, mientras que el género se refiere a aspectos culturales relacionados con los papeles, comportamientos, actividades y atributos construidos socialmente que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres (Convenio de Estambul, artículo 3.c). (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 23/2022 de 13 Ene. 2022, Rec. 10303/2021). 11.– El fundamento de la agravación de género radica en la situación de discriminación hacia la mujer basada en la intención de dominación del hombre sobre la mujer, al considerarlo el

autor como un ser inferior, sin derechos, y sin legitimidad para un comportamiento propio y desconectado del hombre. (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 666/2021 de 8 Sep. 2021, Rec. 10277/2021). 12.– Su fundamento trae causa del mayor reproche que resulta respecto a quien comete cualquier delito por «razones de género», como plasmación de un entendimiento que se sustenta en la existencia de prejuicios relativos a la superioridad del género masculino respecto al femenino y, en consecuencia, al papel de subordinación que se reserva a las mujeres respecto de los hombres, hasta llegar a entendimientos meramente «despersonalizadores» o «cosificadores» de aquéllas, relación de desequilibrio o sometimiento que el autor procura con su conducta delictiva afianzar o mantener, llanamente incompatible con nuestra Constitución y los principios que la identifican. (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 325/2022 de 30 Mar. 2022, Rec. 5849/2021).

(STS 66/2023, de 8 febrero).

ARTÍCULO 74.2 CP

Delito continuado en delitos patrimoniales: la regla del artículo 74.2 CP entendida, no como fórmula de determinación de pena, sino como regla constitutiva de un injusto propio y específico integrado por la suma del perjuicio total causado, supone, en el caso de comisión de un delito de hurto menos grave y uno leve, una única infracción como delito de hurto continuado.

El motivo introduce una cuestión de evidente interés casacional a los efectos y en los términos precisados en el Acuerdo de Pleno No Jurisdiccional de 9 de junio de 2016: la articulación entre los artículos 74.1.º y 74.2.º, ambos CP, cuando la relación de continuidad se integra por dos delitos contra el patrimonio de diversa naturaleza, uno, menos grave y, otro, leve.

[...] La inaplicación de la regla de exasperación del artículo 74.1.º CP resulta en este caso procedente. No porque de aplicarse se incurriría en la prohibición de doble valoración, sino porque se castiga más de lo que resulta compatible con la vigencia de los principios de culpabilidad y merecimiento como límites materiales a la cuantía de pena imponible.

5. No cabe duda de que el caso plantea la necesidad de un nuevo ajuste que permita la adecuada articulación aplicativa entre el artículo 74.1.º y el artículo 74.2.º, ambos, CP, lo que en nada compromete el sentido y alcance del Acuerdo de Pleno No Jurisdiccional de 30 de octubre de 2007 que el Fiscal considera desatendido.

Precisamente, lo que el Acuerdo puso de relieve era la necesidad de una evaluación normativa de los riesgos de exceso que pueden derivarse de la regla penológica de la continuidad mediante la fórmula de la absorción agravada.

El Acuerdo identificó el riesgo de doble agravación en los delitos patrimoniales, pero ello no quiere decir que agotara todo el «mapa de riesgos» posibles que pueden derivarse, precisamente, de la delicada operación que supone, para aprehender mejor el injusto realizado y la culpabilidad del autor, la unión de varios comportamientos que cumplen individualmente un tipo penal.

6. Debe insistirse en que la clave normativa del delito continuado es la existencia de una pluralidad de acciones u omisiones que se unifican jurídicamente, por lo que el presupuesto fáctico de partida es coincidente con el que sirve de base al con-

curso real de delitos. Por ello, y sin perjuicio del nexo de continuidad que se establece entre la pluralidad de hechos que individualmente constituyen otras tantas realizaciones típicas y se aglutinan en el delito continuado, ello no quiere decir que aquellos desaparezcan.

Precisamente, el artículo 74.1.º CP reclama identificar, de entre todos los delitos que integran la relación concursal especial, el más grave, como presupuesto de la fijación de la pena por el conjunto.

Es obvio, por tanto, que el delito continuado se construye, expresamente, sobre «infracciones». Y si ello es así, en la lógica de las consecuencias necesarias y sistemáticas, nada autoriza a que el resultado en términos de pena exceda del que resultaría de la simple suma de las penas previstas para cada una de ellas. Con la sola excepción, legalmente prevista *ex* artículo 74.2 CP, de los delitos patrimoniales en atención, precisamente, al perjuicio total causado.

La regla del artículo 74.2 CP permite, cuando todas las infracciones cometidas constituyen delitos leves pero la suma del perjuicio supera el límite del delito menos grave, castigar con una respuesta penológica superior a la que resultaría de las reglas del concurso real. Como también permite la transformación, por la suma de los perjuicios, de delito menos grave a grave.

En estos casos, el complejo de acciones se castigará atendiendo al perjuicio total causado y, por tanto, de conformidad a la tipicidad resultante de dicha suma. Pero el principio de legalidad penal no autoriza a ampliar los efectos de esta regla más allá de lo que permite su interpretación estricta: cuando la continuidad no tiene efectos constituyentes de la gravedad de la infracción en atención al perjuicio total causado –grave, menos grave o leve– ningún criterio derivado de la ley penal vigente autoriza a prescindir del principio general de responsabilidad penal por los hechos singulares concretos cometidos.

Y ello por una razón esencial: si la pena individual imponible a cada infracción es la que expresa, como resulta constitucionalmente obligado, la respuesta proporcional en términos de merecimiento y necesidad de pena, el límite vendrá fijado, precisamente, por la suma de dichas penas imponibles.

El marco penal que resulte de la suma constituye el marco infranqueable que impone el principio de culpabilidad por el hecho, con la sola excepción que representa la regla segunda del artículo 74 CP, interpretada en sentido estricto.

Insistimos, si las distintas acciones conservan en el plano objetivo su singularidad y su entidad penal para medir el efecto de la absorción punitiva agravada, también la suma posible de las penas individuales correspondientes a cada una de las infracciones que se aglutinan en el delito continuado debe operar como límite máximo de la pena imponible por la acción continuada.

Por tanto, la pena exacerbada será la adecuada si, en el caso concreto, responde al total de injusto producido y a la culpabilidad manifestada por el autor.

7. Parece obvio, por expresa voluntad del legislador –«no obstante lo dispuesto en el artículo anterior», se precisa en el artículo 74 CP con relación a la regla de concurso real que se contempla en el artículo 73 CP– que el tratamiento punitivo del delito continuado no puede ser de peor condición que el modelo cumulativo previsto para el concurso real. Ni, tampoco, respecto al régimen de absorción agravada del concurso ideal de delitos y del medial del artículo 77 CP en el que se previene como condición de aplicación que la pena imponible agravada no supere la que resultaría del castigo por separado de los distintos delitos en concurso, pues, en caso contrario, deberán castigarse por separado.

Dicha regla, cuya aplicación se excluye expresamente solo con relación a los arts. 75 y 76, ambos, CP, contiene una cláusula de salvaguarda del principio de culpa-

bilidad en la determinación de la pena cuya aplicación a otros supuestos de unidad jurídica de acción no parece que contradiga el propio sentido político-criminal de la regla de punición exacerbada del delito continuado.

8. En el caso, no cabe duda de que la regla del artículo 74.2.º CP, entendida no como fórmula de determinación de pena sino como regla constitutiva de un injusto propio y específico integrado por la suma del perjuicio total causado –Acuerdo de Pleno No Jurisdiccional de 18 de julio de 2007– arroja, en el caso, una única infracción como delito de hurto continuado.

Y también es cierto que el delito leve de hurto, única infracción adicional que integra la continuidad delictiva apreciada junto con la infracción menos grave precedente, produjo un perjuicio de 70 euros que debe sumarse a los 630 euros del delito menos grave de hurto.

Pero la traducción penológica del reproche que merece tal acción continuada debe concretarse judicialmente dentro del marco penal abstracto previsto para la infracción más relevante, sin someterse a la regla tasada de punición exacerbada del párrafo 1.º del artículo 74 CP, de acuerdo con los principios de responsabilidad y culpabilidad por los dos hechos cometidos.

9. Acudir, en este caso, a la regla de la exacerbación carece de toda cobertura desde el principio de culpabilidad.

En modo alguno, el nexo de continuidad entre el delito menos grave de hurto y el leve de hurto produce un contenido de injusto y de culpabilidad mayor que el que resulta de la suma del desvalor propio de los hechos individuales hasta el punto de justificar una pena privativa de libertad en la mitad superior de la prevista para el primero. En el caso, la pena «preceptiva» ex artículo 74.1.º CP de la mitad superior para la infracción más grave, cuya imposición disculpa, además, de todo esfuerzo de individualización, supera, en mucho, la gravedad del hecho y la culpabilidad manifestada del autor.

A salvo que se pretenda justificar dicha desmedida hiperpunición como respuesta por la conducta de reiteración de comportamientos contrarios a la norma. Lo que no solo comprometería el sentido de la relación de continuidad como unidad jurídica de acciones sino también los propios fundamentos del sistema penal basado en la culpabilidad por el hecho y no en la culpabilidad por la conducta de vida.

Sobre esta decisiva cuestión se ha pronunciado de manera reiterada el Tribunal Constitucional, recordando que la Constitución consagra sin duda el principio de culpabilidad como principio estructural básico tanto del Derecho penal como del Derecho administrativo sancionador –vid. por todas, SSTC 76/1990, 246/1991, 86/2017, 51/2021–, vinculándolo con los arts. 10, 24 y 25 CE y excluyendo una comprensión del mismo que permita admitir la existencia de un derecho penal «de autor» que determine las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de este en la comisión de los hechos –vid. por todas, STC 14/2021–.

10. En lógica correspondencia, nuestra sentencia de Pleno 481/2017, de 28 de junio, que excluyó la aplicación de la cláusula de multirreincidencia del artículo 235.7.º CP cuando las previas condenas lo fueran por delitos leves de hurto, reivindicó con especial énfasis, «cuando afloran contradicciones internas tanto de índole textual como sobre todo axiológicas» en la selección de la norma, el imprescindible rol hermenéutico del principio de culpabilidad como freno a los excesos punitivos cuando se pone en relación con la ilicitud concreta del hecho que se juzga» –vid. también STS 684/2019, de 3 de febrero de 2020–.

Lo que coliga con el alcance que el Tribunal Constitucional ha dado al derecho a la legalidad penal como límite interpretativo de los preceptos penales. Como recuerda la STC 129/2008, «la seguridad jurídica y el respeto a las opciones legisla-

tivas 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 sólo vulneran el principio de legalidad las resoluciones sancionadoras que se sustenten en una subsumción 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 –vid. también, SSTC 137/1997, 189/1998, 13/2003, 138/2004, 242/2005, 262/2006, 185/2014–.

Lo que comporta que el mandato de interpretación materialmente orientada de la norma penal a la Constitución exige tomar en consideración el presupuesto de culpabilidad que presta sentido y fundamento a la imposición de la pena.

11. De tal modo, junto a la prevención de *bis in idem*, en los términos precisados en el Acuerdo de Pleno No jurisdiccional de 30 de octubre de 2007, cuando, a la luz del perjuicio total causado y las condiciones de merecimiento del culpable, la pena imponible por la aplicación de la cláusula de exasperación del artículo 74.1.º CP resulte manifiestamente excesiva por superar la que resultaría del castigo por separado de los distintos delitos que integran la continuidad, tampoco procederá su aplicación, debiendo individualizarse la pena del delito continuado patrimonial en atención a la regla del artículo 74.2.º CP que permite fijar la pena puntual en la extensión más ajustada a la culpabilidad.

Lo que conduce, como anticipábamos, al rechazo del motivo pues la sentencia de primera instancia no ofreció ninguna razón individualizadora más allá de la cláusula punitiva de absorción agravada del artículo 74.1.º CP para imponer la pena en la mitad superior de la prevista para el delito menos grave de hurto. En el caso, la infracción leve no presta un mayor contenido de injusto total que justifique castigar imperativamente a la infracción más grave en su mitad superior. Lo impide la culpabilidad manifiesta por los dos hechos que constituyen la continuidad.

En todo caso, y como prevención general para evitar el riesgo de pluspunción, en delitos patrimoniales cuando la continuidad se integra por una acción constitutiva de un solo delito menos grave o grave y por una o varias acciones constitutivas de delitos leves deberá estarse, exclusivamente, a la regla especial del artículo 74.2 CP.

Dicho de otra manera: en delitos patrimoniales, cuando quepa trazar una relación de continuidad entre acciones constitutivas de delitos leves y constitutivas de delitos menos graves o graves, la regla de exacerbación del artículo 74.1.º CP solo podrá activarse si dicha relación se integra, al menos, por dos delitos que constituyan delitos de naturaleza menos grave o grave.

(STS 93/2023, de 14 febrero).

ARTÍCULO 122 CP

Responsabilidad civil partícipe a título lucrativo: acuerdo con autoridad para fraude a la Administración. Prescripción del delito, pero no de la acción contra el partícipe a título lucrativo, que, en este caso, tiene un plazo de prescripción de 15 años.

La pretensión de condena, que es apoyada por el M.F., ha de ser estimada en base a una jurisprudencia asentada por esta Sala, de la que tomamos la doctrina que en que encontramos, entre otras, en la STS 507/2020, de 14 de octubre de 2020 (caso Gürtel), y transcribimos los pasajes de interés, por la importancia que tiene precisar la naturaleza de la acción para exigir responsabilidad al partícipe a título lucrativo, que no es una acción *ex delicto*, como puede ser la relativa a la responsabilidad civil subsidiaria, sino una acción personal, por enriquecimiento injusto, sujeta al plazo de prescripción del artículo 1964 CC, de 15 años, si es anterior a la reforma operada por Ley 42/2015, de 5 de octubre, o de 5 tras la reforma.

Decíamos en dicha sentencia:

El artículo 122 CP dispone: «el que por título lucrativo hubiere participado en los efectos del delito está obligado a la restitución de la cosa o al resarcimiento del delito hasta la cuantía de su participación». Precepto este que, por tanto, prevé la restitución de la cosa y el resarcimiento del perjuicio o daño patrimonial originado al sujeto pasivo del delito en las adjudicaciones a título lucrativo, como consecuencia de que nadie debe enriquecerse indebidamente en virtud de negocios jurídicos que se derivan de causa ilícita y desarrolla la institución jurídica que ha adquirido carta de naturaleza con el nombre de «receptación civil».

La jurisprudencia de esta Sala, SSTS 324/2009, de 27 de marzo; 212/2014, de 13 de marzo; 287/2014, de 8 de abril; 227/2015, de 6 de abril; 433/2015, de 2 de julio; 467/2018, de 15 de octubre; 665/2018, de 18 de diciembre, ha deslindado los conceptos jurídicos del partícipe a título lucrativo, caracterizándose por las siguientes notas:

- a) Nota positiva, el haberse beneficiado de los efectos del delito.
- b) Nota negativa, no haber tenido ninguna intervención en tal hecho delictivo, ni como autor o cómplice, pues en caso contrario sería de aplicación el artículo 116 CP y (STS 522/2023, de 29 junio) no el 122 del mismo texto legal, e ignorar la existencia de la comisión delictiva de donde provienen los efectos a fin de impedir la aplicación del «*crimen receptionis*».
- c) Que tal participación o aprovechamiento de los efectos del delito lo sea a título gratuito, es decir, sin contraprestación alguna.
- d) Por tanto, no se trata de una responsabilidad *ex delicto*, sino que tiene su fundamento en el principio de que nadie puede enriquecerse de un contrato con causa ilícita –art. 1305 Código Civil–. En definitiva, se trata de una manifestación aplicable al orden penal, según el cual no cabe un enriquecimiento con causa ilícita.
- e) Tal responsabilidad es solidaria junto con el autor material –o cómplice– del delito, pero con el límite del importe de lo que se ha aprovechado. Por decirlo de otra forma, su responsabilidad es solidaria con el responsable penal hasta el límite del aprovechamiento/enriquecimiento lucrativo que haya tenido.
- f) La acción civil contra el partícipe a título lucrativo de un delito, al tratarse de una acción personal está sujeta a los plazos de prescripción de tales acciones.

[...] Por ello partiendo de esta distinción de la naturaleza de la responsabilidad civil de los arts. 120 y 122 CP esta Sala casacional cuando se ha pronunciado sobre la prescripción de la acción civil dirigida contra el partícipe a título lucrativo no tuvo en cuenta la doctrina de que tal responsabilidad prescribe cuando lo hace el delito –que si aplica a la responsabilidad subsidiaria en cuanto deriva del delito– sino que entendió que nos encontramos ante una acción personal que no tiene señalado término especial de prescripción, siendo de aplicación el plazo establecido en el artículo 1964.2 Código Civil.

(STS 522/2023, de 29 junio).

ARTÍCULO 167 CP

Detenciones ilegales y secuestros: cometido por autoridad o funcionario público fuera de los casos permitidos por la Ley: compatibilidad entre los artículos 167 y 163.4 CP. La remisión que el artículo 167 del CP hace al artículo 163, alcanza también al apartado 4 de este último.

Los argumentos fundamentales, en abono de esta tesis definitivamente triunfante, giran en torno a los siguientes extremos:

a) De una parte, se afirma que, si bien la descripción típica del artículo 167, referido a las detenciones ilegales llevadas a cabo por Autoridad o funcionario público distintas de las contempladas en el artículo 530 del mismo Código Penal, parece incongruente con una vinculación al supuesto del apartado 4 del 163, ya que éste se encabeza con la referencia a «El particular...», lo cierto es que esta referencia a la literalidad de ambos preceptos no puede ser considerada como un obstáculo absoluto para la discutida posibilidad de remisión, toda vez que también el apartado 1 del meritado artículo 163, precisamente aplicado por la Audiencia en el presente caso, también castiga a «El particular que encerrare o detuviere a otro...».

b) Por ello, la remisión del 167 ha de entenderse no referida a la integridad de los distintos tipos objetivos descritos en los diferentes apartados del artículo 163, con todos los elementos que los definen, sino, tan sólo, a un aspecto concreto de éstos, a saber, la acción típica, por lo que se trata de una remisión al hecho, sin incluir el carácter del sujeto de la acción.

c) En cualquier caso, se constata que el repetido artículo 167, con su generalidad, no excluye expresamente la posibilidad de remisión a ninguno de los supuestos del 163.

d) Y, en ese sentido, tampoco parece razonable ante una situación, cuando menos, de duda interpretativa, que esta duda se despeje «contra reo», excluyendo la aplicación del subtipo atenuado, si éste se corresponde con la conducta declarada como probada, aun cuando ésta hubiere sido llevada a cabo por una Autoridad o funcionario público.

e) Máxime cuando el «plus» en el desvalor de esa acción, en razón a la peculiaridad del sujeto activo del ilícito por tratarse precisamente de persona que, en su condición de funcionario, está llamado a garantizar y preservar los derechos del ciudadano, ya encuentra respuesta en el propio artículo 167, que dispone la agravación del castigo previsto para quien no fuere funcionario, a lo largo de todos los supuestos del 163, fijando la pena en su mitad superior y, lo que es más, imponiendo

también una inhabilitación absoluta entre ocho y doce años de duración que, obviamente, supone además la pérdida de esa profesión vinculada a la protección de los derechos del ciudadano.

f) No debiendo, así mismo, desdeñarse la mayor proporcionalidad que, con esta interpretación, se alcanza, al sancionar una acción consistente en esa transitoria y breve privación de libertad, con una finalidad que no es sino la puesta a disposición de un tercero, también agente de la Autoridad, para que disponga sobre la pertinencia o no de la detención y consecuente puesta en libertad del privado de ella, frente a los cuatro años de prisión que, como mínimo, prevé el apartado 1 del artículo 163.

[...] el funcionario policial que detiene a una persona cuando la Ley no le autoriza a hacerlo se encuentra inmerso en los preceptos de las detenciones ilegales de los arts. 163 a 166 –aunque con la agravación del artículo 167– de ahí que si la detención ha sido efectuada para entregar al detenido a la autoridad –judicial o no–, puede ser de aplicación –conforme a la doctrina jurisprudencial expuesta en la sentencia de instancia (vid SSTS 678/2012, de 18 de septiembre, 197/2009, de 3 de marzo y Pleno no jurisdiccional de 27.1.2009), en su caso, el artículo 163.4, en relación con el artículo 167.

Así se ha considerado la detención ilegal practicada por autoridad o funcionario por «razones ajenas al servicio e interés público, por motivaciones puramente privadas» (SSTS 2060/2000, de 17 de junio, 845/1998, de 18 de junio).

Así también en STS 394/2006, de 29 de marzo, policía, libre de servicio, que tras un enfrentamiento particular con otras personas, ordena la detención de estos, consideró correcta la aplicación del artículo 167, pues la decisión de la detención partió del acusado, actuando como agente policial, aunque no estuviera de servicio, ya que a consecuencia de la inexistencia de causa legal, alegó una causa aparente –el enfrentamiento– ante la dotación policial que materialmente fue, le llevó a cabo de manera meramente instrumental la detención.

[...] Por lo demás, el policía concernido, aun estando de baja médica, se encontraba en la situación administrativa de activo, y en consecuencia, le es aplicable su condición de policía, en punto a lo dispuesto en el artículo 167 del Código Penal, e incluso él mismo hizo valer su condición de policía en los hechos por los que fue condenado en la instancia. Dicho de otro modo: la situación de baja médica no impide la aplicación de los tipos penales en donde se contempla su posición funcional, como agente de policía, mientras no cambie su situación administrativa como funcionario en activo.

(STS 640/2023, de 24 julio).

ARTÍCULO 169 CP

Amenazas: proferir términos amenazantes en dependencia policial, lo que considera el Tribunal de apelación que no rellena la exigencia de la finalidad de perturbar la tranquilidad del sujeto pasivo, precisamente porque son vertidas en presencia de un aparato encargado de la seguridad pública, sin intención por el autor, ni asumiendo la posibilidad, de que llegaran a sus destinatarios.

Estamos ante un delito de peligro hipotético. No porque las amenazas puedan o no cumplirse; o porque puedan llegar o no a su destinatario, sino porque no se exige que se produzca una efectiva perturbación del ánimo del amenazado, o que mengüe su sentimiento de seguridad. El delito de amenazas se consuma con la recepción por parte

del destinatario del mensaje intimidatorio, aunque por su entereza de ánimo, su carácter, por sentirse protegido o por otras mil eventuales razones, no haya afectación de lo que se quiere proteger: la sensación de tranquilidad y seguridad. Por tanto, no es un delito de resultado, aunque eso no excluye formas comisivas imperfectas al tratarse de actividad que, según los casos, se puede fraccionar y diseccionar. La amenaza no estará consumada hasta que llegue a conocimiento del sujeto pasivo. No a cualquier destinatario, sino precisamente a la persona amenazada: si fuese de otra forma, no se entendería la alusión a determinados parientes del artículo 169.1; y, por otra parte, en este caso habría que hablar de dos delitos de amenazas –a la exmujer y a la excuñada–. Ese planteamiento obligaría a buscar un bien jurídico protegido distinto: no habría aptitud en la acción para afectar al sentimiento de seguridad de quien desconoce la amenaza.

Cuando coinciden emisión y recepción no hay cuestión. Cuando entre la emisión del mensaje y su recepción media un lapso temporal o un curso causal menos lineal (amenazas a través de tercero; por envío de una misiva; etc...) son imaginables formas imperfectas.

Pero una tentativa necesita siempre un elemento subjetivo: la intención –basta el dolo eventual– de que llegue a conocimiento del amenazado. El agente ha de captar esa posibilidad y aceptarla o, al menos, mostrar indiferencia hacia ella. Lo descarta la Audiencia Provincial en la apelación. Bastaba que hubiese dicho que el acusado asumió la posibilidad de que fuesen trasladadas a la amenazada para que fuese viable la condena. Pero la Audiencia lo excluye. No podemos contradecir esa estimación pro reo de otro Tribunal.

La recepción de las amenazas no constituye propiamente el resultado del delito. Mucho menos, una condición objetiva de punibilidad ajena al dolo del agente. Si, contradiciendo la caracterización tradicional del delito de amenazas, le otorgásemos esa conceptualización sí que habría que excluir las formas imperfectas (según la doctrina más generalizada, aunque no unánime). No parece que sea viable ni fecundo un entendimiento a tenor del cual el anuncio de un mal en cualquier contexto a un tercero no presente, conocido o no, popular o no, sea por sí una acción típica, antijurídica y culpable que se convertirá, además, en punible si y solo si, cualquiera de los que la oyó, en acción imprevisible (la condición objetiva de punibilidad se llama objetiva porque no ha de ser captada por el dolo del autor) la comunica al aludido.

Las amenazas típicas exigen, una relación entre el sujeto emisor y el destinatario, que se consumará cuando las expresiones proferidas vayan dirigidas a conturbar la seguridad de una persona, lo consiga o no. Esa relación puede ser directa, casos de contacto personal; o a través de un medio que asegure su recepción por el sujeto pasivo: entornos familiares o cercanos al sujeto pasivo, incluso medios de comunicación. Lo relevante es que el mensaje dirigido a conturbar la seguridad llegue con toda su fuerza intimidatoria a la víctima y que esa fuese la intención, directa y exclusiva, o consecuencia asumida, del sujeto activo.

Desde esta perspectiva, la expresión de términos amenazantes en una dependencia policial, precisamente ante un cuerpo policial encargado de prestar seguridad a la ciudadanía, aunque pudiera integrarse en la tipicidad de las amenazas, en el caso concreto, el tribunal ha considerado, y es razonable, que no rellena la exigencia de la finalidad de perturbar la tranquilidad del sujeto pasivo, precisamente porque son verdaderas en presencia de un aparato encargado del mantenimiento de la seguridad pública. Podrían constituir la exteriorización de una oposición a la detención policial legítimamente acordada, conducta, desde luego impropia, pero fuera de la tipicidad del delito de amenazas. Así lo entendió el tribunal en la sentencia impugnada en un extremo que en casación no podemos revisar por las razones antedichas.

(STS 179/2023, de 14 marzo).

ARTÍCULO 178.1 CP

Agresiones sexuales: no es cierta la exigencia de que la víctima tenga que hacer patente su negativa, sino, al revés, se exige el consentimiento de la misma al acto sexual, como ya se encarga de señalar el texto.

Señala el recurrente que es preciso que «expuesta la intención del autor, la víctima haga patente su negativa de tal modo que sea percibida por aquél. Que exista una situación intimidante que pueda considerarse suficiente para doblegar su voluntad», lo que no es admisible.

Y ello, porque no es cierta la exigencia de que la víctima tenga que hacer patente su negativa, ya que no es precisa la negativa expresa de la víctima, sino, al revés, el consentimiento de la misma al acto sexual, como ya se encarga de señalar el artículo 178.1 CP en cuanto a que siempre se ha considerado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo que el consentimiento era una exigencia a considerar en el análisis de un caso por denuncia por delito de contenido sexual siendo mayor de 16 años la víctima, de tal manera que si no había habido consentimiento antes de la LO 10/2022 existía delito contra la libertad sexual.

En este caso concreto ese consentimiento no existió. Y como no lo hizo esto es determinante ya por sí mismo de la existencia de la agresión sexual.

Se recoge, así, el artículo 178 CP que 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.

Por ello, ¿Qué consideraciones podemos realizar al respecto?

1. El que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento. Responsable de agresión sexual.

2. Basta la ausencia de consentimiento para que exista agresión sexual. No es precisa la violencia o la intimidación.

Lo que hace el texto penal es referir en el artículo 178.2 que se consideran en todo caso agresión sexual... y cita a los actos de contenido sexual que se realicen empleando violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, así como los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad.

Pero no hace falta que estos concurren para que exista agresión sexual. Si no hay consentimiento y hay un acto de contenido sexual sin que la víctima consienta hay agresión sexual. Pero esto ya lo había admitido la jurisprudencia del Tribunal Supremo antes de la LO 10/2022 y ahora la LO 4/2023.

3. Se consideran en todo caso: (Se evidencia que es un «plus» de agravación ante el hecho del núm. 1 de la ausencia de consentimiento que ya determina la agresión sexual sin necesidad de que estos concurren.

(178.2) Se consideran agresión sexual los actos de contenido sexual que se realicen empleando (1) violencia, (2) intimidación o (3) abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, así como los que (4) se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad.

El Tribunal supremo ya había manifestado de forma reiterada la exigencia del consentimiento de la mujer para tener relaciones sexuales, sin el cual existía agresión sexual antes de la LO 10/2022.

[...] Se trata de supuestos en los que además de no existir el consentimiento expreso o tácito éste está viciado por concurrir alguna de las circunstancias que ahora se recogen en el artículo 178.2 y 3 CP.

[...] No hace falta que la víctima diga «no» al acto sexual.

En la actualidad no es preciso, con la redacción del artículo 178 CP una negativa de la víctima, sino que lo que se valora es si hubo consentimiento, o no, al acto de contenido sexual. Tampoco es preciso que la mujer exprese una resistencia al acto, sino que es al revés. Si no consiente hay agresión sexual.

[...] Con ello, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ya había exigido el consentimiento de la mujer para que sea viable el acto sexual, y su inexistencia ya daba lugar por sí mismo a la agresión sexual. Y ello con independencia de que si lo que consta es, además, y en todo caso, violencia, intimidación, abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, así como los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad, resulta evidente que existirá agresión sexual. Pero esto es un «además de», por lo que si el consentimiento no existe ya por sí mismo es agresión sexual.

El consentimiento debe vislumbrarse, en consecuencia, mediante actos, gestos o manifestaciones o expresiones que denoten que admite el contacto sexual. El silencio en principio no puede entenderse como consentimiento, pero atendido el contexto podría serlo.

Debe desprenderse de actos o gestualización que la mujer admite el contacto sexual, por lo que no cabe la presunción del consentimiento por el autor, ni la deducción del autor de que la víctima acepta a tener el contacto sexual.

La existencia, o no, del consentimiento se obtendrá por la inferencia del juez o tribunal a tenor de la prueba practicada, teniendo en cuenta la declaración de la víctima y la del acusado, debiendo hacerse notar que:

La inferencia para deducir si hubo consentimiento es la clave de la prueba en juicio y en estos casos, a tenor de la sentencia del Tribunal Supremo 68/2020 exigirá que se redoble la motivación de la sentencia si se basa exclusivamente en la declaración de la víctima sin pruebas de corroboración periférica, ya que se trata de «declaración contra declaración», exigiéndose una cuidadosa motivación acerca de las razones que llevan al tribunal a tener por enervada la presunción de inocencia, teniendo en cuenta la declaración en el plenario y la que se llevó a cabo en fase sumarial.

(STS 544/2023, de 5 julio).

ARTÍCULOS 178.1 Y 180.1 CP

Agresiones sexuales: el consentimiento referido en la LO 10/2022 no exige que sea expreso, puede ser tácito y dependiendo de las «circunstancias del caso», sin que exista una presunción de consentimiento perpetuo de la mujer en los actos sexuales, sino que cada uno de ellos debe ser renovado atendidas las circunstancias del caso.

Recordemos que la nueva LO 10/2022, de 6 de Septiembre integral de delitos contra la libertad sexual recoge en el artículo 178 CP 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.

Con ello, no se exige en estas situaciones un consentimiento expreso, sino que puede ser tácito, y dependiendo, y aquí está la clave del texto, de las «circunstancias del caso». Pues en este supuesto estas circunstancias evidencian que la voluntariedad existió. Incluso consta que hubo un ofrecimiento y una aceptación voluntaria a llevar a cabo el acto sexual, por lo que el acceso sexual, tanto bucal como vaginal, fue consentido, sin que conste en modo alguno en los hechos probados algún tipo de negativa o no aceptación por la víctima, ya que mientras que esta negativa se expone en los actos sexuales forzados de Baltasar y Constantino, nada se dice en los de Damaso que fue quien primero tuvo acceso bucal carnal con Lina y con su voluntariedad expresa, por lo que la referencia de la reforma del CP a las «circunstancias del caso» puede aquí aplicarse en su totalidad, habida cuenta que aunque no se exija un consentimiento expreso, en este caso, incluso se da el dato de la voluntariedad de Lina ante el ofrecimiento de Damaso. Hay que recordar que con relación a los actos sexuales realizados por una persona hay que fijar varios matices:

1. La circunstancia de que la mujer quiera realizarlos con una persona no determina que deba realizarlos con otras personas que aparezcan en el lugar.
2. O que si una mujer consiente a un acto sexual quiera decir que consienta más veces, incluso con la misma persona, o con otros.
3. La mujer tiene libertad sexual para consentir un acto sexual y para negarse al siguiente.
4. Que haya aceptado un acto sexual con una persona no quiere decir que acepte otros actos sexuales con ella o con otros.
5. No existe una presunción de consentimiento perpetuo de la mujer en los actos sexuales, sino que cada uno de ellos debe ser «renovado» atendidas las circunstancias del caso.
6. No existe el subjetivismo del autor de que la mujer consiente el acto sexual. Debe quedar evidenciado atendidas las circunstancias del caso. Pero en este caso concreto, las circunstancias del caso evidencian el consentimiento, no pudiendo introducirse criterios en esta sede de revaloración de prueba que afecten a los hechos probados que la recurrente los interpreta de forma que no existió el consentimiento, cuando se trató de una aceptación de Lina a los actos sexuales que tuvo con Damaso en su conjunto.

[...] para la apreciación del subtipo agravado que ahora se mantiene con la LO 10/2022 de 6 de septiembre en el artículo 180.1.3.º CP se exige para apreciar la especial vulnerabilidad de la víctima: 1. Sobre todo que sea conocida por el autor la situación de vulnerabilidad sobre la que se predica la imposición del subtipo agravado en la sentencia condenatoria. 2. No se trata de que objetivamente la víctima la tenga, sino que sea percibida por el autor. 3. Nótese que se refiere a que exista un prevalimiento sobre esa vulnerabilidad, lo que requiere el conocimiento del autor en el dolo comisivo que sea reflejado en los hechos probados. 4. Es preciso que el autor conozca la vulnerabilidad, en este caso, la debilidad mental, y su existencia y que además sabe que sepa déficit intelectual impide a la persona decidir libremente.

Hay que recordar que esta cualificación tiene su fundamento en el especial reproche que supone el aprovechamiento consciente por parte del sujeto activo de una situación de superioridad frente a la especial debilidad de la víctima por su edad, enfermedad o situación, que implica en la práctica, mayores dificultades para oponerse a las pretensiones sexuales del agresor.

Esta circunstancia exige la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos, al mismo tiempo, del conocimiento y aprovechamiento por parte del agente de los mismos.

El «conocimiento» externo visible del agente de la vulnerabilidad de la víctima como elemento determinante de la agravación.

Sin embargo, debemos considerar que una cosa es el dato objetivo de la existencia de una situación de vulnerabilidad después de un estudio al respecto, y otra que en

situaciones no claramente evidentes se exija un conocimiento de la vulnerabilidad que atraiga el plus de antijuridicidad y culpabilidad de la conducta.

Recuerda la doctrina sobre la circunstancia 3.^a del artículo 180.1 CP que hace depender la agravación de la concurrencia de situaciones de «vulnerabilidad personal» excesivamente genérica. En los casos de minoría de edad el conocimiento del sujeto activo debe abarcar la circunstancia de la edad de la víctima. El artículo 180.1.3.º CP aglutina en consecuencia cuatro circunstancias que configuran la agravación –vulnerabilidad por edad, enfermedad, discapacidad, y en cualquier otra circunstancia (que opera como cajón de sastre individualizable al caso concreto)–.

[...] Pero debemos concluir que no basta el dato fáctico de esa enfermedad que conlleva la agravación, sino su evidencia para el actuar del sujeto, que es lo que atrae la agravación por su aprovechamiento, ya que si no existe ese conocimiento de la vulnerabilidad por el sujeto no existe este «aprovechamiento» que atrae la agravación y el mayor reproche penal. En un tipo penal de estas características es posible que ciertas particularidades de la víctima, que serán de analizar en cada caso concreto, determinen su vulnerabilidad, y por ello incrementen el desvalor del hecho justificando la agravación de la pena respecto del tipo básico, pero exigen que atendidas las características de la víctima sea apreciable la vulnerabilidad de forma notoria, y que «sea rara», por ejemplo, no lo evidencia, aunque posteriormente exista un informe que lo objective, ya que esta circunstancia es plenamente objetiva, y, también, además de ello, el conocimiento de la vulnerabilidad subjetiva, aunque esta debe manifestarse de forma clara y evidente. Por ello, estima la doctrina que en estos casos estima el legislador que la víctima, en razón a sus circunstancias personales edad, enfermedad, discapacidad, o cualquier otra semejante, dispone de menos recursos para defenderse de los ataques frente a su esfera sexual.

Insiste la doctrina en el «conocimiento» cuando añade que esta cualificación tiene su fundamento en el especial reproche que supone el aprovechamiento consciente por parte del sujeto activo de una situación de superioridad frente a la especial debilidad de la víctima por su edad, enfermedad o discapacidad, que implica en la práctica, mayores dificultades para oponerse a las pretensiones sexuales del agresor. Esta circunstancia exige la concurrencia de los elementos objetivos y del conocimiento y aprovechamiento por parte del agente de los mismos.

[...] Y las claves respecto al consentimiento en los actos de contenido sexual son las siguientes:

1. No existen, en modo alguno, prórrogas de consentimientos puntuales con una persona a instancia de quienes realizan actos sexuales con una mujer pretendiendo que si ésta ha realizado un acto consentido previamente con otra persona exista una prórroga del consentimiento presunto con otros. 2.– La mujer tiene derecho a realizar antes una relación sexual con una persona y negarla más tarde con otra. Pretender lo contrario supondría culpabilizar a la víctima, e imponerle una especie de «servidumbre sexual» por la circunstancia de que antes haya tenido una relación sexual. La mujer decide con quien quiere tener relaciones sexuales, y éstas no se le pueden imponer. 3.– Ello sería atentar contra la libertad sexual de las mujeres y trasladar la creencia del consentimiento al hombre cuando las circunstancias del caso no determinan con claridad y concreción que el consentimiento existe claramente en la voluntad de la mujer. 4.– El consentimiento no se puede prorrogar a instancia y voluntad exclusiva del hombre aunque ella haya llevado antes contacto sexual con el mismo u otros hombres. 5.– Resulta absolutamente inadmisibles que el consentimiento al que se refiere la redacción del artículo 178 apartado primero del Código Penal, tras la LO 10/2022, de 6 de septiembre, y anteriormente a esta reforma, se pueda concebir desde la creencia punto de vista subjetivo del autor, y no desde la voluntad decisoria

de la mujer. 6.– La perspectiva subjetiva de la creencia de que existe consentimiento no puede reforzarse ni admitirse, sino en virtud de la clara voluntad, que puede ser expresa o tácita, de la mujer atendidas las circunstancias del caso. No se exige una expresividad manifestada exteriormente, ya que el texto penal permite una aceptación atendidas las circunstancias del caso. Pero en el presente caso las circunstancias fueron contrarias a que existía consentimiento, sino todo lo contrario. 7.– El criterio mantenido por los recurrentes supondría trasladar la existencia del consentimiento a la creencia del autor que tiene el acceso sexual de que la mujer consiente, cuando no existen aspectos externos en la misma para trasladar de forma clara la fehaciencia del consentimiento a la realización de actos sexuales. 8.– El consentimiento no puede entenderse nunca como presunto, porque el consentimiento nunca se puede presumir, sino que se traslada a la víctima su decisión y expresión de alguna manera atendidas las circunstancias del caso que quede reflejado para que, sin lugar a dudas, el hombre conozca con claridad la expresión inequívoca del consentimiento de la mujer para la realización de actos sexuales. 9.– Incluso hay que hacer constar que el hecho de que la víctima tuviera en momentos precedentes una relación sexual con otra persona en modo alguno determina una especie de presunción de prolongación o extensión del consentimiento con otros autores, lo cual es absolutamente rechazable, porque el consentimiento de la víctima es único y con respecto a un momento en concreto, así como con relación a una persona, y sin posibilidad de una extensión a otras en base a la libertad sexual de la mujer de consentir la realización de actos sexuales con una persona y negarlos con otra.

10. La queja que en este sentido muestran los recurrentes es absolutamente rechazable por no suponer en modo alguno un consentimiento puntual una interpretación extensiva que pueda admitirse un consentimiento posterior por existir uno anterior con otra, e incluso con la misma persona. 11.– No existe una especie de perpetuación en el consentimiento de una mujer para realizar actos sexuales, como si fuera una especie de «cheque en blanco» para realizar un acto sexual que la mujer lo haya hecho antes con esa persona, o con otra. El consentimiento para el acto sexual es renovable para cada acto sexual.

(STS 10/2023, de 19 enero).

ARTÍCULO 178.2 CP

Antiguos abusos sexuales cometidos con engaño o abuso de una posición de confianza, autoridad o influencia, contra persona mayor de 16 años y menor de 18: tipo derogado por la LO 10/2022. No tiene encaje en el actual artículo 178, que supondría una pena mucho mayor.

El nuevo artículo 178 CP con esa expresión –abuso de superioridad– quiere acoger los hechos antes incardinables en el artículo 181.3 –prevalimiento de una situación de superioridad manifiesta– lo que en el caso analizado comportaría una penalidad comprendida entre cuatro y diez años de prisión. El artículo 182 CP no era un tipo atenuado. Sería absurdo: llevaría a entender que cuando la víctima es menor de 18 años y mayor de 16, la pena habría de ser inferior. La relación entre el artículo 181.3 y 182 no era de especialidad (el artículo 182 como *lex specialis*); sino de subsidiariedad (el artículo 182 sería *lex subsidiaria*). El precepto solo resultaba apli-

cable cuando no operaba el artículo 181, es decir, en defecto del mismo, lo que venía a significar que el abuso de una relación de confianza o influencia sobre la víctima era una situación diferente, por ser menos intensa, que la manifiesta superioridad que coarta la voluntad de la víctima.

[...] La redacción del artículo 178.2 actual en su alusión a un abuso de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima es heredera del anterior artículo 181.3; y no del antiguo 182. Los supuestos ubicados en este último tipo se despenalizan. Los que quedaban incardinados en el anterior artículo 181.3 pasan a recogerse en el actual 178.2.

(STS 943/2023, de 20 diciembre).

ARTÍCULO 197.2 CP

Descubrimiento y revelación de secretos: cualquier persona tiene derecho a que la información sobre los movimientos de su cuenta corriente, en un período que se prolongó durante más de un año, sea protegida frente a su excónyuge; la información que se contiene en esos extractos responde a la noción de dato reservado de carácter personal cuyo apoderamiento, por sí solo, es constitutivo del delito previsto en el artículo 197.2 CP

Los datos que reflejan los movimientos contables de una cuenta personal entran de lleno en el espacio de protección del artículo 197.2 del CP. Gozan de la defensa reforzada que el derecho a la protección de datos concede con carácter general frente a todos y, de modo especial, en el presente caso, frente al exmarido que pretende hacerse con esos datos para entablar una demanda civil de reclamación de cantidad.

[...]La protección de esos datos no es el resultado de una voluntariosa actitud de reserva asumida por las entidades bancarias. Antes al contrario, constituye una obligación legal impuesta por la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito [...]. También aparece reforzado el valor axiológico de esos datos en la LO 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales.

La vinculación entre el derecho a la intimidad y los datos bancarios ha sido también proclamada –no sin algunos matices cuando se trata de la información requerida por los servicios de inspección tributaria– por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (cfr. SSTC 97/2019, 16 de julio y 110/1984, 26 de noviembre). Ha sido también abordada por esta Sala en distintas resoluciones que contemplan los límites de esa vinculación desde la perspectiva de la injerencia del Estado que investiga penalmente las cuentas corrientes de un sospechoso (cfr. SSTS 434/2021, 20 de mayo; 725/2020, 3 de marzo; 520/2022, 26 de mayo, entre otras). Nos hemos pronunciado igualmente sobre la irrelevancia típica, por falta de perjuicio, de la obtención de datos económicos de su exmarido por parte de una funcionaria de la administración de justicia que accedió a la base automatizada de datos del punto neutro judicial, logrando así una información que fue hecha valer en el procedimiento judicial de liquidación de la sociedad de gananciales (STS 221/2019, 29 de abril).

[...] En el presente caso, los hechos tienen pleno encaje en el artículo 197.2 del CP. La línea argumental asumida por el órgano de apelación de que los datos obteni-

dos por Ceferino, si bien son reservados, «...no afectan al núcleo duro, al ámbito de la privacidad e intimidad personal» no puede ser compartida.

En efecto, el artículo 197.2 del CP protege frente al apoderamiento de los datos reservados de carácter personal. Y por reservados habrá que entender aquellos datos personales que son de acceso o conocimiento limitado para terceros ajenos al fichero en el que se hallan registrados y archivados, aunque no sean íntimos en sentido estricto; es decir, son datos personales que no están al alcance de terceras personas ajenas a su tratamiento o acceso autorizado, lo que comporta un entendimiento funcional y formal del término en relación con la mayor o menor accesibilidad de los datos y no necesariamente con su contenido o naturaleza de mayor vulnerabilidad para el sujeto (sensibles) o por su afectación mayor o menor a la intimidad, aunque es indudable que el fundamento de la reserva vendrá normalmente justificado por alguna de tales características (cfr. ATS 1945/2014, 27 de noviembre).

La protección penal de lo que la Audiencia Provincial califica como «núcleo duro de la intimidad» no se encuentra en ese precepto, sino en el tipo agravado del artículo 197.5, cuando los datos revelen «... la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual». Rechazar la protección penal de datos reservados de carácter personal porque no se encuentran en el enunciado del tipo agravado supone dejar sin contenido el tipo básico.

Conviene recordar, en línea con lo que ya apuntábamos en la STS 538/2021, 17 de junio, que «... el artículo 197 del CP, en su inabarcable amplitud y casuismo –defectos técnicos de constante presencia en las últimas reformas legislativas dispensa tutela penal a derechos constitucionales de distinto y relevante valor axiológico. El ámbito de exclusión frente a los poderes públicos y frente a terceros que los apartados 1, 3 y 4 del artículo 18 de la CE reconoce a cada ciudadano, impone la incriminación de aquellas conductas que menoscaban de forma intencionada ese reducto de privacidad garantizado por nuestro sistema constitucional. El artículo 197 sanciona conductas que pueden afectar a la inviolabilidad de las comunicaciones, al derecho a la protección de datos –entendido éste como el derecho a controlar los datos automatizados que los demás conocen de nosotros, habeas data– y los derechos a la intimidad y a la propia imagen, preservando su integridad frente a la injustificada difusión de esos datos. Así lo hemos proclamado en distintos precedentes, de los que las SSTS 445/2015, 2 de julio; 1328/2009, 30 de diciembre; 114/2009, 12 de noviembre; 990/2012, 18 de octubre, entre otras muchas, no son sino elocuentes ejemplos).

Pero está fuera de dudas que, una vez delimitado el contenido material de la tutela que ha de ser dispensada al titular de la información contenida en los datos que han sido apoderados, no es correcto proceder a una segunda operación hermenéutica en la que el intérprete, con la exclusiva referencia que proporciona el tipo agravado del artículo 197.4 del CP, etiqueta la pujanza y sensibilidad de estos datos a costa de dejar sin contenido el tipo básico previsto en el artículo 197.2 del CP.

La protección penal de los datos personales no puede ser identificada con la protección penal –agravada– de los datos sensibles o datos secretos. El artículo 197.2 del CP protege en su apartado 2.º algo distinto a los datos integrados en el «núcleo duro de la intimidad». Hemos de descartar cualquier línea de razonamiento que condicione la tipicidad al carácter secreto de los datos que son objeto de utilización y difusión. El epigrama «dato reservado de carácter personal» es un concepto normativo que ha de interpretarse conforme a la legislación protectora de ese derecho de nueva generación consolidado al amparo del artículo 18.4 de la CE, esto es, el derecho a la autodeterminación informativa, o lo que es lo mismo, el derecho a conocer y controlar lo que los demás conocen de uno mismo. De ahí que el concepto de «datos personales» no

pueda ser identificado a efectos penales como «dato secreto». De hecho, el artículo 4.1 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE, define el dato personal como «toda información sobre una persona física identificada o identificable». Y añade que «se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona».

En definitiva, cualquier persona tiene derecho a que la información sobre los movimientos de su cuenta corriente, en un período que se prolongó durante más de un año, sea protegida frente a su excónyuge. La información que se contiene en esos extractos responde a la noción de dato reservado de carácter personal cuyo apoderamiento, por sí solo, es constitutivo del delito previsto en el artículo 197.2 del CP.

El argumento exculpatario de la Audiencia Provincial, cuando afirma que «... los documentos aportados al pleito civil por el acusado no suministran información íntima sobre la denunciante, como pudiera ser dónde, cómo o con quien gasta ese dinero, sino tan solo refleja unas cuantas disposiciones mediante reintegros en caja», no es asumible por esta Sala.

La intimidad ligada a esa información bancaria no necesita de referencias locativas complementarias –dónde se gastó ese dinero–, o de carácter subjetivo –con quién se gastó ese dinero–. Llevado a sus últimas consecuencias ese razonamiento podría entenderse que la protección penal de la intimidad ligada a los datos bancarios sólo se dispensa en el momento del gasto, o que el marido tiene derecho a controlar la titularidad e importe de los bienes de los que dispone su excónyuge y sólo le está vedado saber con quién o dónde se ha gastado su importe.

Tampoco podemos identificarnos con la conclusión de atipicidad a partir del criterio de que esos datos, al fin y al cabo, fueron luego incorporados al procedimiento judicial mediante resolución habilitante. Tiene razón el Fiscal cuando puntualiza que «esta afirmación no debiera convertirse en axioma. La designación de unos archivos bancarios en una demanda no justifica el ilícito acceso a los datos bancarios, y, desde luego, es un futurible aventurar que “el juez de primera instancia obtendría la acreditación documental plena de los extremos afirmados en dicha demanda y que el aquí acusado tenía derecho a obtener judicialmente”, pues, además de que en el momento que obtuvo los datos, que es el que ha de juzgarse, no contaba con permiso alguno, tampoco existe una certeza absoluta de que el Órgano judicial lo autorice pues, del mismo modo cabe la posibilidad de que lo deniegue. Para el Fiscal, el argumento de que el acceso a determinados datos no es punible porque posteriormente se van a obtener judicialmente conduce, sin duda, a escenarios no deseados».

Por consiguiente, la Sala concluye que Ceferino colmó las exigencias típicas del artículo 197.2 del CP. [...] Con su conducta ocasionó un perjuicio a su titular, que no tiene por qué identificarse con un perjuicio económico. En efecto, esta Sala ha declarado, en relación con el perjuicio derivado del apoderamiento de datos sensibles integrados en el núcleo duro de la intimidad (art. 197.4 CP) que el perjuicio típico aparece ínsito en la conducta de acceso (cfr. SSTS 178/2021, 1 de marzo y 250/2021, 17 de marzo). Pero en el presente caso, el perjuicio fluye del propio hecho probado, en el que se describe una relación conyugal de cuyo deterioro es la mejor muestra la existencia de un procedimiento judicial para reclamar las cantidades derivadas de los regalos de la lista de bodas. Entender que el apoderamiento de esos datos no ofreció

un beneficio estratégico para el acusado, con el correlativo perjuicio para Marisol, supondría prescindir de la finalidad que motivó la fraudulenta obtención de los movimientos bancarios.

(STS 112/2023, de 20 febrero).

ARTÍCULO 235 CP

Hurto agravado por utilizar a menores de 16 años. Cuando la edad del menor utilizado en la sustracción sea inferior a 14 años en todo caso se entenderá que es instrumento en la comisión del hurto y será de aplicación la agravación y cuando el menor sea de edad superior a 14 años y 16, en función de la prueba, se determinará si en la realización del hecho medió acuerdo entre el mayor de edad y el menor, o si el mayor se sirvió del menor como un instrumento, aplicándose en el primer caso al menor la LO 5/2000 y no la agravación al mayor de edad.

El hurto agravado que contempla el artículo 235.1.8.º CP, fue producto de la reforma que tuvo lugar en el CP mediante LO 5/2010, de 22 de junio, introducido entonces en el numeral 5.º, si bien cuando para la comisión del delito se utilizasen menores de 14 años, edad de los menores que se eleva a los 16 años y se desplaza la agravación al numeral 8.º, lo que ha generado problemas de interpretación, que la doctrina ha puesto en relación con la responsabilidad penal de los mayores 14 años y menores de 16, por el juego de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, conforme a la cual el mayor de 14 años ya deja de ser inimputable y responderá penalmente por su conducta, con lo que, al ser así, en caso de la perpetración del hurto de un menor de esta edad, con un mayor, mediando un acuerdo consciente y voluntario, el tratamiento habrá de ser enfocado como un caso de autoría o participación, con desplazamiento del tipo agravado y que cada cual responda por su hecho propio. En definitiva, es la solución que aporta la jurisprudencia más arriba citada en relación con la aplicación del tipo agravado del artículo 370.1 CP para los delitos contra la salud pública, y que, reiteramos, es la hipótesis que se plantea en el recurso.

En el caso de los menores que no superan los 14 años de edad el conflicto interpretativo no se presenta, porque, por su inimputabilidad, pasan a convertirlos a modo de un instrumento del mayor, y, en principio, no habrá problemas para acudir al hurto agravado del artículo 235.1.8.º CP. Estaríamos ante un supuesto de autoría mediata por parte del mayor. Así, con anterioridad a la reforma de 2015 no habría problema porque la agravación iba referida al menor de 14 años.

Frente a las anteriores hipótesis, en principio, más diáfanas, no significa que en los casos de mayores de 14 a 16 años, quepa acudir al mismo tipo agravado del artículo 235.1.8.º, en la medida que tal edad no es incompatible con que el mismo pueda ser utilizado como un instrumento del proyecto delictivo del mayor y actúe al margen de cualquier prestación de consentimiento con él. Es cierto que, tras la reforma de 2015, el mayor de 14 años y menor de 16 puede incurrir en responsabilidad penal propia, pero, sin embargo, no implica que, necesariamente, haya que derivar la cuestión a supuestos de coautoría o participación delictiva, sino que cabrá acudir al tipo agravado, si se vale de él el mayor como instrumento.

Al final será el resultado de la prueba practicada lo que determine si en la realización del hecho medió ese acuerdo entre ambos, o si el mayor se sirvió del menor como un instrumento, lo que deriva el problema a otro plano, en la medida que el enjuiciamiento de ambos no será viable en un mismo procedimiento, el uno sujeto al de la LO 5/2000 y el otro a los trámites de la LECrim, con los problemas que, por ruptura de la continencia de la causa, ello conlleva.

(STS 805/2023, de 26 octubre).

ARTÍCULO 250 CP

Estafa procesal: recoger como hecho probado que los acusados presentaron rendiciones de cuentas en procedimiento de tutela en las que se incluían datos que no se correspondían con la realidad sin una mayor precisión, no equivale a la acción de manipulación de pruebas que exige el tipo penal.

[...] Los hechos declarados probados por la Audiencia Provincial, y que hizo suyos el Tribunal Superior, no permiten identificar los elementos reclamados por el tipo de estafa procesal.

Debe recordarse que el tipo no protege al tercero frente a una demanda o contra una pretensión con causa material injusta o ficticia, sino contra el uso fraudulento de los resortes instrumentales que acompañan a la acción provocando que la decisión judicial sea consecuencia de aquella. El fin de protección de la norma penal es la adecuación del proceso decisorio a los valores del proceso justo que excluyen trampas y maquinaciones procesales o procedimentales, como garantías institucionales del rol de la adjudicación judicial.

El tipo identifica esos mecanismos prohibidos con expresa referencia a la manipulación de las pruebas u otros artificios procesales de análogo desvalor y alcance. En estos casos, la conducta penalmente relevante radicaría en sustentar la acción o la pretensión deducida sobre elementos de prueba manipulados. Por contra, la alegación de hechos inconsistentes o inciertos en la demanda o en la solicitud dirigida al tribunal o la no aportación o proposición de determinados medios de prueba caen fuera del espacio típico de la estafa procesal.

Lo que se prohíbe es que quien ejercita judicialmente una acción o formula una pretensión engañe al tribunal aportando medios de prueba falseados u ocultando datos de localización de la parte que pueda verse afectada para impedir que pueda desarrollar una estrategia de defensa u oposición a lo pretendido.

En lógica consecuencia, el tipo excluye de forma explícita del espacio de protección a las alegaciones falsas o inveraces que fundan lo que se pretende.

Extenderlo a estas colisionaría muchas veces con los propios presupuestos dispositivos del proceso civil y podría llevar a considerar que cuando se desestima una demanda por ausencia de fundamento fáctico o normativo de lo reclamado siempre habría habido un intento de engaño al tribunal penalmente relevante.

(STS 236/2023, de 30 marzo).

ARTÍCULO 268 CP

Excusa absolutoria por parentesco en delitos patrimoniales: no apreciable. Con la muerte del causante desaparece todo fundamento material de la excusa absolutoria por parentesco y la herencia yacente también merece protección penal, sin perjuicio de que, sin finalmente es aceptada por los herederos y estos son de cierto grado parental, pueda alegarse entonces, a través del recurso de revisión, la excusa de parentesco.

El motivo se construye sobre un eje argumental: el dinero depositado en la cuenta bancaria era propiedad del hermano fallecido de la recurrente. Esta dispuso del depósito después del fallecimiento de su hermano, pero antes de que el hijo de aquel hubiera aceptado la herencia –en puridad, al tiempo de formalización del recurso, se afirma en el recurso, no consta que la haya aceptado–. Si este repudiara la herencia, sería la madre del causante la heredera o, en su caso, la propia recurrente. En consecuencia, mientras la herencia se encuentre yacente deben pervivir los efectos excluyentes de la responsabilidad penal previstos en el artículo 268 CP derivados de la relación mantenida con el causante.

2. El motivo no puede prosperar, si bien ofrece a este Tribunal la posibilidad de pronunciarnos sobre cuestiones que presentan perfiles novedosos y, en cierta medida, complejos sobre la interacción que puede darse entre el proceso de adquisición de la herencia y la aplicación de la excusa absolutoria del artículo 268 CP.

[...] 4. El recurso sugiere dos cuestiones a despejar: una –que constituye el núcleo del gravamen revocatorio–, relativa a si la yacencia de la herencia mantiene una suerte de vínculo personal «*ultra vires*» entre el causante y el responsable de la conducta típica a los solos efectos de la excusa absolutoria; otra –sugerida indirectamente en el desarrollo argumental del motivo– si de darse las condiciones de aplicación de la excusa absolutoria en caso de aceptación por los llamados a la herencia, ello impediría la condena penal antes de que se determine quién será el heredero.

5. Respecto a la primera, la respuesta no ofrece ninguna duda: con la muerte del causante desaparece todo fundamento material de la excusa absolutoria con relación a conductas típicas ejecutadas después de que aquella se produzca. La excusa del artículo 268 CP, como esta Sala ha reiterado de manera inveterada, tiene un fundamento político-criminal por el que se considera conforme a valores ético-sociales compartidos que el Estado renuncie a la imposición de la pena respecto a determinadas conductas típicas que lesionan el patrimonio ajeno si entre el perjudicado y el autor se da alguna de las relaciones afectivas o parentales previstas en la norma. Se parte de la presunción de que, en estos casos, la respuesta reparatoria, restitutoria o indemnizatoria de naturaleza civil resulta suficiente para recomponer el conflicto afectivo-familiar, evitando, de este modo, que la sanción penal de la persona responsable añada un elemento de particular aflicción que pueda agravarlo.

6. Como lógica consecuencia, para aplicar la excusa absolutoria debe identificarse, al tiempo de comisión, una relación parental o afectiva normativamente significativa entre la persona que sufre el daño patrimonial y quien lo irroga mediante una conducta típica.

Con la muerte, el causante transmite sus derechos y obligaciones patrimoniales a los llamados a sucederle. Nada más (ni menos). Como de manera gráfica se recoge en un brocardo del derecho germánico «el muerto hace heredar al vivo». Y es obvio que

lo que los vivos hagan desde ese momento con el patrimonio hereditario en nada ya puede afectar al causante. Por ello carece de todo sentido la pretendida aplicación de la cláusula de no punibilidad del artículo 268 CP a quien lesiona dicho patrimonio.

[...] 8. La herencia yacente, por tanto, ostenta un interés de conservación jurídicamente protegido, sin que resulte condición «*sine qua non*» para brindar dicha protección la existencia de un derecho actual e inmediatamente atribuido a una persona física o jurídica determinada. Ello se traduce en que la lesión patrimonial de la herencia yacente, mediante una acción constitutiva de delito, debe considerarse penalmente relevante. Se lesiona la propiedad, como bien jurídico protegido, aunque no se conozca todavía quién es su titular.

Ninguno de los tipos penales de protección exigen que, al tiempo de la lesión, el patrimonio hereditario haya sido adquirido por alguno de los llamados a suceder desde la muerte del causante –en este punto, resulta de interés hacer referencia a la regulación del Código Penal de 1973, que extendía, mediante una singular fórmula normativa, la excusa absolutoria prevista en el artículo 564 CP al «consorte viudo respecto de las cosas de la pertenencia de su difunto cónyuge, mientras no hayan pasado a poder de otra persona». Regla que permitía, de contrario, concluir que fuera de ese supuesto excepcional no había óbice alguno de punibilidad cuando la conducta típica afectara al patrimonio yacente–.

9. Como anticipábamos, la segunda cuestión sugerida en el recurso es si la expectativa de aceptación de la herencia por parte de aquellos titulares del «*ius delationis*» respecto de los que se activaría inexorablemente la entrada en juego de la excusa absolutoria ya es suficiente para aplicarla –recuérdese que el artículo 989 CC previene que «los efectos de la aceptación se retrotraen al momento de la muerte de la persona a quien se hereda».

10. La respuesta debe ser también negativa. La aplicación de la excusa del artículo 268 CP en atención a las expectativas que pueden derivarse de la aceptación futura de la herencia por parte de los herederos no respondería al fundamento material al que antes nos referíamos. Y ello por una razón esencial: si la herencia no se acepta es evidente que no se produciría la lesión patrimonial del perjudicado que, enmarcada en la intensa relación personal con el autor de la conducta típica, justifica desplazar la imposición de la pena que correspondería si el infractor fuera un tercero.

Ello se traduce en que mientras se mantenga la situación de yacencia del patrimonio hereditario, los fines de protección a los que sirve prestan cobertura material para el castigo de quien los lesiona mediante acciones constitutivas de delito.

11. Lo anterior no es óbice para que, si después de la firmeza de la sentencia condenatoria se aceptara la herencia por un heredero que de haberla aceptado antes se hubieran dado las condiciones de aplicación de la excusa del artículo 268 CP, se inste la vía de la revisión fundada en el causal del artículo 954 l.d) LECrim. En efecto, si la aceptación hace que el heredero sea titular del patrimonio hereditario desde la muerte del causante –arts. 657 y 989, ambos, CC–, también desde esa fecha deberá ser tenido como perjudicado por los delitos que recayeron sobre dicho patrimonio. En lógica consecuencia, la aceptación ha de calificarse como un «hecho» de conocimiento sobrevenido que, de haberse conocido al tiempo del juicio, hubiera determinado la absolución de la persona condenada.

12. En el caso, es cierto que la sentencia recurrida no precisa si el hijo del fallecido –llamado legalmente *ex* artículo 930 CC a sucederle con exclusión de otros posibles sucesores–, había sido declarado heredero *ab intestato* –condición para aceptar *ex* artículo 991 CC– y, en consecuencia, si había aceptado, al tiempo de interponer la querrela, la herencia de su padre.

13. Pero la duda de titularidad que, en efecto, no despeja la sentencia recurrida no impide, como apuntábamos, la condena de la recurrente por la conducta de apro-

piación, en su modalidad de distracción, que se declara probada recaída sobre bienes de la herencia yacente.

(STS 885/2023, de 29 noviembre).

ARTÍCULO 326 CP

Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente: emisiones, vertidos, depósitos que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales: carácter clandestino.

No negamos que el referido artículo 326 a) dé pie a una interpretación como la realizada por el tribunal provincial, pero entendemos que cabe otra, en esa línea restrictiva [...], y que, en el caso, nos lleva a considerar la invasión, no como un algo distinto e independiente de la explotación minera, sino como un exceso más de todos cuantos incurrió la promotora, unos cualitativos, mediante la agresión a los recursos naturales, y otros cuantitativos, en cuanto que se expandió por unos terrenos para los que no tenía autorización, al igual que no la tenía para la agresión al medio ambiente, y todo ello a partir de unas autorizaciones que sí obtuvo, pero que, en su desarrollo, se extralimitó en todos sus aspectos, siempre con la misma finalidad lucrativa que guio todo el proceder del condenado.

Visto desde este punto de vista, no cabe hablar de la clandestinidad típica del artículo 326 a) CP, pues autorización administrativa para la explotación minera la había, y no se puede considerar que fuera una explotación distinta la que irregularmente se llevó a cabo en el término municipal de Cabrillanes, de la que la misma promotora también llevó en los terrenos invadidos de Villablino. Consideramos, por lo tanto, que no hay clandestinidad en los términos que precisa la agravación, la explotación estaba autorizada y hubo excesos cualitativos por falta de respeto a la normativa medioambiental, pero también cuantitativo por falta de respeto a los terrenos y su consiguiente invasión.

En este sentido, en STS 521/2015, de 13 de octubre de 2015, entendimos que no cabía apreciar la agravación en el caso de una actividad empresarial que cuenta con autorizaciones, pero que se ha desviado de sus términos y de su ámbito. Decíamos así: «Dos tesis sobre lo que deba entenderse por actividad clandestina vienen contraponiéndose: la concepción jurídico formal y la material. Aquella ha de prevalecer, pero bien entendida, sin llegar a exageraciones o exacerbaciones que nublen el fundamento de la agravación que radica en la dificultad de control de actividades cuya existencia no consta a la Administración.

Una panorámica sobre los pronunciamientos que sobre ese particular ha ido produciendo esta Sala permite atisbar que no es este campo apto para la rigidez o un mecánico automatismo, impermeable a matizaciones. Ni la constatación del amparo de la actividad por una simple autorización del tipo que sea evita por sí sola la clandestinidad; ni –en el reverso– la vulneración de los términos de la autorización administrativa conduce inexorablemente al subtipo agravado».

En definitiva, si el fundamento de la agravación está en las dificultades de control que derivan de la inexistencia de autorización, tal circunstancia no se daba en el caso, porque autorizaciones, las había, y está en los excesos de su utilización la relevancia penal de la actividad enjuiciada.

(STS 297/2023, de 26 abril).

ARTÍCULO 379.2 CP

Delitos contra la seguridad vial: conducción con más de 0,60 mg de alcohol por litro de aire espirado. Debe admitirse el criterio de que es admisible el redondeo cuando se aplique el margen de error a la cifra detectada en el alcoholímetro y verificarlo hacia arriba o hacia abajo según resulte del tercer decimal.

El juzgado de lo penal absolvió del delito por el que acusaba el Fiscal del artículo 379.2 CP por aplicar la tesis del «redondeo» que entendía que no conllevaba superar el alcance del 0,60 que exige el texto penal. Y, además, porque entiende que de la prueba practicada el conductor no tenía afectadas sus condiciones para conducir su vehículo de motor. Por ello, dicta sentencia absolutoria por entender que aplicando sus márgenes de error no se superan el 0,60.

Hay que admitir la tesis del juzgado de lo penal que apoya el recurrente. Y ello, porque acudiendo a la tipicidad y al principio del beneficio del reo en caso de duda hay que señalar que el artículo 379.2 CP señala que: En todo caso será condenado con dichas penas el que condujere con una tasa de alcohol en aire espirado superior a 0,60 miligramos por litro o con una tasa de alcohol en sangre superior a 1,2 gramos por litro. Pero para llegar a una solución condenatoria en el caso de que, aplicando el margen de error concreto al supuesto de hecho se llegue a tres decimales y la referencia esté por encima de 0,0450, ello nos lleva a redondear hacia arriba, no hacia abajo, lo que nos sitúa en 0,05 y, en consecuencia, sin que el resultado de aplicar el margen de error a 0,65 esté por encima de 0.60, ya que quedaría justo en 0,60 y se exige que sea superior a esta cifra para que «en todo caso» se dicte la condena. Por ello, el redondeo hay que hacerlo desde el tercer decimal que dé el resultante de aplicar el margen de error, para, de ahí, situarnos en la cifra numérica al segundo decimal, o si el tercer decimal con el cuarto no está en la mitad superior acudir a la cifra inmediatamente inferior del segundo decimal.

De esta manera, con 0,0451 con el margen de error nos iríamos al redondeo a 0,5 (redondeo hacia arriba) y con 0,0450 o 0,0449, nos iríamos a 0,4 (redondeo a la baja) y de esta manera, con detecciones de 0,65 en el primer caso y con el mismo margen de error aplicado al caso concreto del 7,5% nos quedaríamos en 0,60, aplicando el referido porcentaje de error y no sería delito y en el segundo caso nos quedaríamos en 0,61 y sí sería delito del artículo 379 CP.

Es cierto que el artículo 379.2 CP objetiviza la condena con las tasas que fija el precepto. Es decir, que aunque castiga como tipo básico al que condujere un vehículo de motor o ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas, para lo cual se exige la prueba de los signos externos de afectación en la conducción, el legislador adicionó una objetivación en el delito que desconectada de la afectación del alcohol, porque la literalidad del precepto comienza con «en todo caso» será condenado, y fija dos circunstancias:

A.–El que condujere con una tasa de alcohol en aire espirado superior a 0,60 miligramos por litro o B.– Con una tasa de alcohol en sangre superior a 1,2 gramos por litro.

En estas dos circunstancias no se exige que, además, la conducción quede afectada por el consumo de alcohol. En modo alguno, ya que no podemos adicionar exigencias en el tipo penal que... no están en el mismo.

En base al principio de la tipicidad penal de un hecho para entender que está inmerso en el precepto concreto del texto penal es valorar si el hecho en concreto que

se declare probado puede subsumirse en el tipo penal, y en este caso hay que acudir tan solo a la segunda redacción del artículo 379.2 CP que objetiva la comisión del delito simplemente para cuando condujere con una tasa de alcohol en aire espirado superior a 0,60 miligramos por litro.

Como señala la Circular 10/2011, de 17 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de Seguridad Vial «La reforma del CP operada por LO 15/2007 introduce un nuevo tipo en el párrafo 2º inciso 2º del artículo 379 CP que, en esencia, recoge el criterio de la Instrucción 3/2006, al castigar de forma autónoma en todo caso [...] al que condujere con una tasa de alcohol en aire espirado superior a 0,60 miligramos por litro o con una tasa de alcohol en sangre superior a 1,2 gramos por litro.

La incriminación aporta seguridad jurídica a los propios ciudadanos. Les permite conocer cuáles son las tasas con las que inciden en la norma penal sea cual fuere el territorio en que conduzcan. Ha propiciado un notable aumento del número de procedimientos de conformidad, dada la objetividad y claridad del supuesto típico.

La solución legislativa no es novedosa en el derecho comparado, donde es frecuente la configuración por estas razones de delitos objetivadores de la influencia del alcohol. Así, en Luxemburgo y Portugal la tasa típica es de 0'6 mg/litro de aire espirado, en Francia se reduce a 0'4 mg/litro de aire espirado y en Italia aún más a 0'25 mg/litro de aire espirado. En Alemania el tipo de influencia se complementa con la tasa jurisprudencialmente consolidada y vinculante para los Tribunales inferiores de 0'55 mg/litro.

El delito del artículo 379.2.inciso 2 CP funda su injusto en un juicio de peligrosidad del legislador, basado en los datos científicos apuntados. Es sin duda infracción penal de peligro abstracto con la consecuencia de que no es preciso probar la influencia en la conducción. Así se desprende de la expresión en todo caso, frente al tipo anterior subsistente en el art 379.2 inciso 1 CP, en que sí son necesarios otros medios de prueba. En definitiva, constatada la conducción con la tasa legal es innecesaria la concurrencia de maniobras irregulares o signos externos de embriaguez, aunque en la generalidad de los casos se detectarán.

La nueva formulación típica no implica la despenalización de las conducciones con tasas inferiores a 0'6 mg».

Sobre la objetivación del tipo penal señala la mejor doctrina que la tasa de alcohol en aire o sangre, al haber sido objetivada puniblemente en el artículo 379.2 inciso segundo del CP, en el delito que hemos dado en llamar conducción con tasa típica, ha adquirido carta de naturaleza de elemento del tipo más que de medio probatorio, debido al empleo de la expresión «en todo caso».

Así, superada la tasa de alcohol en aire espirado superior a 0,60 miligramos por litro o con una tasa de alcohol en sangre superior a 1,2 gramos por litro hay delito del artículo 379.2 CP y no solo infracción administrativa y dado que hay que hacer dos pruebas de alcoholemia en el caso de que se obtengan en ambas pruebas resultados dispares, lo que es bastante probable, conforme a lo expuesto sobre la curva de Widmark, debe tomarse en consideración el resultado más bajo de los dos obtenidos, conforme al principio *in dubio pro reo*.

Señala a tal efecto el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sección Pleno, Sentencia 436/2017 de 15 Jun. 2017, Rec. 2122/2016 que: «La Ley Orgánica 15/2007, de 30 de noviembre, de modificación del Código Penal en materia de seguridad vial alteró, en efecto, la morfología de este delito que pasó al apartado segundo del artículo 379 CP incorporando una variante: Con las mismas penas (las señaladas en el apartado primero) será castigado el que condujere un vehículo de motor o ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas. En todo caso será condenado con dichas penas

el que condujere con una tasa de alcohol en aire espirado superior a 0,60 miligramos por litro o con una tasa de alcohol en sangre superior a 1,2 gramos por litro.

El Preámbulo de la referida Ley Orgánica proclamaba: «el contenido básico (de la reforma) persigue, de una parte, incrementar el control sobre el riesgo tolerable por la vía de la expresa previsión [...] de niveles de ingesta alcohólica que hayan de merecer la misma consideración (peligrosos). A partir de esa estimación de fuente de peligro se regulan diferentes grados de conducta injusta, trazando un arco que va desde el peligro abstracto hasta el perceptible desprecio por la vida de los demás.

De esa manera una nueva formulación típica complementa la modalidad clásica objetivando el peligro inherente a la conducción tras la ingesta de bebidas alcohólicas cuando de ella se deriva una tasa de alcohol en aire espirado superior a un determinado nivel. Esta segunda conducta es considerada como accesoria de la anterior; pero goza de alguna autonomía. Es descrita con fórmula y términos miméticos a la tipificación de las infracciones administrativas. La conducción con una tasa superior es en todo caso punible. Se ha tipificado una tasa objetivada de alcohol basada en un juicio de peligrosidad formulado *ex ante* por el legislador que ha ponderado la influencia estadística de esta fuente de peligro en la siniestralidad vial. No se requiere acreditar una afectación real (el legislador la presume en ese caso con la base de los conocimientos que proporcionan la experiencia y estudios científicos ligados a la toxicología); ni signos de embriaguez o alguna irregularidad vial. No es dable excluir la tipicidad intentando demostrar la inidoneidad *in casu* para afectar a la conducción. Es una infracción de peligro abstracto o conjetural: el legislador declara cuáles son los límites por encima de los cuales la conducción no resulta ya penalmente tolerable, al margen de cualquier otra circunstancia añadida, por el riesgo que incorpora.

De forma oblicua, mediante un mero *obiter dictum*, esta Sala ha reconocido la naturaleza objetivada del delito previsto en el inciso segundo del artículo 379.2 CP en la STS 706/2012, de 24 de septiembre. Al analizar un supuesto en el que las tasas de alcohol en aire espirado eran inferiores a las prevenidas en el referido inciso segundo, se apostilla «que (en el caso analizado, el hecho de que) la tasa sea insuficiente para generar de forma automática responsabilidad penal según el texto del artículo 379 vigente desde la Ley Orgánica 15/2007 es una aseveración compartible: se fija la tasa objetivada en 0,60. Eso no excluye que con tasas inferiores se pueda llegar a una condena por el delito del artículo 379, si se demuestra la repercusión en la conducción».

Así, es cierto que el artículo 379.2 CP objetiviza la condena con las tasas que fija el precepto y sin mayores exigencias probatorias.

Se recuerda, también, que los etilómetros se encuentran regulados en la Orden ICT/155/2020, de 7 de febrero, por la que se regula el control metrológico del Estado de determinados instrumentos de medida donde el Anexo XIII lleva por rúbrica «Instrumentos destinados a medir la concentración de alcohol en el aire espirado» y en el Apéndice III trata del Procedimiento técnico de ensayos para la verificación después de reparación o modificación de etilómetros y el Apéndice IV del Procedimiento técnico de ensayos para la verificación periódica de etilómetros donde se recoge en el punto 4 los errores máximos permitidos y repetibilidad.

Los errores máximos tolerados son los establecidos en la Recomendación OIML R 126, en vigor, para instrumentos en servicio donde en el punto núm. 5 se refieren a los requisitos metrológicos y los errores máximos permitidos (MPE) según se trate de errores máximos permitidos para la aprobación de tipo y verificación inicial y verificación después de reparación, o errores máximos permitidos para alcoholímetros en operación. Esta Recomendación se aplica a los alcoholímetros cuantitativos que muestran el resultado de la medición de la concentración de alcohol en el aire espi-

rado con el propósito de establecer el cumplimiento con las políticas nacionales de lucha contra el abuso del alcohol.

En este caso el hecho probado describe que Las pruebas se realizaron con un etilómetro evidencial marca Dräger modelo Alcotest 7110 MK-III E, con número de serie ARXE-0026 y calibración válida hasta el 21/7/2021, a las 01.24 y 01.42 horas, y arrojaron, respectivamente, un resultado de 0,65 y 0,65 miligramos de alcohol por litro de aire espirado.

El criterio de la sentencia recurrida de la AP huye de redondeos y considera que «se tiene que tomar en consideración un margen de error del 7,5%, que en el caso que nos ocupa es de 0,04875 mg de alcohol por litro de aire aspirado. Deducido el importe que comprende el margen de error de referencia, el resultado final se sitúa en 0,60125 miligramos de alcohol por litro de aire aspirado, superior a la cifra de 0,6 miligramos que establece el artículo 379.2 del Código penal como frontera mínima de la punibilidad.

En cualquier caso, como se ha expuesto antes la práctica del «redondeo» es técnica utilizada y a utilizar en estos casos y aplicable en beneficio del reo, porque esta técnica se utiliza en otros sistemas como ocurre con el redondeo en euros cuando concurre tercer decimal. Hay que recordar que el redondeo es una práctica común en las operaciones matemáticas y financieras que consiste en aproximar el resultado de una operación a un valor determinado. En el caso de la contabilidad y las finanzas, el redondeo se utiliza para simplificar cálculos y para ajustar los valores a las normativas contables y fiscales. El redondeo se realiza en función del número de decimales a los que se quiere aproximar el valor. El redondeo es, así, una técnica aritmética para encontrar una aproximación de un número preciso. Los números decimales se redondean a un lugar decimal específico para que sean fáciles de entender y manejables, en lugar de tener una larga cadena de lugares decimales.

Con ello, en el caso que nos ocupa el recurrente considera que: «El tipo penal exige que el resultado arrojado por el acusado debe superar los 0,60 mg/l. Así, el tipo penal limita su atención a los únicos dos primeros decimales del resultado obtenido, 0,60 mg/l. Si aplicamos el margen de error al resultado del etilómetro, en modo alguno discutido, la cifra que debe ser valorada a los efectos de aplicar el tipo penal (habida cuenta que la sintomatología descarta la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas) es la de exactamente 0,60 mg/l. Es decir, no una cifra superior a dicho resultado, que sería la tendría relevancia penal».

Considera que el tipo penal sólo recoge dos decimales, y no tres y que, por ello, el resultado final que afirma la sentencia de 0,60125 no está por encima de 0,60 si lo situamos en dos decimales.

Hay que tener en cuenta que el resultado objetivo que se fija en los hechos probados fija un resultado de 0,65 y 0,65 miligramos de alcohol por litro de aire espirado; es decir, que después de las dos pruebas realizadas en la prueba de alcoholemia el condenado dio como resultado una prueba final que en ambas mediciones superó el mínimo permitido.

La cuestión es que se recurre a lo que se denomina el «margen de error» y la consideración acerca de si operan dos decimales o tres.

Tomando en cuenta lo anterior, lo que ha sucedido es que el Juzgado de lo Penal ha aplicado el redondeo a la cifra final resultante de restar a la medición efectuada por la Policía Local (0,65) el margen de error del alcoholímetro (0,04875). La operación aritmética es $0,65 - 0,04875 = 0,60125$, cifra que redondeada se queda en 0,60, y, por consiguiente, conduce a la absolución.

En cambio, la Audiencia Provincial prescinde del redondeo, estima que un índice de 0,60125 es superior a 0,60, marcado por el tipo penal, revoca la decisión absoluta de primera instancia y condena.

Entendemos, por nuestra parte, como se expone, que debe admitirse el criterio de que es admisible el redondeo cuando se aplique el margen de error a la cifra detectada en el alcoholímetro conforme ya se ha explicado y verificarlo hacia arriba o hacia abajo según resulte del tercer decimal. Por ello, aplicando el margen de error y el necesario redondeo nos daría 0,60 mgr/l alcohol que «no supera» lo establecido en ese inciso segundo del párrafo segundo. Y el redondeo se hace siempre en cualquier típico de cálculo matemático (por ejemplo, la conversión de pesetas a euros) hacia la cifra principal más cercana, en este caso el 0,05 sin que puedan computarse en contra del reo más decimales añadidos (el 7,5% de 0,65 en realidad es 0,04875) a los dos que resultan en este caso cuando el Código Penal sólo fija dos decimales en la descripción típica, es decir, que la tasa de alcohol sea superior a 0,60 mgr/l y no a 0,602, por ejemplo. Un concepto relacionado con el redondeo es el truncamiento, que pertenece al análisis numérico (un subcampo matemático) y se refiere a la técnica utilizada para reducir la cantidad de dígitos decimales, o sea, aquellos que se encuentran a la derecha del separador, que es lo que en este caso procede para resolver este problema.

En el artículo 379.2 inciso segundo del CP se hace referencia a que la tasa de alcohol en aire espirado sea superior a 0,60 mg/l o una tasa de alcohol en sangre superior a 1.2 gramos por litro. Es decir, es delito en el momento en que la tasa de alcohol en aire espirado sea superior a 0,60 mg/l.

Hay que entender que el derecho del reo a no hacer valer más de dos decimales como traslación del «*in dubio pro reo*», debe admitirse en caso de duda, y sobre todo cuando el texto penal cifra dos decimales y que en los casos de cifras derivadas del margen de error que arrojen tres decimales debe acudir al redondeo para situarlo hacia arriba o hacia abajo según la aproximación del tercer decimal que nos lleve a subir a 0,05 o a situarlo en 0,04 para, de ahí, aplicarlo a la tasa de 0,65 que en este caso resultó, que es, con las aplicaciones de los márgenes de error, donde surge la duda en los casos en que, como en el supuesto presente se ha planteado, fijándose, en consecuencia, criterio en favor del reo. Todo ello, claro está, salvo que se aprecien signos externos determinantes de la alcoholemia, ya que esta vía del artículo 379.2 *in fine* CP siempre es subsidiaria de la percepción de la conducción con síntomas de conducir bajo la influencia del alcohol, y, por ello, creando el estado de riesgo en la circulación que es lo que configura el tipo penal, y en cuyo caso la condena vendría por la probanza de la afectación en la conducción del consumo de alcohol sin necesidad de aplicar el criterio objetivo del artículo 379.2 *in fine* CP.

(STS 788/2023, de 25 octubre).

ARTÍCULO 384 CP

Conducción sin haber obtenido permiso de conducir: están excluidos del delito quienes posean un permiso de conducir extranjero, tanto los correspondientes a otros países de la Unión Europea, pero que no alcanzan validez en España, como los permisos de países no comunitarios o un permiso internacional

El artículo 15.1 del Real Decreto 818/2009, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General de Conductores, dispone que «los permisos de conducción expedidos en cualquier Estado miembro de la Unión Europea o en Estados Parte del

Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo con arreglo a la normativa comunitaria mantendrán su validez en España, en las condiciones en que hubieran sido expedidos en su lugar de origen, con la salvedad de que la edad requerida para la conducción corresponderá a la exigida para obtener el permiso español equivalente».

– La jurisprudencia consolidada de esta Sala Segunda (entre otras, SSTS 472/2015, de 9 de julio; 335/2016, de 21 de abril; 583/2020, de 5 de noviembre; y 593/2020, de 11 de noviembre), ha mantenido que la tipicidad del último inciso del artículo 384.2 –conducir sin haber obtenido nunca el permiso o licencia– exige que el autor jamás haya obtenido permiso de conducir. Por eso ha de expulsarse del radio de acción del precepto a quien posee permiso extranjero; tanto aquellos correspondientes a otros países de la Unión Europea, pero que no alcanzan validez en España (art. 24 del Reglamento General de Conductores), como permisos de países no comunitarios (art. 30) o un permiso internacional. Esta tesis se sustenta sobre tres argumentos:

a) Un argumento gramatical: el artículo 384 CP habla de la obtención, no de la validez en nuestro derecho, del permiso con el que se conduce. No se distingue si el permiso o licencia se ha obtenido dentro o fuera del territorio nacional. La expresión «nunca» es concluyente.

b) El examen de la tramitación parlamentaria refuerza esta interpretación. La redacción final del nuevo tipo penal tiene su origen en una enmienda en la que expresamente se aludía a no «haber obtenido nunca un permiso o licencia de conducción, expedido por autoridad pública de cualquier país».

c) Una interpretación teleológica abunda en esa exégesis. El tipo obedece a la idea de preservar el bien jurídico protegido, la seguridad vial, frente a todos aquellos que se aventuran a pilotar un vehículo de motor sin haber obtenido un permiso, precisamente por el plus de peligrosidad que entraña para el resto de los usuarios de las vías públicas la conducción de vehículos por quienes no hayan acreditado una mínima aptitud para su manejo. Se protege, así pues, no tanto el control por parte de la Administración Española de las habilitaciones para conducir, como el bien jurídico «seguridad vial» que sólo se puede presumir puesto en peligro cuando quien maneja el vehículo de motor no ha demostrado nunca las capacidades mínimas para realizar tal actividad. Que haya quedado habilitado en otro país cuando tal habilitación es susceptible de ser reconocida por el Estado Español hace decaer la presunción legal de peligro. (STS 32/2018, de 22-1).

En la STS 1032/2013 de 30 de diciembre, se afirma que «...conducir un vehículo a motor con una licencia de conducción no homologada en España o caducada constituye una infracción administrativa grave, pero no un delito contra la seguridad vial del artículo 384.2 del CP. Por tanto, la presentación de documentación que no se conoció en el juicio y que acredita la previa obtención de una licencia para conducir vehículos de motor en un país extranjero, supone la aportación de datos nuevos que podrían acreditar la inocencia del condenado y permiten abrir el cauce del artículo 954.4 de la LECrim (vid. sentencias 977/2010, de 8 de noviembre o 982/2010, de 5 de noviembre).

[...]En definitiva, conducir un vehículo de motor o ciclomotor sin permiso de conducir, aunque no lo tuviera homologado en España en el momento de la condena, sería, en todo caso, una falta administrativa grave, pero no un delito contra la seguridad vial del artículo 384.2 CP (STS 38/2016, de 2-2).

Por tanto, la presentación de documentación que no se conoció en juicio por haber extraviado el penado Victoriano el permiso de conducir expedido por el Reino de Bélgica y que acreditaba que estaba en posesión en la fecha de los hechos de un

permiso de conducir, supone la aportación de dato nuevo acreditativo de su inocencia y que ha de llevar a la revisión de la sentencia y su anulación.

(STS 14/2023, de 19 enero).

ARTÍCULO 404 CP

Prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos: autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dicte una resolución arbitraria en asunto administrativo. Comisión por omisión. Cooperación necesaria inexistente: no puede dictarse una condena por delito de prevaricación cometido por particular en delito cometido por autoridad o funcionario público con la escueta mención que consta en los hechos probados de que era él quien mantuvo las relaciones con el Ayuntamiento con relación a las obras.

Hay que señalar que en los casos de condenas en comisión por omisión, como apunta la mejor doctrina, si lo que se pretende es igualar una acción a una omisión, lo primero en lo que deberemos fijarnos es en la consecuencia de la inhibición, en sus efectos, porque sólo evaluando estos estaremos en condiciones de determinar si una actuación administrativa hubiese podido impedirlos; precisamente ahí radica la esencia de la comisión por omisión: en saber si el despliegue de una determinada actividad, que el sujeto activo debería haber asumido en base a su posición de garante, hubiera podido impedir un determinado resultado.

El recurrente estaba en una posición idónea para rectificar la mala praxis que se estaba llevando a cabo y con su colaboración, pero no actuó para evitarlo pudiendo hacerlo y exigiéndosele un deber de actuar como máximo responsable del consistorio. No se trató de algo que estaba oculto a los ojos del mandatario municipal, sino que se conocía, hubo reparos, se debatió sobre ello y se consintió a sabiendas de una ilegalidad que era patente y notoria, así como notable. Hay que recordar en este contexto que el art.11. 1 CP establece que «Los delitos que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equipará la omisión a la acción: a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar».

Así, en el delito de prevaricación omisiva consideramos el resultado de la forma indicada, observando primero la consecuencia o efecto y luego la resolución administrativa que hubiera podido evitarlo, como un todo que integra el resultado delictivo. En este caso la mayoría doctrinal y la propia jurisprudencia de esta Sala no tenemos ninguna dificultad para aplicar la cláusula general que contiene el artículo 11 del CP, porque, en efecto, lo que habrá es que dilucidar si la no evitación del resultado equivale a su causación y en el presente caso resulta evidente que al no evitar el resultado de impedir continuar con el troceamiento de facturas y la ejecución de obra sin adjudicación alguna en concurso público se dio lugar al resultado.

A todo esto se añade la referencia al Pleno no Jurisdiccional de Sala del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1997, donde este Pleno se decantó a favor de la admisibilidad de la comisión por omisión, especialmente tras la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento

Administrativo Común que viene a otorgar a los actos presuntos, en determinadas materias y bajo ciertas condiciones, el mismo alcance que si se tratase de una resolución expresa.

Señala la mejor doctrina en esta línea que a esta postura a favor de considerar la comisión por omisión en los delitos de prevaricación en supuestos excepcionales –con cita de las SSTTS de 17 de julio de 2012, 16 de abril de 2002, 18 de marzo de 2000, 9 de junio de 1998 y 2 de julio de 1997, todas posteriores al Pleno– se refiere la STS de 23 de octubre de 2013, concretamente a aquéllos casos especiales en que es imperativo para el funcionario dictar una resolución y en los que su omisión tiene efectos equivalentes a una denegación, en la medida que la LRJ-PAC «equipara en supuestos específicos los actos presuntos a las resoluciones expresas».

[...] c.– Doctrina del Tribunal Supremo que avala la comisión por omisión en la prevaricación administrativa.

Hemos señalado en la sentencia del Tribunal Supremo 25/2015 de 3 Feb. 2015, Rec. 10239/2014 que:

«La comisión por omisión requiere (STS de fecha 2 de julio de 2009, entre otras muchas), de unos presupuestos:

«a) un presupuesto objetivo que debe ser causal del resultado típico, al no evitar su producción. b) un presupuesto subjetivo consistente en la voluntad de cooperar causalmente con la omisión en la producción del resultado o bien de facilitar la ejecución; y c) un presupuesto normativo, consistente en la infracción del deber jurídico de impedir la comisión del delito, que es lo que se denomina encontrarse en la posición de garante.

Así pues, la posibilidad de prevaricación omisiva concurre en aquellos casos en los que la autoridad o funcionario se vea impelida al dictado de una resolución, y en este caso ello era concurrente, y, pese a ello, no actuó y se negó a impedir lo que estaba pasando. Por ello, todo el proceso ocurre con su actuación colaborativa y responsable en el terreno del derecho penal en la forma objeto de condena de la comisión por omisión, no siendo admisible la permisividad y consentimiento colaboracional de un alcalde en el proceso de no sacar a licitación obras que deben serlo según la normativa administrativa.

En el motivo 4.º se sostiene que no puede ser autor del artículo 28 en relación del artículo 11 CP porque no ocupaba la posición de garante porque no existía la obligación de actuar porque, en todo caso, había delegado las funciones en esta materia y porque no existe una obligación especial prevista en la ley Desarrollo.

Resulta evidente la posición de garante del recurrente por su condición de alcalde y conocedor de lo que estaba pasando, facilitándolo todo con su comisión por omisión. Era quien podría haber impedido lo que ocurrió y, sin embargo, no lo hizo. [...] Recuerda el tribunal en este caso que:

Considerada la prevaricación como delito de infracción de un deber, éste queda consumado en la doble modalidad de acción u omisión con el claro apartamiento de la actuación de la autoridad del parámetro de la legalidad, convirtiendo su comportamiento en expresión de su libre voluntad, y por tanto en arbitrariedad.

Es cierto que no toda omisión puede constituir el comportamiento típico de un delito de prevaricación, porque no cualquier omisión de la autoridad o funcionario puede considerarse equivalente al dictado de una resolución. La posibilidad de prevaricación omisiva concurre en aquellos casos en los que la autoridad o funcionario se vea impelida al dictado de una resolución, bien porque exista una petición de un ciudadano y el silencio de la autoridad o funcionario equivalga legalmente a una denegación de la petición, o bien porque exista una norma que de forma imperativa imponga

la adopción de una resolución, y la Administración haya realizado alguna actuación tras la cual sea legalmente preciso dictar dicha resolución, de manera que la omisión de la misma equivalga a una resolución denegatoria, implicando de alguna manera un reconocimiento o denegación de derechos (ver STS 771/2015, de 2 de diciembre).

Es evidente la arbitrariedad de la actuación del recurrente, porque en casos semejantes ya hemos reflejado que se podrá apreciar la existencia de una resolución arbitraria, cuando omitir las exigencias procedimentales, suponga principalmente, la elusión de los controles que el propio procedimiento establece sobre el fondo del asunto; pues en esos casos la actuación de la autoridad o funcionario no se limita a suprimir el control formal de su actuación administrativa, sino que con su forma irregular de proceder elimina los mecanismos que se establecen, precisamente, para asegurar que su decisión se sujete a los fines que la ley establece para la actuación administrativa concreta, en la que adopta su resolución. Y si omite el impedir la irregularidad supone colaborar con ella cuando resulta palmario su conocimiento como en este caso se declara probado.

[...] También en la sentencia del Tribunal Supremo 82/2017 de 13 Feb. 2017, Rec. 729/2016 hemos señalado que:

La doctrina de esta Sala ha admitido la posibilidad de cometer el delito de prevaricación por omisión en aquellos casos especiales en que era imperativo para el funcionario dictar una resolución (Acuerdo del Pleno de esta Sala de 30 de junio de 1997 y STS 784/1997, de 2 de julio, Alcalde que no convoca un Pleno para resolver una moción de censura, STS de 9 de junio de 1998, Alcalde que por enemistad con un vecino se niega a darle un certificado de empadronamiento, STS núm. 190/1999, de 12 de febrero, STS núm. 965/1999, de 14 de junio, STS núm. 426/2000 de 18 de marzo, STS 647/2002, de 16 de abril, STS 1382/2002, de 17 de julio, Alcalde que se niega a convocar una comisión de investigación en el Ayuntamiento y a facilitar datos a un Concejal, STS 787/2013, de 23 de octubre, STS 771/2015, de 2 de diciembre, etc.).

[...] No hay pues, inconveniente alguna en admitir la forma de la comisión por omisión en estos caso, porque, como apunta la mejor doctrina, además de estar ante un delito de resultado, no debe hacerse una interpretación gramatical férrea del término «dictare», sino que la norma que tipifica este delito debe interpretarse sistemáticamente, esto es, en armonía con las demás normas que regulan prevaricaciones, como la judicial (donde no es posible abstenerse de dictar resolución), y en armonía también con la normación administrativa sobre el particular (silencio administrativo), de suerte que «puede estimarse equivalente a la activa causación del resultado (“resolución”) la aparición de éste cuando el sujeto, el funcionario, hubiera podido impedir la cumpliendo su deber jurídico de actuar».

[...] No puede admitirse que los hechos probados se refieren o constituyen una práctica de la Administración, si se quiere irregular desde el punto de vista administrativo y sometida a la jurisdicción contencioso administrativa. En modo alguno es así. Ya se ha expuesto la existencia de una actuación grosera consistente en adjudicaciones de contratos sin exigencia de un procedimiento público de adjudicación. Ello no puede consistir en una mera ilegalidad administrativa, sino que traspa de la infracción administrativa para entrar en el terreno del derecho penal. Y tampoco se trata de que cuando se aplica el derecho penal en lugar del administrativo llegue consigo una especie de exigencia de que se aplique el principio de intervención mínima del derecho penal.

[...] No es la gravedad o levedad de la conducta, o la gravedad o levedad de la sanción penal el parámetro a tener en cuenta, sino que es un principio que se dirige, por un lado, al legislador para que pueda despenalizar conductas por no ser la vía

penal la apropiada para anudar sanciones a determinadas conductas que tienen mejor acomodo en otros órdenes jurisdiccionales. Y, por otro lado, dirigido, eso sí, al juez o tribunal para aplicarlo si existen dudas de la concurrencia de los elementos del tipo penal y cuya valoración sea siempre interpretada en beneficio del reo.

[...] Por ello, si existe clara tipicidad penal, como en este caso concreto ocurre, no se trata de que se «opte» por otros órdenes jurisdiccionales porque la ilicitud sea menos gravosa, sino que en caso de dudas se opte por otras vías que también son sancionadoras al margen de la penal. Pero si hay clara tipicidad penal por concurrencia de los elementos subjetivos y objetivos del tipo penal es inaplicable el principio de intervención mínima del derecho penal, porque no se trata, como decimos, de que el juez o tribunal tenga la capacidad de opción si hay tipicidad, sino que en caso de duda se opte por la vía no penal para remitirlo a otras sancionadoras distintas de la pena como respuesta.

[...] En los hechos probados núm. 4 y 5 de la sentencia lo que se hace constar respecto de la intervención del recurrente tanto en las obras del trinquete como de la casa consistorial es que: Las relaciones de la empresa Píaf S. L. con el Ayuntamiento en estas obras del Trinquete se gestionaron y materializaron a través de Luis. Y lo mismo en el núm. 5 respecto de la casa consistorial. Nada más.

[...] Hay que tener en cuenta que si enfocamos la queja casacional por la vía del «error iuris» la queja casacional debe prosperar, ya que la referencia que consta en los hechos probados no permite en modo alguno un proceso de subsunción de los hechos probados en el artículo 404 CP en cuanto a la intervención del particular en el tipo penal cometido por autoridad o funcionario público. [...] debe constar en los hechos probados la mención en el «*factum*» que permita después el proceso de subsunción jurídica de los hechos probados en el tipo penal objeto de condena, que en este caso es de prevaricación, y, por ello, respecto del recurrente la participación del particular en el delito cometido por autoridad o funcionario público.

Pero lo que no se puede hacer es llevar este proceso al revés; es decir, fundamentar la condena en los fundamentos de derecho con omisión absoluta en el «*factum*» que permita habilitar el proceso de subsunción en el tipo penal objeto de condena.

[...] El Fiscal acude a un habilidoso y razonable argumento para reajustar los términos sentenciales, procediendo a la denominada «cointegración del *factum*» con afirmaciones inequívocamente fácticas contenidas en la fundamentación jurídica.

Somos conscientes que sobre este tema se han mantenido posturas diferentes, aunque va ganando predominio la que establece una tajante separación entre el contenido del *factum* y la fundamentación jurídica

[...] Por ello, no puede dictarse una condena por delito de prevaricación cometido por particular en delito cometido por autoridad o funcionario público con la escueta mención que consta en los hechos probados de que era él quien mantuvo las relaciones con el Ayuntamiento con relación a las obras. Es altamente insuficiente para en un Estado de derecho fundar una condena con esta redacción en el «*factum*» por un delito de prevaricación del que debe ser absuelto por ello.

(STS 493/2023, de 22 junio).

ARTÍCULO 432 CP

Malversación de caudales públicos: el nuevo texto de malversación por LO 14/2022 distingue la apropiación de fondos por parte del autor o que éste consienta su apropiación por terceras personas, ar-

título 432, el uso temporal de bienes públicos sin animus «rem sibi habendi» y con su posterior reintegro, artículo 432 bis) y un desvío presupuestario o gastos de difícil justificación artículo 433; el ánimo de lucro se identifica con el animus «rem sibi habendi», que no exige necesariamente enriquecimiento, siendo suficiente que el autor haya querido tener los objetos ajenos bajo su personal dominio.

La primera objeción que realizan los recurrentes a que los hechos sean punibles bajo el tipo del artículo 432 CP deriva de entender que se ha producido una modificación esencial en la redacción del precepto, al sustituirse la acción delictiva desde el verbo «sustraer» al verbo «apropiarse», sin que el juicio histórico pueda integrar ese acto de apropiación que exige el tipo, ni desde la perspectiva del elemento objetivo del tipo ni de su elemento subjetivo.

Sin embargo, como expresa la Exposición de Motivos de la LO 14/2022, con la nueva redacción del delito de malversación, se opera «un regreso al modelo tradicional español»; es decir, al sistema vigente en el momento de autos (pues entre ambas normativas medió la reforma resultante de la LO 1/2015 en ningún momento aplicada en autos), modelo tradicional en cuya consecuencia resultan los recurrentes condenados; y el verbo que utilizaba el artículo 394 del CP TR/1973, así como el artículo 432 en la redacción inicial del CP 1995 y mantiene la reforma que surge con la LO 15/2003, vigente al momento de autos, efectivamente es sustraer, y la jurisprudencia de manera constante entendió el término sustraer como equivalente a «apropiación sin propósito de ulterior reintegro» (STS de 31 de enero de 1991, rec. 3908/1989) y reitera que por sustraer ha de entenderse en un sentido amplio, como separar, extraer, quitar o despojar los caudales o efectos, apartándolos de su destino o desviándolos de las necesidades del servicio para hacerlos suyos o de otro, en apropiación definitiva, con deseo de no restituir (STS núm. 1288/1992, de 15 de abril); que la modalidad consistente en sustraer implica la apropiación de los bienes de que se trata, con carácter definitivo (STS núm. 3452/1994 [sic], de 30 de noviembre).

[...] Y así lo indica ya la STS 749/2022, de 13 de septiembre, que resuelve el recurso de casación contra la sentencia cuya revisión ahora se solicita, cuando precisa que según el Diccionario de la RAE el término «sustraer» que utiliza el precepto aplicado (432 CP derogado) no sólo es la acción de apropiación sino «apartar o separar», por lo que dentro de la acción de sustraer se inserta la acción de disponer de los bienes de forma definitiva. Es decir, en contra de la alegación de los recurrentes, el verbo descriptivo de la acción, sustraer, no tiene significado típico diverso de apropiarse en la conducta de malversación examinada.

[...] Relacionada directamente con la primera objeción, también cuestionan los recurrentes, la concurrencia del elemento subjetivo del nuevo tipo penal porque las modificaciones legislativas operadas y la nueva configuración de los delitos de malversación propugnan un entendimiento del elemento subjetivo el tipo del artículo 432 como una verdadera finalidad de lucro personal o de tercero y no como un *animus rem sibi habendi* en sentido amplio, en que cabría cualquier disposición a título de dueño. Entienden que el cambio terminológico y la tipificación autónoma del desvío presupuestario en el artículo 433 no se concilia con la interpretación extensiva del ánimo de lucro que venía asumiendo la jurisprudencia, pues en otro caso, su aplicación sería prácticamente inviable. Y de los hechos probados no se acredita el lucro personal ni de los acusados, ni de ningún tercero.

La normativa intermedia, consecuencia de la LO 1/2015, en la descripción de la conducta típica, efectivamente, no se recogía el ánimo de lucro, pero al margen de que

se entendía implícito, es patente que la aplicación de esta norma intermedia, no es más beneficiosa para los recurrentes, pues no recoge tipo alguno atenuando de mera desviación presupuestaria, mientras que cuando el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados, excede de 250.000 euros, en caso de continuidad, tiene un suelo de siete años de prisión.

Pero el cotejo que se insta es la redacción anterior a esa reforma de 2015, con la actual normativa resultado de la reforma operada por la LO 14/2002; y de las conclusiones del fundamento anterior, además del entendimiento de la equivalencia del verbo típico, sustraer y apropiarse, por una parte, sucede que el elemento subjetivo expresamente exigido antes y ahora, es el mismo: ánimo de lucro, de donde no cabe concluir diferencia alguna, como pretenden los recurrentes.

Ánimo de lucro presente en múltiples delitos patrimoniales, donde concorde doctrina y jurisprudencia, no se reduce al enriquecimiento propio.

Así, el ATS 20107/2023, de 13 de febrero, dictado en la CE 20907/2017, precisaba que el concepto de ánimo de lucro no puede obtenerse mediante su identificación con el propósito de enriquecimiento. Baste para respaldar esta idea la cita de la STS 1514/2003, de 17 de noviembre, en la que ya subrayábamos que «... la jurisprudencia viene sosteniendo, desde hace más de medio siglo, que el propósito de enriquecimiento no es el único posible para la realización del tipo de los delitos de apropiación. En particular el delito de malversación es claro que no puede ser de otra manera, dado que el tipo penal no requiere el enriquecimiento del autor, sino, en todo caso, la disminución ilícita de los caudales públicos o bienes asimilados a éstos».

Efectivamente, el ánimo de lucro tal como se describe en la STS 506/2014 de 4 de junio, con cita de la 653/2013 [sic], de 15 de julio, que a su vez cita otras varias, se identifica, como en los restantes delitos de apropiación, con el *animus rem sibi habendi*, que no exige necesariamente enriquecimiento, siendo suficiente que el autor haya querido tener los objetos ajenos bajo su personal dominio.

Explica también el referido ATS 20107/2023, que esta conducta típica ahora contenida en el artículo 433 es una copia literal del predemocrático artículo 397 del CP. La única diferencia radica en que, mientras que el Código Penal ya histórico castigaba esa conducta con las penas de multa e inhabilitación, ahora el delito puede castigarse, en su forma agravada, con una pena de prisión de 1 a 4 años cuando «...resultare daño o entorpecimiento graves al servicio público». El legislador ha entendido que, en supuestos de ausencia de ánimo de lucro, en los que el patrimonio público se vincula a una finalidad pública, eso sí, distinta de aquella a la que inicialmente estuviera destinado, la pena ha de atenuarse sensiblemente, hasta el punto de que, en aquellos casos en que no queda acreditado ese daño o entorpecimiento graves, las penas pueden limitarse a una multa e inhabilitación.

En cuya interpretación, la jurisprudencia de esta Sala, recuerda el referido ATS 20107/2023, venía siendo rigurosa frente a alegaciones defensivas que han pretendido la exoneración o la atenuación de las conductas imputadas por el hecho de que el destino de los fondos no era ajeno a un fin público.

[...] Es decir, el ánimo de lucro se exigía en el tipo de malversación vigente al momento de autos y es el afirmado y aplicado en la sentencia; y también se exige tras la reforma debida a la LO 14/2022; y la interpretación que de ese elemento subjetivo del injusto realiza la jurisprudencia de esta Sala, en modo alguno, impide la eventual aplicación del artículo 433 CP, que por expreso deseo del legislador, atiende de manera residual a sancionar conductas del nivel inferior, atípicas desde 1995, de «desvío presupuestario o gastos de difícil justificación», conforme indica el Preámbulo: [...] el texto distingue claramente entre tres niveles de malversación: la apropiación de fondos por parte del autor o que éste consienta su apropiación por terceras

personas (art. 432), que integra la conducta más grave y contiene diversas agravaciones; el uso temporal de bienes públicos sin *animus rem sibi habendi* y con su posterior reintegro (art. 432 bis) y un desvío presupuestario o gastos de difícil justificación (art. 433).

Ello, en la consideración del texto normativo del artículo 433, como conducta típica diversa a la prevista en el artículo 432, en modo alguno como manifestación de modalidad atenuada del artículo 432; no rige espacialidad alguna; sino al contrario, una vez que los hechos son susceptibles de subsumirse en el artículo 432, no puede entrar en ponderación el artículo 433, pues exige específicamente la norma, que no estuviere comprendida esa conducta en los artículos anteriores, sanciona a la autoridad o funcionario público que, sin estar comprendido en los artículos anteriores

De otra parte, tal entendimiento del ánimo de lucro, en modo alguno deja sin potencial aplicación el nuevo artículo 433; contamos con ejemplos de su aplicación, vigente el artículo 397 CP/TR 73 (que según la doctrina tiene su origen el Código Penal de 1848, probablemente por reflejo del artículo 217 del Código napolitano) con idéntica conducta tipificada, coexistiendo por tanto esta modalidad de malversación de desviación presupuestaria con el tipo básico de sustracción de caudales públicos (o consentir que otro los sustraiga) del art 394 de entonces [...].

Puntuales partidas, donde no resulta posible afirmar ajenidad al interés público, ni media desgajamiento o sustracción del patrimonio público, para ulteriormente disponer del mismo como propio. Ni, por tanto, de ánimo de lucro, en el puntual incumplimiento formal de la normativa administrativa en la ordenación del gasto.

[...] La reforma, tras el paréntesis que derivó de la modificación establecida por la LO 1/2015, atiende a mantener la continuidad con el modelo anterior, de modo que el Preámbulo de la LO 14/2022, explica que la nueva regulación, descansa en la distinción entre las conductas de apropiación o distracción de los fondos públicos hacia beneficios directos o indirectos de carácter privado, y de otra parte, los comportamientos que, sin comportar una apropiación definitiva o el uso temporal para fines privados, suponen una desviación de las finalidades legalmente establecidas. Es decir, la aplicación del artículo 433 se restringe a la mera desviación presupuestaria; de forma que la «aplicación pública diferente de aquélla a la que estuviere destinado», debe compadecerse en todo caso, con una decisión en la que las cantidades presupuestadas para un fin se destinan a otro fin que debe ser siempre encajable en la ordinaria prestación de los servicios públicos y demás gastos que justifican la actividad administrativa; y por ello, no resulta de aplicación esta norma cuando el patrimonio público así dispuesto es «apoderado», «sustraído», por medio de procedimiento ilícito y entregado a quien en función de su exclusiva voluntad lo distribuye ya en privada consideración de ese patrimonio, como si fuera propio, de espaldas a cualquier criterio que justifique su disposición (asignación equitativa, eficiencia y economía, indica el artículo 31.2 CE), en beneficio de determinadas empresas, en el mejor de los casos por simple aleatoriedad; como tampoco puede aplicarse el artículo 433 cuando se destina a fines o intereses privados; ni lógicamente, cuando se destina a una finalidad delictiva ulterior, que por definición, nunca puede integrar previsión presupuestaria de ninguna entidad pública.

[...] todo ello, debe adicionarse que concurriendo ánimo de lucro y repartidos los fondos tras detraerlos de su destino por medio de procedimiento ilícito y entregado a quien en función de su exclusiva voluntad distribuye ese patrimonio, ya en privada consideración, como si fuera propio, en beneficio de determinadas empresas privadas, que en ocasiones, ni siquiera tuvieron que solicitar la ayuda, la conducta enjuiciada, igualmente se integra en el actual artículo 432, en cuyo caso, que se instrumente el apoderamiento a través de desviaciones presupuestarias, carece de relevancia alguna,

pues como expresamente recoge el propio 433, resultaría desplazado, de modo que sólo resulta aplicable a la autoridad o funcionario público que no estuviere comprendido en los artículos anteriores.

Concorde, además, con la circunstancia de que los hechos cometidos con anterioridad a la entrada en vigor de la LO 1/2015, los supuestos de administración desleal del patrimonio público no eran considerados delictivos. Así que mediando condena por malversación, en aplicación de la normativa anterior a la reforma operada por la LO 1/2015, resultaría paradójico que se aplique la norma retroactivamente favorable, sancionando ahora con el artículo 433 CP, para hechos que en la época de la comisión eran impunes; lo que evidencia por otra parte, que la pretensión no resulta viable sin desconocer el contenido de la sentencia cuya revisión se insta, donde se describe pormenorizadamente, los mecanismos de desgajamiento, de apoderamiento, de sustracción de los caudales públicos, para su ulterior y libérrima disposición como si fuesen propios por parte de las autoridades y funcionarios acusados, comportándose como dueños de los mismos.

(STS 900/2023, de 30 noviembre).

ARTÍCULOS 504 Y 510 CP

Delitos contra las instituciones del estado: injurias al ejército o fuerzas de seguridad: mensaje en redes sociales en las que manifiesta su alegría por la muerte en servicio de dos agentes de la Guardia Civil. Las disculpas públicas solicitadas hacen que no revistan de la gravedad suficiente para tipificar penalmente su conducta. Delito de odio: expresiones vejatorias contra miembros de la Guardia Civil, institución que no posee las condiciones de vulnerabilidad previstas por razón del principio de igualdad y no discriminación, este delito no está trazado en función de las instituciones y poderes del Estado, sino de los ciudadanos y grupos de ciudadanos.

Castiga el artículo 504.2 CP a los que «Los que injuriaren o amenazaren gravemente a los Ejércitos, Clases o Cuerpos y Fuerzas de Seguridad». Dado el tenor literal del precepto y su ubicación sistemática en el CP dentro del capítulo destinado a los delitos contra las instituciones del Estado, en el Título que dedica a los delitos contra la Constitución, el bien jurídico protegido trasciende del honor personal de quienes integran tales colectivos, por más que pueda verse tangencialmente afectado, para pasar a proteger el honor y prestigio de la institución en atención a la relevancia de las funciones que la misma tiene asignadas dentro del estado democrático.

Se configura como un delito público, al que el texto penal proporciona una protección reforzada respecto a aquellos comportamientos que afectan al honor de los particulares, orientada a salvaguardar la dignidad y prestigio de la institución en atención a las funciones que le corresponden en el marco constitucional, y que en lo que afectan a los Cuerpos y Fuerzas de seguridad del Estado, quedan descritas en el artículo 104 CE.

El bien jurídico en este delito no es el honor, cualidad que por su estrecha vinculación con la idea de dignidad humana solo puede predicarse de las personas físicas, sino el prestigio de las instituciones.

La referencia interpretativa hemos de encontrarla con la definición de injurias que proporciona el artículo 208 CP como «la acción o expresión que lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación».

De ello hemos de colegir que la acción que tipifica el artículo 504.2 CP ha de tener un significado objetivamente ofensivo. En palabras que tomamos de la STS 344/2020 en relación al delito de injurias a particulares del artículo 208 CP «El delito de injurias se configura, así como la expresión de palabras o actos, por sí mismos lacerantes o afrentosos, dirigidos particularmente a deshonar, desacreditar o menospreciar a otra persona».

Respecto al delito del artículo 504, interpretado en relación con los arts. 205, 206, 207 y 208 todos ellos del CP, señaló el ATS de 17 de enero de 2013 que las declaraciones que se refieran «a la actuación profesional de funcionarios policiales en el ejercicio de las funciones los límites permisibles para la crítica son más amplios porque están expuestos a un más riguroso control de sus actividades y manifestaciones que si se tratase de simples particulares sin proyección pública alguna. En un sistema inspirado en los valores democráticos la sujeción a esa crítica es inseparable de todo cargo con relevancia pública (STC 29/2002, de 28-1; 151/2004, de 20-9, 174/2006, de 5-6; 77/2009, de 33-3 [sic]), aunque ello —obviamente— no significa en modo alguno que, en atención a su carácter público, dichas personas queden privadas de ser titulares del derecho al honor que el artículo 18.1 CE garantiza».

Recordaban las STC 177/2015 de 22 de julio y 112/2016 de 20 de junio, que la libertad de expresión comprende la libertad de crítica «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 espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática» y que la libertad de expresión vale no solo para la difusión de ideas u opiniones «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», ya que en nuestro sistema «no tiene cabida un modelo de democracia militante, esto es, un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución... El valor del pluralismo y la necesidad del libre intercambio de ideas como sustrato del sistema democrático representativo impiden cualquier actividad de los poderes públicos tendente a controlar, seleccionar, o determinar gravemente la mera circulación pública de ideas o doctrinas».

Ahora bien, en palabras que tomamos de la STC 177/2015, de 2 de noviembre [sic], ya citada, «desde la perspectiva del derecho a la libertad de expresión, la formulación de críticas hacia los representantes de una institución o titulares de un cargo público, por desabridas, acres o inquietantes que puedan resultar no son más que reflejo de la participación política de los ciudadanos y son inmunes a restricciones por parte del poder público. Sin embargo, esa inmunidad no resulta predicable cuando lo expresado, aun de forma simbólica, solamente trasluce ultraje o vejación».

Y añadía la misma STC 177/2015, «La libertad de expresión no es, en suma, un derecho fundamental absoluto e ilimitado, sino que tiene lógicamente, como todos los demás, sus límites, de manera que cualquier expresión no merece, por el simple hecho de serlo, protección constitucional, toda vez que el artículo 20.1 a) CE «no reconoce un pretendido derecho al insulto» (SSTC 29/2009, de 26 de enero; 77/2009, de 23 de marzo, y 50/2010, de 4 de octubre). En consecuencia, este Tribunal ha declarado repetidamente que quedan fuera de la protección constitucional del artículo 20.1 a) CE «las expresiones indudablemente injuriosas o sin relación con las ideas u opiniones

que se expongan y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas». Es decir, las que, «en las concretas circunstancias del caso sean ofensivas u oprobiosas».

[...]Ciertamente se trata de un comentario que, dado su tenor y el contexto en el que el mismo se emite, no puede entenderse amparado en el derecho a la libertad de expresión. Un exabrupto torpe y grosero, no solo intelectualmente, sino incluso desde una perspectiva ética en cuanto exterioriza de desprecio hacia la vida humana. No olvidemos que los comentarios surgen como reacción a los mensajes de condolencia ante el fallecimiento de dos Guardias Civiles, abatidos a tiros cuando desempeñaban las funciones propias de su cargo en una zona rural de la provincia de Teruel. Un suceso que impactó en la conciencia colectiva en la que generó un sentimiento generalizado de dolor e indignación. Ahora bien, por más que sean comprensibles la molestia o la desazón que pueden producir ese tipo de manifestaciones, no por ello es posible reaccionar con el derecho penal.

En este caso compartimos la ponderación que a la hora de calibrar la gravedad o entidad ofensiva del mensaje reseñado realiza la sentencia recurrida y que condensa en el siguiente fragmento «ciertamente, su mensaje manifestando alegría ante el fallecimiento por disparos de dos Guardias Civiles en acto de servicio, considerando estas muertes como una buena noticia, no deja de ser vejatorio e insultante y una falta de consideración a la institución a la que pertenecían los agentes asesinados, sin embargo, el contenido objetivo de estos mensajes y las disculpas solicitadas en un tercero hacen que no revistan de la gravedad suficiente para tipificar penalmente su conducta».

[...] El juicio de subsunción que sobre este extremo contiene la sentencia impugnada en su fundamento cuarto, y que es el que ahora nos corresponde revisar, excluye la aplicación del reclamado artículo 510.1 CP, al entender que ni los Cuerpos y Fuerzas de seguridad del Estado en general, ni la Guardia Civil en particular, se encuentran entre los grupos vulnerables objeto de proyección por parte del mencionado precepto. En palabras que tomamos de la STS 488/2022, de 19 de mayo «Existe, pues, un discurso del odio no protegido, que desborda la tutela que dispensa el legítimo ejercicio del derecho a la libertad de expresión. Y así lo hemos proclamado en numerosos precedentes. [...] 3. Más allá del debate en torno a la potencialidad de los mensajes que el relato de hechos recoge para incitar al odio, la hostilidad, la discriminación o la violencia, o de su idoneidad para lesionar la dignidad por su componente humillante o despreciativo, cualquiera que sea la modalidad de las previstas en el artículo 510 CP cuya aplicación se reclame, lo cierto es que el precepto en todo caso extiende su ámbito de protección sobre los grupos que se detallan en el mismo, o las personas que pertenezcan a ellos. Colectivos necesitados de especial protección en cuanto sobre ellos se proyectan los vectores capaces de generar discriminación «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».

La sentencia que se revisa entendió que por más amplio que se quiera interpretar el concepto de grupo protegido, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado no poseen las condiciones de vulnerabilidad previstas por razón del principio de igualdad y no discriminación. Este no está trazado en función de las instituciones y poderes del Estado, sino de los ciudadanos y grupos de ciudadanos, grupos que se identifican desde los principios del pluralismo político, ideológico y religioso.

Criterio que compartimos. Es preciso restringir el alcance del concepto a su núcleo originario: el combate contra la desigualdad para proteger a colectivos que puedan ser calificado de históricamente vulnerables en el marco de producción del

hecho, lo que no permite abarcar las instituciones del Estado, susceptibles de ser protegidas por otras vías.

El conocido como discurso del odio, inicialmente acuñado en relación al odio racial que se fundamentaba en la superioridad de unas razas sobre otras, ha ido evolucionando hacia otros frentes a partir de la detección de nuevos focos de discriminación, siempre en la orientación de garantizar la igualdad, lo que no implica necesariamente la ampliación del espectro penal. [...] De esta manera la tipificación del artículo 510 se construye sobre la necesidad de dotar de especial protección a grupos vulnerables ante formas de expresión que los denostan o los colocan en la diana de comportamientos violentos en función de patrones que singularizan a sus miembros, pero no cualquiera, sino los que el legislador ha marcado. Entendiendo vulnerabilidad como cualidad atribuible al grupo aglutinado en torno a uno de los factores de discriminación que se describen: la raza, la ideología, la religión, el género, el sexo, la orientación e identidad sexuales, el origen nacional, y la enfermedad o discapacidad, y como tal expuesto a ser vilipendiado por ello. Vectores que el legislador ha tomado en consideración para delimitar ámbitos necesitados de protección a fin de conformar un modelo social de tolerancia y convivencia pacífica e igualitaria. Grupos especialmente expuestos ante un discurso supremacista que ofende y humilla por los factores que el legislador ha definido como fuentes de discriminación. Cualidad que no puede predicarse de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, dotados de un código de actuación legalmente determinado, e insertados dentro del esquema organizativo del Estado democrático de derecho como instrumento a través del cual las Administraciones Públicas ejercen el monopolio de la coacción jurídica en aras al mantenimiento de la seguridad colectiva y la salvaguarda de los derechos y libertades individuales.

[...] La Guardia Civil como Institución queda fuera del marco de protección del artículo 510 CP, por más que los actos de hostigamiento o de humillación a los distintos Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado y a sus componentes, puedan obtener protección a través de otros preceptos del CP.

[...] no nos compete realizar un juicio moral sobre tal comportamiento, sino analizar eventual encaje de tales expresiones en el delito del artículo 504.2 CP por el que los recurrentes vienen condenados. Exégesis que hemos de acometer a partir de las pautas interpretativas a las que ya hemos hechos referencia, y en particular desde la consideración de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad como una institución pública.

Lo que realmente atribuye carácter aflictivo a los mensajes, son las groseras expresiones empleadas al referirse a quienes integran tal cuerpo policial, especialmente si entendemos que las reproducidas en el último fragmento del relato fáctico que hemos transcrito, son también atribuibles a Filomena (la redacción del texto permite albergar alguna duda al respecto). Sin embargo, analizadas objetivamente las mismas, carecen de envergadura ofensiva para comprometer la dignidad y el prestigio de un Cuerpo de Seguridad del Estado, llamado a desempeñar un relevante papel en la salvaguarda de los derechos fundamentales y las libertades públicas, o a debilitar la confianza que en el mismo tiene depositada la mayoría de los ciudadanos.

Los mensajes analizados no pasan de contener epítetos insultantes, que solo revelan la opinión de quienes los emiten. Una simple opinión que se vierte gratuitamente, pues ni siquiera descienden a mencionar su fundamento; a explicitar algún extremo concerniente a la función pública que a la guardia Civil compete o que entraña la actividad profesional de los agentes. No sugieren actuaciones al margen de la ley o vulneradoras de derechos, que pudieran contribuir a generar un estado de opinión capaz de cuestionar la legitimidad democrática de la institución o la legalidad de su actuación, y con ello a fisurar su prestigio. Un prestigio asentado en su actuación

constitucional en el marco del estado de derecho, que meras descalificaciones aisladas, por soeces que puedan resultar, especialmente atendido el contexto en el que se vierten, no alcanzan a quebrar.

La libertad de expresión no ampara un hipotético derecho al insulto, ya lo hemos dicho. Sin embargo, también hemos recalcado, que no todo exceso en su ejercicio ha de tener respuesta criminalizadora. El sistema jurídico ofrece otras formas de reparación de los excesos verbales que no pasan necesariamente por la aplicación del derecho penal, que queda reservado a las acciones más afrentosas. Así lo exige en este caso el artículo 504.2 CP al reclamar que las injurias vertidas sean graves y con un potencial afrentoso capaz de fisurar el prestigio institucional y social asentado en la legitimidad democrática de las instituciones objeto de protección. Lo que, en este caso, no se da.

(STS 252/2023, de 11 abril).

ARTÍCULOS 574 Y 577 CP

Caso explosión de vivienda con terroristas en Cataluña: posesión de explosivos por célula terrorista almacenados en vivienda que explotó, tenencia con la finalidad de crear una inseguridad o miedo colectivo con la finalidad de subvertir el orden constitucional y atentar a la paz pública. Ignorancia deliberada y actos de colaboración por imprudencia grave.

[...] Los hechos declarados probados identifican también la finalidad terrorista constitutiva de la estructura pluripersonal conformada que reúne las notas propias de la organización criminal. En efecto, los hechos precisan su permanencia en el tiempo –al menos, durante ocho meses– y un significativo reparto de funciones entre sus distintos miembros, marcado por una planificación sofisticada que se proyecta en una sucesión muy significativa de actuaciones de preparación. Entre estas, la obtención de medios logísticos que, dada la complejidad y la envergadura del plan criminal constitutivo, se presentaban particularmente idóneos como son: la ocupación de una vivienda que se constituye en centro operativo de los integrantes de la organización a más de doscientos kilómetros de sus domicilios habituales; uso de numerosos teléfonos móviles; adquisición de materiales necesarios para la fabricación de explosivos mediante una muy planificada y secuencial gestión de las distintas compras en las que intervienen todos los partícipes; acceso en red a materiales y manuales formativos para dicha fabricación; uso indistinto por parte de todos los integrantes de la organización de varios vehículos; viajes al extranjero para adquirir teléfonos móviles; venta de joyas para la obtención de medios económicos de financiación.

218. Pero no solo se identifican actos de preparación significativos, sino también actos de ejecución con relevancia típica que responden a la finalidad criminal constitutiva de la organización. Como lo son las conductas de autoadoctrinamiento terrorista; la fabricación de una ingente cantidad de material explosivo en condiciones de causar estragos extremadamente graves como de forma trágica se constató con la explosión de la casa de DIRECCION010 donde estaban almacenados; y, desde luego, los atentados ejecutados en Barcelona y DIRECCION040, sin perjuicio de que estas acciones no le hayan sido imputadas al hoy recurrente.

219. Por su parte, y como anticipábamos, los hechos probados también identifican la muy relevante participación del recurrente en el delito de organización criminal, coadyuvando activamente y de común acuerdo con los otros integrantes en su estructuración, cohesión y en la ejecución, en conexión directa con el proyecto criminal, tanto de actos de preparación –avituallamiento, comunicaciones y transmisión de información con los otros integrantes de la célula, compra de productos y utensilios para la fabricación de explosivos, grabaciones en vídeo de algunos integrantes que pronuncian soflamas con evocaciones terroristas– como de ejecución –conductas de autoadoctrinamiento, fabricación y depósito de explosivos–.

Sobre esta cuestión, debe insistirse en que la intervención activa no reclama la futura autoría o coparticipación en todos los delitos que prestan contenido a la finalidad constitutiva de la organización. Basta para ser considerado integrante de la misma cualquier intervención causal relevante y dolosa en el proceso de preparación y ejecución de alguno de ellos.

220. Lo anterior excluye la subsidiaria pretensión de que se califique la conducta del recurrente como de colaboración a los efectos del artículo 577 CP. Si bien dicha conducta reclama también actos de colaboración material a sabiendas de su conexión directa con el proyecto criminal de la organización, la frontera se sitúa en la integración o pertenencia a la misma. El colaborador es, por esencia, un «*extraneus*» a la estructura organizativa. Como precisábamos en la STS 13/2018, de 16 de enero, con el delito del artículo 577 CP «se trata de evitar (bien jurídico protegido) que las organizaciones terroristas puedan servirse de individuos que, sin estar incardinados en ellas, coincidan en facilitar el propósito de aquéllas de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública. No se exige, por ello, una adhesión ideológica del colaborante con los postulados de la organización a la que presta soporte, ni tampoco que persiga determinados objetivos políticos o ideológicos, o que el sujeto pasivo de la acción se configure de una manera determinada, limitándose el precepto a proteger que la agrupación terrorista pueda verse aventajada o asistida en el desarrollo de sus métodos violentos, de suerte que el solo conocimiento de que la acción desplegada puede posibilitar, favorecer o contribuir a alterar gravemente la paz pública, atemorizando a los habitantes de una población o a un colectivo social, satisface la esencia de la protección penal, siempre que el sujeto activo –como se ha dicho– no pertenezca a la banda armada, a la organización, o al grupo terrorista que resulta beneficiado en su objetivo» –vid. en el mismo sentido, SSTS 826/2015, de 22 de diciembre; 140/2019, de 13 de marzo–.

[...] Con muy escaso desarrollo argumental, se cuestiona la aplicación del artículo 574 CP en relación con el delito de tenencia y depósito de explosivos en detrimento del tipo general del artículo 568 CP, pues, al fallecer, no se ha acreditado el fin que perseguían sus autores con los explosivos depositados. No se puede decantar que se pretendiera la subversión del orden constitucional y la alteración de la paz y la seguridad pública. Lo que se recoge en la sentencia, se afirma, son meras conjeturas, suposiciones, valoraciones subjetivas.

[...] En la determinación del contenido específico del aspecto subjetivo del injusto correspondiente a este delito, la jurisprudencia de esta Sala ha insistido en que no se limita necesariamente a aquellos supuestos en los que el autor pretende crear una inseguridad o miedo colectivo con la finalidad de subvertir el orden constitucional. También se satisface con la finalidad alternativa de alterar gravemente la paz pública mediante la utilización de armamento o sustancias de riesgo que sean susceptibles de afectar la normal convivencia ciudadana, dificultando con ello que se puedan ejercer adecuadamente los derechos fundamentales garantizados por la Constitución –vid. SSTS 459/2019, de 14 de octubre, 360/2023, de 16 de mayo–. El tipo del ar-

título 574 CP engloba aquellas conductas en las que se identifica una tendencia interna intensificada de intranquilizar a las personas despertando en ellas sentimientos de terror, sobresalto o intenso desasosiego. Como se afirma por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos –vid. STEDH, caso Ibrahim, ya citada–, «la actividad terrorista indiscriminada tiene por objeto, por su propia naturaleza, infundir miedo en los corazones de civiles inocentes, sembrar el caos y el pánico y perturbar el curso normal de la vida cotidiana».

224. En el caso, la intencionalidad terrorista de la conducta consistente en la fabricación y depósito de explosivos se decanta, en términos de inherencia, de la propia finalidad terrorista constitutiva de la organización criminal a la que también pertenecía el ahora recurrente.

[...] Tipo subjetivo del delito del artículo 577.1.º CP.

267. El análisis del motivo obliga a partir de los elementos que deben ser objeto de prueba en el delito de colaboración con organización terrorista del artículo 577.1.º CP, muy en particular los del tipo subjetivo. Esta Sala ha perfilado un sólido cuerpo de doctrina sobre la cuestión. Así, hemos precisado, «que en cuanto al tipo subjetivo basta [...] la conciencia de que el acto o la conducta de que se trate sirva o favorezca a la banda u organización terrorista, y la voluntad de llevarla a cabo, sin necesidad de ningún otro requisito. [...] Cabe incluso la ignorancia intencionada o deliberada: pueden ser punibles las contribuciones económicas en determinados contextos cuando el cooperante sabe o se representa y prefiere no saber (ignorancia deliberada) que su destino será mantener a la organización terrorista» –vid STS 267/2019, de 28 de abril (sic)–. Con similar alcance, la más reciente STS 940/2022, de 2 de diciembre, insiste en que «el artículo 577 del Código Penal recoge un amplio catálogo de formas de colaboración. Se trata de un delito de mera actividad, que no precisa de resultado alguno en tanto que no es necesario que se hayan realizados actos preparatorios o ejecutivos de hechos terroristas concretos.

Desde el plano subjetivo, exige que el autor tenga conocimiento que contribuye con su acción a los objetivos pretendidos por la organización o grupo terrorista» –vid. también STS 13/2018, de 16 de enero–. Este contenido del tipo subjetivo del delito doloso de colaboración del artículo 577.1 CP responde, por otro lado, a las exigencias de incriminación que se previenen en la Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo y por la que se sustituye la Decisión Marco 2002/475/JAI del Consejo y se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo, en cuyo artículo 4 se establece la obligación de los Estados miembros de adoptar «las medidas necesarias para garantizar que se tipifiquen como delito, cuando se cometan intencionadamente, los actos que figuran a continuación: [...] b) participación en las actividades de un grupo terrorista, incluida la consistente en el suministro de información o medios materiales, o en cualquier forma de financiación de sus actividades, con conocimiento de que dicha participación contribuirá a las actividades delictivas del grupo terrorista».

268. Es obvio que la exigencia de conocimiento de que con la actuación se coadyuva de manera mínimamente eficaz con fines terroristas constituye objeto de prueba y, su acreditación queda, por tanto, sometida al principio de presunción de inocencia que, como regla de juicio, se traduce en la aplicación del estándar «más allá de toda duda razonable» –vid. sobre las exigencias probatorias de acreditación del «elemento moral específico» en los delitos de pertenencia a una organización terrorista, STEDH, Gran Sala, caso Yüksel Yalçinkaya c. Turquía, de 26 de septiembre de 2023 –.

[...] 273. Pues bien, en el caso, y desde la función de control que nos incumbe como tribunal de casación, echamos de menos en la conclusión fáctica alcanzada por el tribunal de instancia, y validada por el tribunal de apelación, sobre el conocimiento

por parte del recurrente de que con sus actos coadyuvaba a una organización con finalidades terroristas, el grado de cualificada conclusividad que convierta la hipótesis defensiva de no conocimiento en irrelevante fenomenológicamente.

[...] 283. Si no lo hemos entendido mal parece que la Sala de Apelación llega a una suerte de conclusión alternativa: el recurrente tuvo claras y consistentes sospechas de que estaba colaborando con actividades con finalidad terrorista o, en todo caso, no quiso saber aquello que pudo y debió saber, se desprecupó de las consecuencias y decidió seguir actuando. La fórmula, aunque nominativamente modulada, sugiere con claridad una apuesta por la equivalencia entre dolo e ignorancia deliberada. Ya sea porque conoció o porque no quiso conocer lo que debía y podía, para la Sala de Apelación ambas situaciones cognoscitivas satisfacen las exigencias del tipo subjetivo del delito doloso de cooperación del artículo 577.1 CP.

284. La conclusión es matizable. La genuina ignorancia, más allá de que sea o no razonable, no puede ser la base de la imputación dolosa, si el tipo reclama conocimiento. La ignorancia solo puede equipararse normativamente al conocimiento exigido por el tipo doloso cuando el sujeto es conocedor de la alta probabilidad de que exista el hecho determinante de la imputación. Si se tiene intención deliberada de ignorar es porque en realidad hay una representación mental del suceso que pretende ignorarse. De ahí que no cualquier sospecha pueda considerarse ignorancia deliberada de la que decantar el alto nivel de representación que permite por equivalencia identificar dolo, al menos en su forma eventual.

285. La ignorancia deliberada reclama, primero, analizar las razones de la ausencia de representación precisa y suficiente de la concurrencia o posible concurrencia de los elementos típicos; segundo, determinar la disponibilidad de la información ignorada. La mayor o menor facilidad con la que el concernido podría obtenerla; tercero, precisar el deber de conocimiento que cabe exigir al sujeto que ignora; cuarto, identificar la decisión de permanecer en la ignorancia con respecto a una determinada información así como los factores que explican la permanencia en el tiempo de semejante decisión; quinto, identificar y evaluar la motivación que ha llevado al sujeto a mantenerse en el estado de ignorancia, muy en particular si con ello busca eludir responsabilidades por sus actos previos. A partir de este análisis secuenciado podrá determinarse si la indiferencia por el resultado equiparable a dolo que demuestra el «ignorante» es consecuencia de una sospecha inicial fundada que justifica la decisión mantenida en el tiempo de, pudiendo, no quererse informar sobre cuestiones vinculadas a deberes legales o posibles consecuencias ilícitas. Y si, además, pretende obtener ventajas como lo es aducir ignorancia cuando se le exige responsabilidad.

286. Pues bien, en el caso, insistimos, no identificamos prueba suficiente que permita concluir más allá de toda duda razonable que el recurrente se representara finalmente que con su aportación coadyuvaría a los fines terroristas de una organización criminal. Ni, tampoco, consideramos suficientemente acreditado que contara con una sospecha cualificada que le obligara a activar deberes de indagación y que, en lugar de cumplirlos, desplegara una estrategia consciente de «ignorancia deliberada» con la finalidad de eludir sus deberes de evitación y aprovecharse de ella para eludir su responsabilidad.

287. Ni el contexto relacional con los integrantes de la célula criminal, marcado por la ausencia de toda acreditación de previos y posteriores contactos más allá de los producidos cuando dos de sus integrantes acuden a la Frutería de DIRECCION024 a comprar –como se declara probado– y a pedirle prestada la furgoneta y la cesión del NIE; ni las concretas circunstancias de cierta eventualidad en las que se presta la ayuda; ni la mayor o menor consistencia de la explicación ofrecida para ello por el recurrente; ni la posterior negación de una nueva cesión del vehículo; ni su comporta-

miento después de los atentados; ni los datos relacionados con los contenidos hallados en su teléfono; ni los puntuales geoposicionamientos en la localidad de DIRECCION010, limítrofe con su localidad de residencia, arrojan datos probatorios sólidos para considerar acreditado, más allá de toda duda razonable, que el Sr. Antonio conoció la finalidad terrorista o que lo ignoró, pudiéndolo conocer, por tener sospechas cualificadas.

288. En esa medida, al no haberse acreditado la concurrencia del tipo subjetivo del artículo 577.1.º CP, procede dejar sin efecto su condena por el delito doloso de cooperación con organización o grupo criminal con fines terroristas.

[...]291. Pues bien, despejada la cuestión sobre la oportunidad del pronunciamiento, identificamos, en efecto, en la conducta del recurrente las notas que reclama el tipo subjetivo del delito de cooperación imprudente del artículo 577.3 CP. El hecho de que no haya quedado suficientemente acreditado que conociera la finalidad terrorista de sus aportaciones o que tampoco identifiquemos los rasgos constitutivos de una estrategia de ignorancia deliberada a partir de una sospecha cualificada no significa que no se identifique en su actuación un grave incumplimiento de deberes de cuidado que, en términos objetivos, propició actos de colaboración eficaz con la organización terrorista.

292. En efecto, si bien la cesión temporal del vehículo puede como regla general considerarse como un acto neutral si se carece de motivos para representarse una sospecha cualificada de uso ilícito, la entrega de la documentación personal no lo es tanto. Seguimos considerando que resulta difícilmente explicable que alguien que conoce la finalidad terrorista de su aportación entregue documentación personal que permitirá con inmediatez su identificación. Pero esta valoración que debilita la imputación dolosa no es óbice para calificar de conducta muy descuidada que una persona entregue su documentación a otra, con la que no mantiene una íntima relación, sin asegurarse, cumplidamente, del uso que dará de ella, confiando exclusivamente en las explicaciones que aquella le ofrezca. Atendidas las circunstancias del caso, es también probable que el recurrente no dispusiera situacionalmente de mecanismos eficaces para obtener o disponer de la información que le permitiera cumplir con la regla de cuidado. Pero, entonces, debía haber activado otra regla de prevención: si no se puede asegurar cómo y para qué se usará el vehículo y la documentación no debe cederse ni una cosa ni otra a un tercero.

293. Se afirma en la sentencia recurrida que la negativa del recurrente a ceder el coche y el documento NIE en la segunda ocasión que se lo pidieron, debe interpretarse como que «algo sabía o sospechaba sobre la ilicitud de lo que pretendían». No estamos seguros ni de la cantidad ni de la calidad de lo que sabía o sospechaba, pero sí de que no ha quedado suficientemente acreditado que pudiera tener, al menos, una sospecha cualificada de que a los solicitantes les movía una finalidad terrorista y pese a ello decidiera colaborar. Pero la reserva mostrada por el recurrente la segunda vez sí permite afirmar que pudo tener dudas de que su previa conducta se adecuara a las reglas de cuidado. Duda que pudo surgir de cualquier sospecha difusa, no cualificada y, por ello, insignificativa para satisfacer el tipo subjetivo del delito doloso, sobre las finalidades de la ayuda solicitada. Dudas que, en todo caso, le obligaban a actuar con mucha más cautela. La desviación de los estándares medios de cuidado exigibles a la hora de ceder el uso del vehículo y documentación personal en un contexto relacional como el que nos ocupa fue muy notable. Ello justifica reprochar la conducta objetivamente cooperadora a título de imprudencia grave ex artículo 577.3 CP. Diferimos a la segunda sentencia que se dicte la determinación de las consecuencias penológicas que se derivan del cambio del título de condena.

[...] Sin perjuicio de las dificultades aplicativas de la fórmula de atenuación del artículo 579.4 bis CP a las conductas de cooperación, en especial, en su forma imprudente, atendidos los módulos de medición que contempla, no identificamos la menor gravedad del hecho objetivamente considerado como se precisa en la STS 553/2017, de 12 de julio—.

297. El uso del adjetivo comparativo «menor» introduce de forma necesaria un elemento relacional. Se exige que la entidad del hecho reúna una tasa de antijuricidad o de gravedad que pueda considerarse menor con relación, precisamente, a los hechos subsumibles en el tipo básico o general. Ello comporta evaluar con especial rigor en qué medida la concreta conducta, aun reuniendo los elementos mínimos de tipicidad que permiten su subsunción en la conducta descrita en el tipo básico, merece, no obstante, un menor reproche punitivo.

298. Y este no es el caso. El hecho cooperador en su dimensión causal-objetiva fue significativo. Se aportaron medios idóneos y necesarios para la adquisición y transporte de un gran volumen de productos con los que se fabricaron explosivos con la finalidad de cometer atentados terroristas. El hecho de que los integrantes de la célula terrorista pudieran haber adquirido otros productos eludiendo los controles reglamentados no reduce la idoneidad y eficacia de la cooperación que, de forma gravemente imprudente, se prestó por el recurrente. Conforme al parámetro del resultado producido al que se refiere la fórmula de atenuación, medido, en el caso, en términos de riesgo introducido, no identificamos la menor gravedad que justifique reducir la pena prevista en el tipo básico.

(STS 873/2023, de 24 noviembre).

Acuerdos Plenarios de la Sala Segunda del Tribunal Supremo durante el año 2023

EDUARDO DE URBANO CASTRILLO

Abogado Of Counsel. Doctor en Derecho

Ex Magistrado. Coordinador del Gabinete Técnico de la Sala Segunda del Tribunal Supremo

Como viene sucediendo desde 2019, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo no ha celebrado ninguna reunión de unificación de criterios haciendo uso del artículo 264 LOPJ, como se venía haciendo tradicionalmente, dando lugar a Acuerdos de Pleno no Jurisdiccionales, los cuales eran después refrendados jurisprudencialmente a través de sentencias reiteradas en las que se recogía el sentido interpretativo alcanzado, como órgano colegiado y deliberativo, por la mayoría del Tribunal, tal como ha recordado la STS 172/2023, de 9 de marzo.

Desde el año 2019, las cuestiones dudosas, por su novedad o contradicción entre distintos Tribunales, se vienen resolviendo mediante «sentencias de pleno» de las que forman parte todos los miembros de la Sala, y que, aunque permiten la emisión de «votos particulares», adoptan un criterio que señala la doctrina a seguir en el futuro, ante asuntos similares. Eso sí, con el riesgo de que la doctrina que así se establezca quede formulada en términos más difusos que los literales Acuerdos no Jurisdiccionales que se han eliminado.

Sin embargo, en el año 2023, hay que referir una peculiaridad, motivada por la LO 10/2022 de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, cuya aplicación motivó un Pleno Jurisdiccional de la Sala Segunda convocado para los días 6 y 7 de Junio de 2023, en el que se proclamó, tal como se detalla en la STS 473/2023, de 15 de junio, que la aplicación retroactiva de la LO 10/2022 deriva y debe ajustarse a la previsión normativa recogida en el artículo 2.2 de nuestro Código Penal, quedando acotada la operatividad de la Disposición Transitoria Quinta del Código Penal de 1995 a aquellas condenas que, respondiendo a delitos perpetrados y sentenciados con anterioridad a su entrada en vigor el 24 de mayo de 1996, estuvieran todavía en proceso de efectivo cumplimiento y no fueran penas pecuniarias.

Pues bien, esa reunión plenaria, celebrada los días 6 y 7 de junio de 2023 ha servido para que la mayoría de la treintena de sentencias de pleno dictadas en 2023 haya sido sobre tal cuestión, tratándose en algunas anteriores a dicha fecha y puntualmente en alguna otra, temas distintos. De este modo, las sentencias de pleno dictadas en 2023, la última de las cuales tuvo lugar el 7 de julio, prácticamente han consistido en dar respuesta concreta a recursos sobre la aplicación de las penas a delitos sexuales cometidos con anterioridad a la entrada en vigor de la LO 10/2022.

Ante lo dicho, clasificamos las sentencias de pleno del año 2023, en dos grupos: las que han abordado cuestiones varias y las que han resuelto recursos centrados en la LO 10/2022.

A) Sentencias de pleno que no aplican la LO 10/2022

STS 93/2023, DE 14 DE FEBRERO (ROJ: STS 483/2023)

Cuestión: Pena en el hurto continuado

Respuesta: Sustracciones de joyas, dinero y de una tarjeta de crédito con la que en varias ocasiones se hicieron pagos, por parte de una mujer con la que la víctima mantuvo una relación de amistad y a la que llegó a permitirle tener una copia de las llaves de su domicilio.

La sentencia en un caso en el que el delito continuado de hurto se integra por una acción constitutiva de un delito menos grave y una acción constitutiva de un delito leve, resuelve que la regla del artículo 74.2 CP permite, cuando todas las infracciones cometidas constituyen delitos leves pero la suma del perjuicio supera el límite del delito menos grave, castigar con una respuesta penológica superior a la que resultaría de las reglas del concurso real. Como también permite la transformación, por la suma de los perjuicios, de delito menos grave a grave.

Y cuando quepa trazar una relación de continuidad entre acciones constitutivas de delitos leves y de delitos menos graves o graves, la regla de exacerbación del artículo 74. 1.º CP solo podrá activarse si dicha relación se integra, al menos, por dos delitos que constituyan delito de naturaleza menos grave o grave.

STS 173/2023, DE 9 DE MARZO (ROJ: STS 1660/2023)

Cuestión: Estafa con abuso de relaciones personales

Respuesta: En la estafa, el subtipo agravado de abuso de relaciones personales previsto en el artículo 250.1.6.º del Código Penal, si bien contempla el grado de especial vinculación entre autor y víctima, debe ser apreciado desde una consideración restrictiva pues, en la mayor parte de las ocasiones, tanto el engaño que define el delito de estafa, como fundamentalmente el quebrantamiento de confianza que es propio de la apropiación indebida, viene a suponer un abuso de la relación que propició la estafa.

La jurisprudencia, por su parte, obliga a imponer la pena legalmente prevista en su mínima extensión y gravamen. Del mismo modo, el mínimo legal resulta del principio de legalidad.

STS 179/2023, DE 14 DE MARZO (ROJ: STS 1557/2023)

Cuestión: Delito de amenazas indirectas

Respuesta: El delito de amenazas es un delito de peligro hipotético, no porque las amenazas puedan o no cumplirse; o porque puedan llegar o no a su destinatario, sino porque no se exige que se produzca una efectiva perturbación del ánimo del amenazado, o que mengüe su sentimiento de seguridad.

El delito de amenazas se consuma con la recepción por parte del destinatario del mensaje intimidatorio, y aunque no es un delito de resultado eso no excluye formas comisivas imperfectas, pero se consuma cuando llegue a conocimiento del sujeto pasivo.

Cuando coinciden emisión y recepción no hay cuestión. Cuando entre la emisión del mensaje y su recepción media un lapso temporal o un curso causal menos lineal (amenazas a través de tercero; por envío de una misiva; etc.) son imaginables formas imperfectas.

No parece que sea viable ni fecundo un entendimiento a tenor del cual el anuncio de un mal en cualquier contexto a un tercero no presente, conocido o no, popular o no, sea por sí una acción típica, antijurídica y culpable que se convertirá, además, en punible si y solo si, cualquiera de los que la oyó, en acción imprevisible (la condición objetiva de punibilidad se llama *objetiva* porque no ha de ser captada por el dolo del autor) la comunica al aludido.

Las amenazas típicas exigen, una relación entre el sujeto emisor y el destinatario, que se consumará cuando las expresiones proferidas vayan dirigidas a conturbar la seguridad de una persona, lo consiga o no. Esa relación puede ser directa, casos de contacto personal; o a través de un medio que asegure su recepción por el sujeto pasivo: entornos familiares o cercanos al sujeto pasivo, incluso medios de comunicación. Lo relevante es que el mensaje dirigido a conturbar la seguridad llegue con toda su fuerza intimidatoria a la víctima y que esa fuese la intención, directa y exclusiva, o consecuencia asumida, del sujeto activo.

Desde esta perspectiva, la expresión de términos amenazantes a un tercero en una dependencia policial, como fue el caso, no rellena la exigencia de la finalidad de perturbar la tranquilidad del sujeto pasivo, precisamente porque son vertidas en presencia de un aparato encargado del mantenimiento de la seguridad pública

B) Sentencias de pleno que aplican la LO 10/2022

Como se anticipó, en el año 2023, la casi totalidad de las sentencias de pleno versaron sobre la aplicación de las penas tras la LO 10/2022, a partir de los criterios adoptados en el I Pleno de los días 6 y 7 de junio de dicho año.

Y la mayoría de esas resoluciones, consistieron en resolver recursos sobre si las penas impuestas con anterioridad debían reducirse merced a la nueva regulación de los delitos sexuales.

Se trata, por tanto, de sentencias muy técnicas y casuísticas. Y con poca enjundia doctrinal ya que, como se ha dicho, se limitan, después de un análisis exhaustivo de la cuestión, a resolver los recursos planteadas según los criterios aprobados en dicho Pleno.

STS 437/2023, DE 8 DE JUNIO (ROJ: STS 2809/2023)

Cuestión: Principio de retroactividad de la ley penal más favorable

Respuesta: En relación con la aplicación de la LO 10/2022 en su conjunto, hay que recordar que la doctrina del Tribunal Constitucional es muy clara al respecto. Señala el citado Tribunal en su sentencia núm. 131/1986, de 29 de octubre, en relación con el principio de retroactividad de la ley penal más favorable, que *«no es posible [...] utilizar el referido principio para elegir, de las dos leyes concurrentes, las disposiciones parcialmente más ventajosas, pues en tal caso, el órgano judicial sentenciador no estaría interpretando y aplicando las leyes en un uso correcto de la potestad jurisdiccional [...] sino creando con fragmentos de ambas leyes una tercera y distinta norma legal con invasión de las funciones legislativas que no le competen»*.

Igual criterio ha sido adoptado por la jurisprudencia de la Sala. Efectivamente, conforme se expresara en la sentencia núm. 987/2022, de 21 de diciembre, *«esta Sala ha consolidado un cuerpo de doctrina para supuestos de sucesión normativa, según el cual el cotejo debe hacerse comparando en bloque ambos esquemas normativos, pues solo así puede detectarse que régimen resulta más beneficioso»*. Como decíamos en la STS 107/2018, de 5 de marzo *«no es posible una fragmentación que permitiera escoger aspectos puntuales de una y otra versión, pues solo en su conjunto, a modo de un puzle de piezas que encajan milimétricamente, el texto legal adquiere su propia sustantividad»*. O en palabras de la STS 630/2010, de 29 de junio *«en otros términos los elementos de comparación no se limitan a la consideración de hecho delictivo en una y otra norma, sino a todos los presupuestos de aplicación de la Ley penal»*. Ahora bien, *la elevada penalidad que acompaña a la modalidad delictiva aplicada en este caso, y la mayor afflictividad que deriva de las penas privativas de libertad frente a las que limitan otros derechos, focaliza sobre aquellas el principal elemento comparación»*.

En el mismo sentido se pronuncian las sentencias núm. 930/2022, de 30 de noviembre; 37/2023, 26 de enero; 88/2023, de 9 de febrero y 204/2023 22 de marzo.

STS 440/2023, DE 8 DE JUNIO (ROJ: STS 2824/2023)

Cuestión: Revisión de condena

Respuesta: No ha lugar porque la conducta sancionada en el caso, consistente en agresión sexual sobre menor de dieciséis años, con penetración y prevalimiento de situación de ascendencia, con la continuidad delictiva apreciada en la sentencia, estaría actualmente sancionada con una pena mínima que supera la impuesta en la sentencia cuya revisión se pretende.

STS 438/2023, DE 8 DE JUNIO DE 2023 (ROJ: STS 2820/2023)

Cuestión: Revisión de condena

Respuesta: El Ministerio Fiscal recurre en casación un auto de revisión de pena que se desestima. La sentencia establece la doctrina para determinar la ley penal más favorable, en la aplicación de la LO 10/2022.

Y, resumidamente, dice: la STC núm. 131/1986, de 29 de octubre, en relación con el principio de retroactividad de la ley penal más favorable, indica que *«no es*

posible [...] utilizar el referido principio para elegir, de las dos leyes concurrentes, las disposiciones parcialmente más ventajosas, pues en tal caso, el órgano judicial sentenciador no estaría interpretando y aplicando las leyes en un uso correcto de la potestad jurisdiccional [...] sino creando con fragmentos de ambas leyes una tercera y distinta norma legal con invasión de las funciones legislativas que no le competen».

Igual criterio ha sido adoptado por la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en SSTS núm. 987/2022, de 21 de diciembre y 107/2018, de 5 de marzo, habiendo establecido la ya antigua STS 630/2010, de 29 de junio que «En otros términos los elementos de comparación no se limitan a la consideración de hecho delictivo en una y otra norma, sino a todos los presupuestos de aplicación de la Ley penal». Doctrina reiterada por SSTS núm. 930/2022, de 30 de noviembre; 37/2023, 26 de enero; 88/2023, de 9 de febrero y 204/2023 22 de marzo.

STS 439/2023, DE 8 DE JUNIO (ROJ: STS 2825/2023)

Cuestión: Revisión de pena

Respuesta: En relación con el tipo atenuado del párrafo segundo del artículo 181.2 CP, no procede, ya que no cabría la aplicación del tipo atenuado; y no solo con los abusos de diciembre de 2011 (donde además con la reforma, la pena inferior en grado tendría una pena mínima de dos años y seis meses), sino también en relación con los de septiembre de 2012, acaecidos en ocasión de que la menor «convivía» con el autor, en el domicilio de éste aunque fuera en la transitoriedad de un solo día o noche, que integrara o no el tipo agravado, cuando menos su aproximación a la agravación revela la entidad del ilícito; y durante un período, que aunque fuera breve y en un solo episodio temporal, fueron reiterados: «a la vez que le daba besos en la mejilla y cuello, efectuándole tocamientos en el pecho, por debajo de las sábanas pero por encima del pijama que vestía la menor. No fueron pues, de menor entidad y en modo alguno resulta aplicable el criterio de la STS 967/2022, de 15 de diciembre, referida a un tocamiento fugaz.

STS 437/2023, DE 8 DE JUNIO (ROJ: STS 2809/2023)

Cuestión: Revisión de pena

Respuesta: La presente sentencia, podemos considerarla como «de referencia» por la amplitud con que examina las bases de la forma de aplicación de la LO 10/22.

La Ley de Garantía Integral de la Libertad Sexual no contiene una disposición transitoria que limite o module los casos de posible revisión de condenas, lo que no puede ser subsanado a través de la exposición de motivos de la LO 14/2022, de 22 de diciembre porque tal posibilidad no solo resulta ajena a nuestra tradición legislativa, sino que tal exposición de motivos carece de fuerza normativa. En tal sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional (SSTC 170/2016, de 6 de octubre, 36/1981, de 12 de noviembre; 150/1990, de 4 de octubre; 173/1998, de 23 de julio; 116/1999, de 17 de junio y 222/2006, de 6 de julio), aunque sirven como criterio interpretativo finalista de las disposiciones normativas a las que acompañan.

Conforme a lo expuesto, puede concluirse que no es posible jurídicamente que la disposición transitoria quinta de la Ley Orgánica 10/1995, cuya aplicación es invocada por el Ministerio Fiscal, trascienda a la LO 10/2022. Por ello, no existe limitación a la aplicación de la norma más favorable que establecen los arts. 9.3 CE y 2.2 CP.

Y en cuanto a «la aplicación de la LO 10/2022 en su conjunto:

«La doctrina del Tribunal Constitucional es muy clara al respecto. Señala el citado Tribunal en su sentencia núm. 131/1986, de 29 de octubre, en relación con el principio de retroactividad de la ley penal más favorable, que «no es posible [...] utilizar el referido principio para elegir, de las dos leyes concurrentes, las disposiciones parcialmente más ventajosas, pues en tal caso, el órgano judicial sentenciador no estaría interpretando y aplicando las leyes en un uso correcto de la potestad jurisdiccional [...] sino creando con fragmentos de ambas leyes una tercera y distinta norma legal con invasión de las funciones legislativas que no le competen».

Igual criterio ha sido adoptado por la jurisprudencia de la Sala, conforme se expresó en la sentencia núm. 987/2022, de 21 de diciembre: *«Esta Sala ha consolidado un cuerpo de doctrina para supuestos de sucesión normativa, según el cual el cotejo debe hacerse comparando en bloque ambos esquemas normativos, pues solo así puede detectarse que régimen resulta más beneficioso».* Como decíamos en la STS 107/2018, de 5 de marzo *«No es posible una fragmentación que permitiera escoger aspectos puntuales de una y otra versión, pues solo en su conjunto, a modo de un puzle de piezas que encajan milimétricamente, el texto legal adquiere su propia sustantividad».* O en palabras que tomamos de la STS 630/2010, de 29 de junio *«En otros términos los elementos de comparación no se limitan a la consideración de hecho delictivo en una y otra norma, sino a todos los presupuestos de aplicación de la Ley penal»* Ahora bien, *la elevada penalidad que acompaña a la modalidad delictiva aplicada en este caso, y la mayor aflicción que deriva de las penas privativas de libertad frente a las que limitan otros derechos, focaliza sobre aquellas el principal elemento comparación».*

En el mismo sentido se pronuncian las sentencias núm. 930/2022, de 30 de noviembre; 37/2023, de 26 de enero; 88/2023, de 9 de febrero y 204/2023 22 de marzo.

Pues bien, tras el correspondiente análisis del caso, se acaba desestimando el recurso.

STS 441/2023, DE 8 DE JUNIO (ROJ: STS 2821/2023)

Cuestión: No revisión y posibilidad de imponer más pena

Respuesta: Se deniega la revisión solicitada pero además al haberse aplicado el Código Penal modificado por la L. O. 10/2022, como esta aplicación lo ha de ser en toda su extensión, procedería haber impuesto también las accesorias obligadas a la vista del artículo 192.3 CP, esto es la inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio o actividades que conlleven contacto regular y directo con personas menores de edad por tiempo de 10 años, que ahora no se pueden imponer, dado que el Ministerio Fiscal no ha formulado recurso contra el citado auto, ni se ha adherido al formulado por el penado.

Y concluye diciendo que *«El artículo 2.2. CP, no dice que se le aplique al reo la ley nueva, lo más favorablemente posible, sino que cuando la ley nueva le favorezca, se le aplique, y eso es lo que ha hecho el tribunal de instancia, motivar el alcance de la nueva pena, teniendo en cuenta el nuevo marco normativo».*

STS 461/2023, DE 14 DE JUNIO (ROJ: STS 2815/2023)

Cuestión: Revisión de pena

Respuesta: No procede la revisión, por no ser más favorable el nuevo marco punitivo previsto en la Ley 10/2022, de 6 de septiembre. Se estima el recurso del MF pues existe un error en el presupuesto empleado por el tribunal de instancia para declarar la procedencia de la revisión.

Y ello porque la conducta declarada probada de acuerdo a la nueva redacción tras la Ley Orgánica 10/2022 es subsumible en los artículos 181.1, 2, 3 y 4, letras c y e, del Código Penal además de en el artículo 74 por la continuidad delictiva. De conformidad con esa previsión la penalidad a imponer tiene que tener en cuenta, en primer lugar, la pena de 10 a 15 años correspondiente a la agresión sexual con penetración, penalidad que debe imponerse en su mitad superior al apreciarse dos circunstancias del artículo 181.4 del Código Penal, por la especial vulnerabilidad y el parentesco declarado probado en la sentencia, lo que llevaría una pena situada entre la horquilla de 12 años y 6 meses de prisión a 15 años. Al concurrir el delito en el régimen del delito continuado del artículo 74, obliga a imponer una pena en su mitad superior, lo que supone que la horquilla entre la que debe imponerse la pena sería de 13 años y 9 meses de prisión a 15 años, pena cuya previsión mínima es superior que la penalidad vigente al tiempo de comisión de los hechos que el tribunal señala en los 13 años y 3 meses de prisión.

Según el criterio mantenido por el propio tribunal en la resolución recurrida, la nueva penalidad, no es más favorable, y no debe procederse a la revisión. Lo anterior hace innecesario entrar en los restantes motivos de oposición, y estimar la impugnación del Ministerio Fiscal. Procede declarar no haber lugar a la revisión de la sentencia objeto de la impugnación.

STS 459/2023, DE 14 DE JUNIO (ROJ: STS 2813/2023)

Cuestión: Incidencia de la nueva nomenclatura

Respuesta: Se desestima el recurso formulado por el condenado a 7 años de prisión por un delito de agresión sexual de los arts. 178 y 179 CP.

Mas allá de la nueva nomenclatura que abandona el término abuso a favor de generalizar el de agresión sexual, se trata de conductas distintas, y por ello no necesariamente abocadas a recibir la misma respuesta punitiva, pues en abstracto se ha fijado una amplia horquilla penológica, como finalmente ha clarificado la ulterior reforma operada por la LO 4/2023.

En el caso, el Tribunal sentenciador descartó expresamente la imposición de la pena mínima, dadas las circunstancias concurrentes, lo que conduce a mantener la pena impuesta, ubicada en la mitad inferior del artículo 179 CP modificado, por proporcionada a la gravedad del hecho y circunstancias del autor.

STS 454/2023, DE 14 DE JUNIO (ROJ: STS 2817/2023)

Cuestión: Cómputo del plazo para recurrir

Respuesta: El plazo para recurrir no queda abierto en tanto se notifica la sentencia a todos los perjudicados, aunque no estén personados.

Aunque el objeto del recurso era una revisión de pena, aborda la sentencia la cuestión de si el Ministerio Fiscal ha de respetar los plazos de los recursos, y contesta, del siguiente modo:

«No es sorteable la objeción referida a la extemporaneidad del recurso pese a la ingeniosa y hábil argumentación hecha valer por el Fiscal para que el recurso se tuviese por preparado cuando el anuncio se hizo varios meses después de la notificación. El auto fue notificado al Fiscal el 24 de octubre de 2022. El escrito de preparación se presentó el 18 de enero de 2023.

El Fiscal en la instancia acudió a la dicción de los arts. 212 y 792.5 LECrim para entender que, en tanto la sentencia no fuese notificada a la víctima no personada, no empezaba a correr el plazo para la interposición del recurso.

Si aceptamos eso, ese plazo incluso estaría, al parecer, todavía abierto, en tanto prosigan las diligencias de localización de la víctima iniciadas.

Si fuese correcta esa interpretación, cuya formulación en una primera aproximación puede resultar atractiva y sugerente, concluiríamos que en nuestros centros penitenciarios se encuentran muchos internos cumpliendo condenas que todavía no son firmes por no estar cerrado el plazo para interponer recurso (art. 141 LECrim). Eso hace ya saltar una alarma que invita a cuestionar la bondad de esa exégesis, a tenor de la cual en tanto no se notifica a todas las víctimas, ofendidos o perjudicados, una sentencia carece de firmeza.

No tiene sentido y será tremendamente disfuncional que el plazo para recurrir quede abierto en tanto no se notifica la sentencia a todos los perjudicados, víctimas o interesados, aunque no estén personados. La disposición se entiende cuando está abierta la posibilidad de impugnación, es decir cuando penden notificaciones a partes legitimadas para recurrir. Por eso puede tener sentido cuando no se le ha comunicado aún la resolución a quien no está personado, pero goza de legitimación para recurrir y se establece la necesidad de notificarle. Pero no puede admitirse en otros casos. El legislador en sucesivas reformas ha establecido deberes de notificación a las afirmadas víctimas o a los perjudicados, aunque no se hayan mostrado parte en la causa, como garantía específica del derecho a la información. Pero ello no supone —a salvo en el procedimiento por delitos leves en el que, como excepción a la regla general, sí cabe interponer recurso por quien no fue parte— que se modifique la condición subjetiva de la eficacia comunicativa de la notificación para que la resolución o actuación judicial notificada despliegue los efectos que le son propios y, en su caso, se computen los plazos de interposición de los recursos. De esa ampliación de la actividad de notificación no puede hacerse depender los efectos procesales que se derivan de la comunicación procesal de la resolución o actuación jurisdiccional».

STS 460/2023, DE 14 DE JUNIO (ROJ: 2814-2023)

Cuestión: Comparativa entre la regulación de la LO 10/2022 y LO 3/2023

Respuesta: En relación a asuntos que ya han sido sentenciados en firme, la comparación se encuentra supeditada a los hechos que la sentencia declaró probados, a la calificación que se realizó y a la pena impuesta.

A la luz de ello, la aplicación de lo previsto en los artículos 181.2 y 181.3 CP, a partir del relato de hechos, la LO 10/2022, no resulta en esta ocasión más beneficiosa. La pena mínima a imponer ahora al recurrente a partir de la vigencia de la LO 10/2022,

con aplicación de la continuidad delictiva que fue apreciada, en ningún caso bajaría de los doce años y seis meses, es decir una penalidad más gravosa que la impuesta en la sentencia con aplicación de la legislación vigente a la fecha de los hechos.

Se desestimó pues, la pretensión revisora, recordando que: «La LO 10/2022, introduce un nuevo esquema de punición. Mas allá de la nueva nomenclatura que abandona el término abuso a favor de generalizar el de agresión sexual, aglutina en esta (artículos 178, 179 y 181) lo que antes integraban conductas diferenciadas, y además lo hace fijando una penalidad unitaria. Son conductas distintas, pero no necesariamente abocadas a recibir la misma respuesta punitiva, pues en abstracto se ha fijado una amplia horquilla penológica que, más allá de las normas de individualización de obligada aplicación, en cuanto convive con el artículo 66 CP, permite discriminar pena en atención a la mayor o menor gravedad del hecho, y las circunstancias del autor. Nada impide ponderar, por ejemplo, como factores de gravedad, el empleo de determinados medios comisivos que implican un plus de lesividad, como finalmente ha clarificado la ulterior reforma operada por la LO 4/2023. Lo relevante es que no se han despenalizado comportamientos, ni siquiera el legislador se decanta por una necesaria menor penalidad, lo que requiere un análisis individualizado en cada caso».

STS 453/2023, DE 14 DE JUNIO (ROJ: STS 2820/2023)

Cuestión: Recurso improcedente

Respuesta: La casación con el propósito de revisión de pena, interpuesta contra el auto que denegó la revisión de la sentencia dictada tras la entrada en vigor de la LO 10/2022, resultaba improcedente porque lo que procedía era recurso de apelación ante el TSJ.

En efecto, tras recordarse la vieja doctrina (con cita de las SSTC 70/1984, 172/1985, 145/1986, 107/1987 y 376/1993 y más modernamente SSTC 404/2020, de 17 de julio y 13/2023, de 19 de enero) de que la información de los recursos procedentes efectuada en la propia resolución a recurrir –cuando es errónea–, no vincula a la partes pues no puede alterar el régimen legal de los recursos, se indica que la reforma procesal efectuada por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, ha alterado de forma relevante el régimen de recursos contra sentencias en el proceso penal, generalizando la apelación. Por ello si la sentencia dictada en primera instancia lo ha sido por Audiencia Provincial en un proceso incoado con posterioridad al 6 de diciembre de 2015, fecha de entrada en vigor de la Ley 41/2015, la ley procesal vigente exige una previa apelación ante el Tribunal Superior de Justicia correspondiente y solo después en casación y a través del artículo 849.1 LECrim.

No obstante, «teniendo en cuenta que esa indicación errónea de la Audiencia al recurso pertinente pudo inducir a error a la parte», en aras de evitar cualquier situación de indefensión, considera que deben retrotraerse las actuaciones al momento de notificación del auto de 12 de enero de 2023, a fin de que por la Audiencia se le indique que el recurso procedente es el de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia en el plazo de 10 días.

STS 470/2023, DE 15 DE JUNIO (ROJ: STS 2812/2023)

Cuestión: Alcance del recurso de casación cuando se solicita la revisión de la pena

Respuesta: Se examina la solicitud de reducir la pena en un caso de agresión sexual de los arts. 178 y 179 CP, y se recuerda que la función de un tribunal de casación, cuando conoce de un error de derecho por infracción de ley, es la de examinar la resolución impugnada a la luz del ordenamiento jurídico, en este caso, de una nueva legalidad que contempla un distinto marco punitivo, y examinarlo desde su subsunción y la motivación expresada en la resolución recurrida, las de la precedente revisión realizada por la Audiencia Provincial.

Y procederá la estimación del recurso cuando la penalidad no se ajusta a la legalidad, o la motivación fuera arbitraria o diere una solución flagrantemente desproporcionada a los hechos.

Pero en el caso examinado, el Auto recurrido declara la no procedencia de la revisión en una resolución trabajada que reproduce parte de la motivación de la sentencia condenatoria, justificando la racionalidad de la pena impuesta en su día. Por eso, la función de revisar que ha correspondido al tribunal de instancia se confirma en casación pues se apoya en unas ideas fuertemente enraizadas en nuestra jurisprudencia, a tenor de la cual la individualización judicial de la pena corresponde al Tribunal sentenciador, en la que ha de observarse, obviamente, la legalidad que dispone la interdicción de la arbitrariedad y el deber de motivar de los arts. 9.3 y 120.3 CE.

STS 473/2023, DE 15 DE JUNIO (ROJ: STS 2822/2023)

Cuestión: Alcance del incidente de revisión

Respuesta: Más allá de que se expone la doctrina sobre la revisión de penas tras la reforma operada por la Ley Orgánica 10/2022, se delimita en qué consiste el «incidente de revisión», del que se dice que no es un juicio nuevo. Su objeto es muy limitado: verificar si la reforma operada incide favorablemente en la subsunción jurídico-penal y/o penalidad y no se pueden corregir defectos que se detecten en la sentencia y que no fueron objeto de impugnación.

Por otro lado, se estima que el resultado de la operación de re individualización realizada en el caso, es razonable y se acomoda a criterios de proporcionalidad, por lo que debe respetarse. Si bien si, como sucede, la norma renovada vigente incluye (desde la reforma de 2021) una pena conjunta consistente en una específica inhabilitación para actividades, remuneradas o no, con menores, no puede ser orillada de la revisión.

STS 475/2023, DE 16 DE JUNIO (ROJ: STS 3068/2023)

Cuestión: Revisión de pena

Respuesta: No procede porque el nuevo tipo impone la misma pena o incluso pena superior que la aplicada en la sentencia.

Los hechos enjuiciados consistieron en el empleo de intimidación para la obtención de unas grabaciones en las que la menor aparece realizando tocamientos sobre su propio cuerpo con un claro contenido sexual. Estos hechos fueron calificados en la

sentencia de casación como delito de agresión sexual agravada del artículo 178 CP en relación con el artículo 180.1.3.º CP que castiga la agresión sexual con pena de 5 a 10 años de prisión «cuando la víctima sea especialmente vulnerable por razón de su edad». Concurriendo la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada se impuso la pena inferior en grado y, dentro de ésta, cerca de su límite máximo (4 años y 6 meses).

Actualmente y como consecuencia de la entrada en vigor de la LO 10/2022 esos mismos hechos se calificarían como delito de agresión sexual a menor de 16 años, tipificado en el artículo 181.1 y 2, que castiga el hecho con la misma pena de 5 a 10 años de prisión. Incluso si se aplicara la agravación prevista en el artículo 181.4, apartado c), de similar factura a la establecida en el artículo 180.1.3.º derogado, el marco penológico podría situarse entre los 7 años y 6 meses y los 10 años, por lo que la pena inferior en grado oscilaría entre los 3 años y 6 meses y los 7 años de prisión.

Por lo tanto, el presupuesto fáctico sobre el que se sustenta la pretensión de revisión de la condena no concurre. No es cierto que la penalidad introducida por la LO 10/2022 sea más favorable para el condenado que la establecida en los preceptos aplicados en la sentencia, razón que conduce a la desestimación del recurso.

STS 480/2023, DE 20 DE JUNIO (ROJ: STS 2819/2023)

Cuestión: Comparativa y penas accesorias

Respuesta: A efectos de comparación, y dejando al margen aquellos casos en que se trate de pena mínima, ello ha de hacerse en atención a lo que demande cada uno en concreto, y en el caso presente no se considera que proceda más reducción de la pena privativa de libertad que la que se reconoció en el auto recurrido.

La comparación entre las normas cuya vigencia se sucede en el tiempo, con carácter general, como es sabido, debe ser realizada de forma completa. No es posible, por tanto, una fragmentación que permitiera escoger aspectos puntuales de una y otra versión, pues solo en su conjunto, a modo de un puzle de piezas que encajan milimétricamente, el texto legal adquiere su propia sustantividad.

Se estima correcta la decisión de la Audiencia provincial, pero resultan de imposición imperativa, para cualquiera de los delitos del Título VIII (delitos contra la libertad sexual), las penas que figuran actualmente por lo que la pena accesoria de inhabilitación especial para cualquier profesión, oficio o actividades, sean o no retribuidos, que conlleve contacto regular y directo con personas menores de edad, por un tiempo de 10 años que solicita el M. F. ha de ser incluida.

STS 481/2023, DE 20 DE JUNIO (ROJ: STS 2818/2023)

Cuestión: Determinación de la pena procedente

Respuesta: En el caso, se trata de un recurso de casación contra un auto, en que la Audiencia acuerda que no ha lugar a la revisión de una pena de prisión de 14 años, impuesta por un delito continuado de agresión sexual con acceso carnal de los arts. 178 y 180.1. 3 y 4, en relación con el 74 CP, con la pretensión de que dicha pena se reduzca a 11 años y 6 meses.

La Sala no comparte el planteamiento del recurrente que gira en torno a criterios de proporcionalidad, pues a efectos de comparación, y dejando al margen aquellos

casos en que se trate de pena mínima, ha de hacerse en atención a lo que demande cada uno en concreto.

La pena de cuya revisión se trata fue impuesta por un delito de agresión sexual continuado, en que la víctima era un joven de 17 años, del artículo 179 CP, concurriendo las específicas circunstancias de agravación del artículo 180.1.3.^a (víctima especialmente vulnerable) y 180.1.4.^a (prevalimiento de superioridad), que, por ser dos las circunstancias de agravación, en aplicación del apdo. 2 del propio artículo 180, el arco penológico sería de 13 años 6 meses y 1 día a 15 años de prisión, y por concurrir la continuidad delictiva, en aplicación del artículo 74, la pena iría de 14 años, 3 meses y 1 día a 15 años, con lo que la pena de 14 años, de la que parte el recurrente para la comparación es una pena incorrecta. Y es que, a los efectos de la revisión y si se plantea un juicio de proporcionalidad, lo que no resulta tolerable es que, desde un erróneo planteamiento, se realice dicho juicio, por cuanto que la proporcionalidad no cabe plantearla desde tal irregularidad.

A lo anterior se añade que nos encontramos con un recurso de casación por *error iuris*, que obliga a partir de los hechos que fueron declarados probados.

Por todo ello, en el caso en cuestión, y sentado que la pena mínima imponible que correspondería con la LO 10/2022, sería la 13 años y 1 día de prisión, más debajo de la cual no cabría reducir la de 14 años, en atención a las circunstancias del caso, en particular la muy continuada actividad delictiva desplegada, que se prolonga desde el inicio del año escolar 2007-2008 hasta agosto de 2008, que permitiría llegar, de conformidad al artículo 74.1 CP, a una pena superior a los 15 años de prisión, no se quiebra ninguna proporcionalidad manteniendo esa de 14 años, por lo que la revisión no es procedente.

STS 487/2023, DE 21 DE JUNIO (ROJ: STS 2828/2023)

Cuestión: Sentencia de conformidad y aplicación de la pena en su grado mínimo

Respuesta: La sentencia de conformidad puede ser alterada, y aplicarse un nuevo mínimo punitivo cuando la nueva legislación resulta más favorable.

La imposición de la pena en el grado mínimo con arreglo a la anterior regulación, con o sin motivación adicional, conlleva la revisión de la pena y la imposición de la pena en el mínimo a la ley actual más favorable (vid. STS 985/2022, de 21 de diciembre), en un caso de conformidad).

Criterio que también es aplicable a quienes resultan condenados en una sentencia de conformidad, al carecer de justificación un trato diferente a los que la imposición de la pena en el mínimo legal viene motivada por su reconocimiento de los hechos y aceptación de la pena, respecto de otros condenados a igual pena, tras la celebración de un juicio en el que, por ejemplo, no admitieron los hechos o su autoría.

STS 501/2023, DE 23 DE JUNIO (ROJ: STS 2823/2023)

Cuestión: Pena en un delito sexual continuado

Respuesta: No se accede a la revisión porque la pena prevista por la nueva norma no es más favorable.

El recurrente fue condenado como autor de un delito continuado de abuso sexual a menor de 13 años, con introducción de dedos en la cavidad vaginal de su víctima y concurriendo la agravante específica de prevalimiento por parentesco; conducta pre-

vista y penada en los artículos 183.1, 183.3, 183.4.d y 74 del Código Penal, en su redacción dada por la LO 5/2010 vigente a la fecha en que los hechos tuvieron lugar. Dado que los abusos sexuales del artículo 183.1 y 183.3 tenían prevista una pena privativa de libertad de 8 a 12 años, que debía aplicarse en su mitad superior por concurrir la agravación específica del artículo 183.4.d), la regla de punición del delito continuado expresada en el artículo 74.1 del Código Penal conducía a un marco penológico que fluctuaba de 11 a 12 años de prisión, pudiendo llegar a los 18 años como límite de la mitad inferior de la pena superior en grado. Y en ese espacio de punición el Tribunal excluyó la menor duración y estableció la extensión de 12 años, lo que hizo en consideración al perfil criminógeno del recurrente y a la gravedad del hecho (art. 66.1.6.ª del Código Penal). Concretamente subrayó que la individualización de la pena respondía a que el acusado tenía antecedentes penales (pese a no ser computables a efectos de reincidencia), además de por la intensidad de los abusos y por la corta edad de 10 años que tenía la víctima.

Conforme con la LO 10/2022, los hechos serían subsumibles en el artículo 181.3 del Código Penal en relación con los artículos 181.2 y 178.2 del texto sancionador, considerando para ello que el autor cometió el delito aprovechando su situación de superioridad respecto de la víctima. Esto define un marco punitivo de 10 a 15 años de prisión que, por aplicación de las normas de sanción para el delito continuado, comporta un mínimo penológico superior al que se le impuso.

Y aun en la consideración de que los hechos se entendieran subsumibles en el artículo 181.3 en relación con el artículo 181.1, concurriendo entonces la agravación específica del artículo 181.4.e) del nuevo texto, la pena fluctuaría entre 10 años y 6 meses de prisión como límite mínimo y los 18 años correspondientes al límite de la mitad inferior de la pena superior en grado (art. 74.1 del Código Penal). Pero en todo caso confluyendo las mismas razones que llevaron al Tribunal a no aplicar la mínima punición prevista por el legislador y a exacerbar el reproche, dentro de un marco de mucha mayor amplitud, hasta los 12 años de prisión. La nueva regulación, ni aun bajo el juicio de subsunción que se ha expuesto, puede entenderse más favorable para el penado. Por más que se haya rebajado levemente el límite mínimo imponible, la individualización en concreto sería la misma, pues siguen confluyendo las circunstancias que llevaron al Tribunal a imponer y mantener la pena privativa de libertad de 12 años.

STS 523/2023, DE 29 DE JUNIO (ROJ: STS 2827/2023)

Cuestión: Revisión de pena

Respuesta: En la presente sentencia –de gran extensión y a cuya lectura remitimos– se plantean diversas cuestiones, al hilo de la revisión de la pena que se solicita.

La sentencia, que cuenta con varios votos particulares, mantiene la revisión efectuada por la Audiencia Provincial si bien añade algunas penas accesorias, a la vista de la nueva regulación de los delitos sexuales.

Entre otros fundamentos, se dice:

«La limitación razonable de los efectos derivados del artículo 2.2 del Código Penal en materia de retroactividad de disposiciones penales favorables es posible. Pero que sea una opción viable para el legislador no significa, naturalmente, que haya de sobrentenderse como adoptada por todos los legisladores penales pasados y futuros, que solo podrían apartarse de ella mediante una disposición expresa que dijese lo contrario o mediante la modificación del artículo 2.2 CP, proclamando que

las sentencias firmes solo quedan afectadas cuando con arreglo a la nueva ley la pena sea imponible (aunque la pena impuesta fuese el mínimo de la anterior horquilla y ahora suponga el máximo del nuevo marco penal). De hecho, en algunas de esas reformas sin disposiciones transitorias se ha procedido a algunas revisiones (aunque la tendencia más bien punitivista instalada en nuestros días provoca que haya muchas más reformas desfavorables que beneficiosas, no faltan algunas que han comportado ciertas reducciones penológicas: v.gr. reforma en 2012 de delitos tributarios) ignorando, en coherencia con lo hasta aquí dicho, el criterio de la disposición transitoria ahora invocada por el Fiscal.

Así, a nuestro parecer, el artículo 2.2 del Código Penal no necesita complemento alguno. Contiene una regulación bien explícita. No se advierte ninguna clase de laguna que exija acudir a una norma supletoria o a una interpretación pretendidamente analógica, menos todavía, cuando ésta pudiera resultar perjudicial para el reo».

Y más adelante:

«La Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, no solamente supuso un cambio de paradigma punitivo con respecto a la regulación hasta ese momento vigente entre nosotros, sino que, puede decirse ahora, constituye un paréntesis, abierto y cerrado, en nuestros sucesivos textos penales. En efecto, la Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, rectifica nuevamente el modelo para volver a diferenciar ahora, –siempre, naturalmente, manteniendo como elemento axial la ausencia de consentimiento válido–, la respuesta punitiva en consideración al empleo de violencia o intimidación (actual redacción del artículo 178.3: «si la agresión se hubiera cometido empleando violencia o intimidación o sobre una víctima que tenga anulada por cualquier causa su voluntad», se impondrá una pena superior a la correspondiente para los demás tipos de agresiones sexuales. Esta nueva ley, hoy vigente, aun manteniendo la unificación en la nomenclatura (agresiones sexuales) y, por descontado, partiendo de la inexistencia de consentimiento válido, considera preciso, por lo que ahora importa, atender a los medios empleados para protagonizar la agresión, (a la violencia o intimidación por lo que ahora importa) para calibrar la magnitud de la pena correspondiente.

No existe, es evidente, un fantasmagórico derecho del acusado a que le resulte impuesta, precisamente, la pena mínima. Ni en este delito, ni en ningún otro. Sin embargo, el mero concurso de uno de los elementos constitutivos de la infracción penal no puede ser, a su vez, razón atendible para incrementar la pena establecida como límite mínimo del segmento punitivo asociado a la conducta típicamente descrita. Se trata de aspectos (en nuestro caso, el empleo de violencia) ya tomados en cuenta por el legislador para determinar la horquilla penal correspondiente, lo mismo en sus límites mínimos que en máximos. Si es posible, en nuestro caso y conforme a la descripción del tipo penal, que una determinada conducta efectuada con violencia o intimidación sea sancionada con la pena mínima de siete años de prisión, no puede ser un motivo suficiente, –pugna incluso con las reglas del mero razonamiento lógico–, la sola existencia de violencia (o intimidación) para impedir, por sí, la imposición de la pena en ese punto mínimo del segmento.

En el supuesto que se somete ahora nuestra consideración, basta la mera lectura del relato de hechos probados de la sentencia firme para comprenderlo: los delitos se cometieron empleando violencia. Quedan colmadas así las exigencias típicas de los artículos 178, 179 y 180.1.1.ª del Código Penal, en su redacción resultante de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre. Pero el empleo de esa violencia, ya considerada como uno de los métodos posibles para el acceso no consentido, frente a lo que sostiene el recurrente, no convierte al delito necesariamente en más grave (como tampoco lo convertiría en necesariamente más leve, reclamando la inevitable imposi-

ción de una pena situada en el tramo inferior del segmento, que, por ejemplo, el delito se hubiera cometido sobre personas que se hallaran privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare). Por eso, frente a lo que parece sostener el recurrente, en el modelo legislativo resultante de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, la sola existencia de una conducta violenta no es, necesariamente, más grave que la de que quien propicia el ataque sexual por cualquiera de los otros medios descritos en el artículo 178.2. Este ha sido el juicio de proporcionalidad efectuado por las Cortes Generales, en el mencionado paréntesis legislativo, frente al modelo tradicional, y a éste debemos atenernos, respetando la competencia que les es propia, por mucho que, naturalmente, cada operador jurídico, incluso cada ciudadano, puede tener (y mantener) su propio punto de vista al respecto».

También se dice:

«Desborda las atribuciones de un Tribunal de casación la capacidad de redimensionar la pena para ajustarla a sus propias eventuales estimaciones. Nos entrometeríamos en facultades discrecionales que el legislador deposita en la Audiencia Provincial. Solo podemos verificar si la opción penológica está motivada con arreglo a criterios legales y razonables, y no vulnera las reglas de individualización. En el ámbito último de discrecionalidad inherente a la elección de una pena concreta dentro de la horquilla legal, la decisión corresponde, a la Audiencia. No puede ser usurpada o expropiada por el Tribunal de casación».

Y una reflexión final:

«Sería preferible no frivolarizar con la pretendida lenidad del ordenamiento jurídico penal, con la también denostada insuficiencia de las reacciones punitivas o con la recurrente invocación a la necesidad de endurecer e incrementar la respuesta penal. Con independencia de que casos habrá en los que un incremento relativo de las penas asociadas a determinadas conductas pudiera ser conveniente, —como también sucederá seguramente lo contrario, tal vez en más oportunidades—, tras la revisión de la pena inicialmente establecida en este caso se imponen al condenado un total de quince años de prisión. Ciertamente la reducción es sustancial comparada con la establecida en la sentencia que se revisa (cinco años menos de prisión, por efecto de lo establecido en el artículo 76 del Código Penal). Como se sabe, quince años de prisión es el límite máximo previsto por el legislador para el autor de un delito consumado de homicidio doloso y también son quince años el límite inferior de la pena prevista para el autor de un delito, consumado y doloso, de asesinato.

No advertimos así ni que la decisión de la Audiencia Provincial que aquí se recurre resulte arbitraria, carente de fundamento o contraria a precepto legal alguno. Es mera y razonable consecuencia de la nueva desvalorización de las conductas realizada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, en el ámbito de los delitos contra la libertad sexual y del nuevo modelo que la misma promovió para estructurar su punición. Tampoco se evidencia una ausencia de proporcionalidad censurable en términos constitucionalmente relevantes».

STS 524/2023, DE 29 DE JUNIO (ROJ: STS 2826/2023)

Cuestión: Revisión en los casos de delito sexual con abuso de superioridad

Respuesta: La referencia al abuso de una situación de superioridad (artículo 178.2 y 181.4) no aporta una especial claridad en la aplicación de la norma. Cuando dicho

prevalimiento concurra en la conducta del acusado, resultará lo procedente la aplicación de lo previsto en el segundo inciso del artículo 181.3 (pena de prisión de 10 a 15 años), del mismo modo que así sucedería con respecto a los demás casos referidos en el artículo 178.2 (violencia, intimidación, situación de vulnerabilidad de la víctima o actos ejecutados sobre personas que se hallen privadas de sentido, de cuya situación mental se abusare o que tuvieren anulada su voluntad por cualquier causa). En ese entendimiento, el artículo 181.4 e) del Código Penal quedaría reservado para aquellos supuestos en los que, concurriendo cualquiera otra de las modalidades a las que se refiere el artículo 178.2 del Código Penal, hubiera actuado el acusado también prevaliéndose de una relación de superioridad.

STS 529/2023, DE 29 DE JUNIO (ROJ: STS 3067/2023)

Cuestión: El principio de retroactividad

Respuesta: Se recuerda, en esta sentencia, de cierta amplitud el tratamiento de la referida cuestión que se estudió en el Pleno Jurisdiccional de los días 6 y 7 de junio de 2023, en el que se proclamó de forma unánime, como se detalla entre otras muchas, en las SSTS 473/2023, de 15 de junio y 501/2023, de 23 de junio, que la aplicación retroactiva de la LO 10/2022 debe ajustarse a la previsión normativa recogida en el artículo 2.2 de nuestro Código Penal y que la operatividad de la Disposición Transitoria Quinta del Código Penal de 1995 se agota en aquellas condenas que, respondiendo a delitos perpetrados y sentenciados con anterioridad a su entrada en vigor el 24 de mayo de 1996, que estuvieran en proceso de efectivo cumplimiento en esta última fecha, siempre que no se tratara de penas pecuniarias.

Hemos recordado –prosigue la presente resolución– que el principio de retroactividad de las leyes penales favorables, aun no estando expresamente enunciado en la Constitución Española, se ha considerado derivado de la prohibición constitucional de retroactividad de las disposiciones sancionadoras o restrictivas de derechos (art. 9.3 CE), así como de un conjunto de disposiciones normativas internacionales que son de aplicación directa en nuestro ordenamiento jurídico y que arrastran la interpretación de los derechos fundamentales que la Constitución reconoce (art. 10.2 CE). En concreto del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que, tras proclamar el principio de legalidad penal, establece que «*Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello*»; además del artículo 49 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que, reconociendo también el principio de legalidad penal, expresa que «*si con posterioridad a esta infracción la ley dispone una pena más leve, deberá ser aplicada esta*».

Sin embargo, también es cierto que el principio general de retroactividad de las leyes sancionadoras favorables no comporta el necesario reconocimiento de una extensión absoluta. Aunque no es admisible que unos hechos delictivos se enjuicien aplicando la ley vigente al momento de su comisión si la regulación ha sido sustituida por otra que reduzca el desvalor de la conducta enjuiciada, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos admite que el ordenamiento jurídico de un país pueda rechazar que la nueva ley se aplique a procedimientos ya terminados con sentencia firme.

En el espacio en el que se reconoce una diversidad de opciones legislativas respecto a la sucesión en el tiempo de las normas penales, la opción de nuestro legislador democrático expresada en el artículo 2.2 del Código Penal de 1995 ha sido amplia y generosa, al establecer que «*tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que*

favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena»; excluyendo sin embargo los supuestos en los que se trate de «hechos cometidos bajo la vigencia de una Ley temporal».

Esta es la regla establecida por nuestro legislador para la sucesión en el tiempo de leyes penales, sin perjuicio que disposiciones normativas de igual rango que hayan podido disponer que la concreta aplicación de esa norma se realice con márgenes de revisión más limitados o restringidos.

Sin embargo, la Sala ha mantenido unánimemente que sería inexacto sostener que todas las reformas penales han previsto un régimen transitorio similar al descrito o que para todas las reformas penales debe interpretarse el artículo 2.2 del Código Penal en el sentido de entender que la ley no es favorable al reo si, como indica la *DT 5.ª, la duración de la pena anteriormente impuesta al hecho con sus circunstancias resulta también imponible con arreglo al nuevo código*. Aplicar esta limitación a la regla general de revisión de sentencias firmes recogida en el artículo 2.2 del Código Penal, sin que exista una previsión transitoria y específica en la nueva disposición normativa que en cada caso se contemple por su reciente entrada en vigor, supondría introducir una interpretación extensiva e *in malam partem* que no tiene cabida en el Derecho penal.

Para los supuestos de promulgación de leyes carentes de un régimen transitorio sobre revisión de sentencias firmes, como sucede con la LO 10/2022, sólo cabe aplicar la regla de revisión por contraste del *artículo 2.2 del Código Penal* y, consecuentemente, deberá desplegarse una labor de individualización de la pena que se ajuste al nuevo marco legal de punición y a sus reglas de dosimetría, aplicando además los elementos particulares de individualización que estén expresamente recogidos en la sentencia que se revisa, siempre que hayan sido objeto de debate contradictorio y que puedan tener proyección sin quebranto del principio de proscripción del *bis in idem*. Así lo exige el principio de concreción que expresó aplicable la Gran Sala del TEDH con ocasión de la opinión consultiva reclamada por el Tribunal Constitucional de Armenia (segunda opinión emitida por el TEDH tras la entrada en vigor del Protocolo núm. 16 al Convenio), respecto del artículo 7 del Convenio y, más concretamente, sobre el principio de irretroactividad del Derecho penal y su aplicación en supuestos de comparación entre las disposiciones penales vigentes en el momento de la comisión de un presunto delito y las exigencias o previsiones modificadas en una ley posterior.

STS 525/2023, DE 29 DE JUNIO (ROJ: STS 2829/2023)

Cuestión: Supuesta indefensión por infracción de las normas del procedimiento

Respuesta: Una irregularidad procesal sólo alcanza relevancia constitucional cuando produzca un perjuicio real y efectivo en las posibilidades de defensa de quien la denuncie. Y solo se considera existente indefensión material con relevancia cuando no sea descartable que el trámite omitido hubiera sido decisivo en términos de defensa, en el sentido de que hubiera podido determinar un fallo diferente. Por tal razón, la verificación de que se han producido tales defectos procesales no genera de forma automática la lesión de derechos constitucionales, si no ha producido indefensión material.

El defecto, consistió en que ningún escrito presentó el condenado en el incidente de revisión de pena, siendo que el traslado a esos fines se otorgó por la Audiencia Provincial, de forma simultánea a todas las partes, –acusaciones y defensa–, en lugar

de proceder, conforme hubiera sido lo conveniente, a establecer un plazo sucesivo, a efecto de que la defensa del condenado tuviese conocimiento cabal de las pretensiones acusatorias acerca de este extremo antes de presentar su escrito de alegaciones.

Pero es claro que en el caso, la defensa del condenado ha dejado expuestas cumplidamente en este su recurso de casación las razones por las que estima que la entrada en vigor de la ley orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, posterior a la firmeza de la sentencia recaída en las presentes actuaciones, contiene una regulación más favorable para el condenado y que, en consecuencia, por aplicación del artículo 2.2 del Código Penal, la misma debió serle aplicada.

Cumplidamente impuesta la defensa del condenado de las alegaciones formuladas por las acusaciones en este procedimiento, y aun de las consideraciones efectuadas al respecto en el auto que impugna, expresa en su recurso las razones de su discrepancia, sin que la declaración de nulidad que ahora persigue, con reposición de las actuaciones al momento en el que se cometió la irregularidad, pudieran reportarle, en este sentido, beneficio alguno, y sí, en cambio, generar dilaciones inconvenientes y carentes de cualquier clase de fruto legítimo.

Pasando a analizar lo que se expone en el recurso, en cuanto a la cuestión sobre la revisión de la pena, el recurrente fue condenado en sentencia firme como autor de un delito continuado de abusos sexuales a menor (entonces) de 13 años, con penetración y prevalimiento de una relación de parentesco, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 10 años de prisión y accesorias. Se aplicaron entonces los artículos 181.1 y 182. 1 y 2, en relación con la circunstancia 4.^a del artículo 180.1, todos ellos del Código Penal vigente a la fecha de los hechos, –redacción previa a la reforma de la LO 5/10–, así como el artículo 74 del Código Penal (delito continuado). La Audiencia Provincial en su sentencia, hoy firme, resolvió imponer la pena en su máxima extensión legalmente prevista (10 años de prisión).

Y a partir de la redacción resultante de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, los hechos entonces enjuiciados deberían calificarse de conformidad con las previsiones contenidas en los artículos 178.2 del Código Penal, en relación con los artículos 181.1, 2 y 3, inciso segundo, lo que nos remitiría, al menos, (prescindiendo aquí de la posibilidad de aplicar alguna de las agravaciones contempladas en el artículo 181.4), a una pena de prisión de entre diez y quince años, que, por tratarse de un delito continuado, debería resultar impuesta en su mitad superior (arrancando de un mínimo de doce años y seis meses de prisión), pena, evidentemente, desfavorable para el acusado en relación con la que le fue impuesta con aplicación de las normas penales vigentes al tiempo de la comisión de los hechos. Por ello, el motivo se desestima.

STS 536/2023, DE 3 DE JULIO (ROJ: 3066/2023)

Cuestión: Criterios sobre las rebajas de penas

Respuesta: Conforme a la deliberación del Pleno celebrado el 6 de junio de 2023, y recogiendo las palabras contenidas en el FJ 9.º de la STS 472/2023, 15 de junio –Pleno–: «(...) hemos razonado la imposibilidad de aplicar analógicamente una disposición in malam partem que no se promulgó para la situación abordada: en este caso una reforma penal efectuada en 2022 en una ley que solo contiene una disposición transitoria que para nada afecta a su contenido penal».

Por otra parte, –sigue la sentencia– la exégesis propuesta por el Ministerio Público provoca una discriminación menos asumible y más repudiable: los ya condenados contemplarían impotentes como son peor tratados que quienes cometieron el

mismo delito en fechas similares o incluso anteriores, pero por razones caprichosas que normalmente escapan a su ámbito de dominio (el juicio se suspendió por incomparencia de un testigo; mayor volumen de asuntos y más retrasos del Tribunal competente in casu, la tramitación más parsimoniosa del recurso de casación o apelación...) van a poder reclamar, sin limitación alguna, en fase de recurso o en el juicio, una penalidad menor acogiéndose a la nueva legislación. Igualmente puede comportar una discriminación en favor de los castigados con una pena superior. Verán revisada su pena por exceder del nuevo máximo, frente a quienes por los mismos hechos recibieron una pena inferior que quedará invariable (el ejemplo más claro de esto –no único– deriva del examen del artículo 178 CP: quien fue castigado por una agresión sexual a la pena de cinco años se verá ineludiblemente favorecido por la reforma; y a quien, sin embargo, se impuso una pena de cuatro años, no podrá reclamar la aplicación de la nueva ley).

La regla general es la plasmada en el artículo 2.2 CP que no introduce variación significativa frente al anterior artículo 24 CP: la norma más favorable se aplica también a quienes están cumpliendo condena.

Quedan equiparados, así, todos los casos en que la ley derogada sigue desplegando efectos, hayan sido enjuiciados o no (los que están pendientes de juicio, los que están pendientes de recurso y los que están pendientes de iniciar o finalizar el cumplimiento). Habrá que ponderar qué ley es más beneficiosa y aplicarla, lo que globalmente arrojará un resultado no discriminatorio y más equitativo».

En otro orden de cosas, el principio general y compartido de retroactividad de las normas sancionadoras favorables es hasta un cierto punto graduable. El legislador puede conferirle una extensión absoluta, sin matización alguna; o limitarlo con técnicas diversas. Así, por ejemplo, quedan fuera de su perímetro, en principio y como regla general, las denominadas «leyes temporales». Lo deja expresado de este modo y de manera inequívoca el último inciso del artículo 2.2 del Código Penal cuando señala: «los hechos cometidos bajo la vigencia de una ley temporal serán juzgados, sin embargo, conforme a ella, salvo que se disponga expresamente lo contrario». Esta peculiaridad normativa se entiende con facilidad si se repara en que, en tales casos, –leyes temporales–, el legislador no materializa un cambio de valoración en el reproche de determinadas conductas con vocación de permanencia, sino que, en atención a particulares circunstancias fácticas suficientemente justificadas y durante un período concreto, juzga preciso atemperar o agravar (incluso suprimir) la penalidad de determinados comportamientos durante el paréntesis temporal de su vigencia. No es el caso, por descontado, de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre .

El legislador goza de cierta libertad y autonomía para modular el principio de retroactividad de la ley penal posterior favorable. Así lo ha hecho nuestro legislador con ocasión de varias reformas penales, estableciendo disposiciones transitorias que prevalecían, por su carácter especial, frente a la dicción del artículo 2.2 del Código Penal. La legitimidad convencional de ese tipo de limitaciones está reconocida por la jurisprudencia supranacional (significadamente por el T. E. D. H.), naturalmente para aquellos supuestos en que las mismas aparecen contempladas en la ley nacional.

En efecto, el artículo 2 del Código no contiene el máximo grado de retroactividad posible, –hipotéticamente ésta podría extenderse también a la existencia de penas ya cumplidas, lo que no siempre sería una cuestión meramente simbólica, o a penados que no estuvieren, por cualquier razón, cumpliendo condena–, pero sí es alto.

Queda, pues, en manos del legislador en cada reforma penal dejar operar al régimen previsto, «por defecto», en el artículo 2.2 CP; o establecer normas específicas que podrían bien extender la eficacia retroactiva más allá de lo que se deriva del ar-

título 2.2 CP; bien restringirla. Nunca podrá llegar, eso sí, al punto de impedir que a los hechos anteriores pendientes de enjuiciamiento se les aplique la nueva legislación más beneficiosa (a salvo el caso de las leyes temporales)».

STS 557/2023, DE 6 DE JULIO (ROJ: 3069-2023)

Cuestión: Revisión de pena

Respuesta: En el caso no procede pues la labor comparativa de marcos penales realizada por el tribunal de instancia resulta acertada y arroja un claro resultado: la ley intermedia no es más favorable.

La ley aplicada, la introducida por la reforma operada por la L. O 11/99, establecía un marco de pena imponible, atendida la continuidad de los dos delitos y la agravación específica del *artículo 180.1. 3.º CP*, de ocho años y seis meses a doce años y seis meses de prisión. El marco de pena imponible de la ley intermedia, incluso aunque se descartara la concurrencia de la acción típica del *artículo 178.2 CP*, iría de nueve años a quince años de prisión, tomando en cuenta el efecto hiper agravatorio de la continuidad identificado en la sentencia de instancia.

La pena impuesta fue de diez años de prisión, en la mitad del arco de pena imponible, partiendo, insistimos, de la hiper agravación por continuidad que permite imponer la pena en la mitad inferior de la superior en grado, destacando la sala de instancia la presencia de indicadores de especial gravedad en la conducta.

En consecuencia, no concurre ninguna razón que, derivada del principio de retroactividad de la ley penal más favorable, justifique imponer la pretendida pena mínima prevista en la ley intermedia cuando, a la luz del juicio de individualización de la pena impuesta en la instancia, la imponible con dicha ley sería significativamente más alta.

STS 556/2023, DE 6 DE JULIO (ROJ:3070-2023)

Cuestión: Revisión de pena

Respuesta: El recurrente fue condenado como autor de un delito continuado de abuso sexual con penetración y prevalimiento. El marco de la pena imponible con la ley vigente al tiempo de la comisión de los hechos, dada la continuidad delictiva, iba de ocho años y seis meses a diez años, habiéndose impuesto la pena de nueve años de prisión, dentro de la mitad inferior pero cerca de su límite alto –nueve años y tres meses–, por concurrir una circunstancia atenuante de dilaciones indebidas. Con la ley intermedia, el marco de pena imponible va de los once a los quince años, si bien concurriendo una circunstancia atenuante no podría superar el límite de los trece años y seis meses. Al resultar, en el presente caso, manifiestamente desfavorable la aplicación de la ley intermedia, no procede la revisión interesada.

STS 566/2023, DE 7 DE JULIO (ROJ STS 3356/2023)

Cuestión: Disposición transitoria 5.ª de la LO 10/1995

Respuesta: No es aplicable, en el caso porque la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, no la contempla y es perjudicial

para el reo, como precisamente sí la recoge, como aplicativa la nueva LO 4/2023. En el caso, no se pueden revisar las penas ya que algunos aspectos ya enjuiciados, son cosa juzgada, como: a) las cuestiones normativas, ya decididas de forma firme en la resolución judicial que va a ser objeto de revisión: b) las cuestiones sobre la culpabilidad del acusado, cuando igualmente se ha tomado una decisión judicial al respecto; c) el ejercicio de la individualización penológica, aplicando el contenido del *artículo 66 del Código Penal*, de modo que al situarse la pena en una concreta dosimetría penal, esta operación no puede ser corregida mediante una operación de revisión penológica, pues desbordaría ese espacio de ejercicio judicial de fijación, no solamente de un tramo concreto de pena, sino también de la fijación de una cuantía de pena que se precisa con todo detalle en la resolución judicial objeto de revisión. Estos aspectos son cosa juzgada, y no pueden variarse.

Por otro lado, el nuevo artículo 192, apartados 1 y 3, recoge la privación de la patria potestad o la inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, por tiempo de cuatro a diez años, también la inhabilitación especial para cualquier profesión, oficio o actividades, sean o no retribuidos, que conlleve contacto regular y directo con personas menores de edad, por un tiempo superior entre cinco y veinte años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en la sentencia si el delito fuera grave. Previsiones que no constaban en la redacción del CP al tiempo de los hechos, acaecidos en 2014.

Sobre la obligatoriedad de la imposición de dichas penas accesorias, la STS 930/2022, al aplicar la nueva redacción de la ley, señaló que «[h]ay que tener en cuenta que la aplicación de la ley 10/2022 debe serlo en su conjunto, y si se rebaja la pena de prisión en un año a la que le correspondería de 10 años y un día debe aplicarse la accesoria prevista en el actual esquema normativo, que lo es la del actual *artículo 192.3, 1.º y 2.º párrafo CP*».

Sin embargo, no puede acogerse la pena de privación de la patria potestad o de inhabilitación para el ejercicio de los derechos de patria potestad, tutela, guarda, curatela o acogimiento por tiempo de 5 años, porque el acusado no mantiene ninguno de estos vínculos con la menor sobre la que abusó conforme resulta de los hechos probados de la Sentencia tomada en consideración.

STS 569/2023, DE 7 DE JULIO (ROJ:3346-2023)

Cuestión: Disposición transitoria 5.ª de la LO 10/1995

Respuesta: No es aplicable, por ser una norma de carácter temporal y el principio de retroactividad de la ley penal más favorable, recogido en el artículo 2.2 del Código Penal, señala que no cabe que unos hechos delictivos se enjuicien aplicando la ley vigente en el momento de su comisión, cuando esa ley ha sido sustituida por otra que contiene una valoración axiológica que mengua el desvalor que se atribuía a esa conducta.

La clave es determinar, si desde criterios de proporcionalidad, la pena impuesta también sería imponible con arreglo a la nueva norma, atendidas todas las circunstancias valoradas en la sentencia de instancia.

En este caso no concurrían circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y el tribunal podía imponer la pena en toda su extensión, en atención a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del autor. Impuso una pena situada en la franja media (9 años de prisión) y no apreciamos ninguna desproporción

en mantener esa sanción, dado que la pena en cuestión también se sitúa en el tramo medio del nuevo marco punitivo introducido por la *LO 10/2022*.

Los hechos objeto de condena, en efecto, consistieron en una penetración vaginal, con el empleo de una violencia muy grave, dado que la víctima sufrió lesiones que tardaron en curar 621 días. Además, se valoraron dos datos relevantes que denotaban también una mayor gravedad del injusto: La relación de afectividad con la víctima por razón de noviazgo y la realización del hecho con un móvil subyacente de dominación de la víctima por ser mujer. Por todo eso, no se justifica en este caso la modificación de la pena impuesta, atendida su proporcionalidad en función de las concretas circunstancias del delito cometido. En consecuencia, el recurso se desestima.

STS 570/2023, DE 7 DE JULIO (ROJ:3468-2023)

Cuestión: Pena aplicable a relaciones sexuales con hija menor

Respuesta: Los hechos probados de la sentencia describen lo siguiente: *«El acusado Luis Pedro, mayor de edad, sin antecedentes penales, con ánimo de satisfacer sus deseos sexuales y aprovechando el ascendente sobre su hija menor de edad, Belinda, haciéndole frecuentes regalos y dedicando a la misma una especial atención, ha venido manteniendo relaciones sexuales con ella desde hace años sin que se haya acreditado que fuera antes de cumplir la menor los 13 años, relaciones completas que incluyen la penetración vaginal y bucal que tuvo lugar en el domicilio familiar aprovechando la ausencia de la madre y la abuela»*.

Como es de observar, el *factum* no describe la edad de la menor, sólo afirma que la víctima era menor, aunque mayor de trece años por lo que no es posible aplicar el Capítulo II reformado por la *LO 10/2022*, porque no consta que la víctima tuviera menos de 16 años, aunque sí afirma que era menor de edad.

En consecuencia, la conducta del ahora recurrente sería incardinable en el artículo 179, que lleva aparejada una pena de 4 a 12 años. También en el artículo 180.1, 5º del Código Penal (al tratarse de su hija), lo que conlleva la pena de 8 a 15 años. Y al tratarse de un delito continuado (art. 74) esta pena ha de imponerse en su mitad superior, lo que nos lleva a una horquilla de 11 años y medio a 15 años.

Ello supone que, al haberse impuesto una pena de 9 años de prisión, la nueva penalidad no le es en absoluto más favorable.

Si entendiéramos que es de aplicación el artículo 181, 3 como propugna el recurrente, es decir, si partiéramos de que la víctima tenía menos de 16 años, la pena a imponer no sería de 6 a 12 años de prisión, como quiere el autor del recurso, sino la establecida en el apartado e) del artículo 181.4 (cuando para la ejecución del delito, el responsable se hubiera prevalido de una situación de convivencia o de una relación de superioridad o parentesco por ser ascendiente de la víctima) que obliga, imponer la pena en su mitad superior, esto es, de 9 a 12 años. Al tratarse de un delito continuado, ello también obliga a imponer la pena otra vez en su mitad superior, esto es, de 10 años y 6 meses y 1 día a 12 años, lo que es obvio que tampoco le favorece.

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO(1)

ÁNGELA CASALS FERNÁNDEZ

Profesora Doctora Adjunta de Derecho Penal y Derecho Penitenciario
Universidad CEU San Pablo

CONSULTA 1/2024, DE 21 DE MARZO, SOBRE ALGUNAS CUESTIONES RELACIONADAS CON LA UTILIZACIÓN FRAUDULENTO DE INSTRUMENTOS DE PAGO DISTINTOS DEL EFECTIVO

INDICE: 1. Objeto de la consulta.–2. Consideraciones preliminares.–3. Utilización fraudulenta de instrumentos de pago distintos del efectivo y delito leve.–4. Vertiente subjetiva del tipo del artículo 249.2.b) CP.–5. Objeto material del delito de sustracción, apropiación o ilícita adquisición de instrumentos de pago del artículo 249.2.b) CP.–6. Relaciones concursales.–7. Progresión delictiva: relación entre los arts. 249.1.b) y 249.2.b) CP.–8. Conclusiones

1. OBJETO DE LA CONSULTA

La Fiscalía consultante ha debatido sobre el criterio a seguir en la interpretación de las distintas modalidades de estafa tipificadas en el artículo 249 CP tras la reforma de dicho precepto operada en virtud de la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la

(1) Disponible en: <https://www.fiscal.es/documentación>

legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso.

La controversia se suscita en torno a las siguientes cuestiones:

i) Cuando la cuantía defraudada no exceda de 400 euros, ¿pueden sancionarse como delito leve los delitos de estafa informática del artículo 249.1.a) CP y de uso fraudulento de medios de pago distintos del efectivo del artículo 249.1.b) CP?

ii) El delito de estafa del artículo 249.2.b) CP, ¿admite el dolo eventual?

iii) Cuando una acción delictiva sea susceptible de calificarse simultáneamente como delito de hurto (art. 234 CP) o robo (art. 237 CP) y como delito de estafa del artículo 249.2.b) CP, ¿cuál es la relación concursal?

iv) Una vez consumada la conducta descrita en el artículo 249.2.b) CP, ¿debe ser castigada de forma autónoma la ulterior utilización fraudulenta del instrumento de pago?

8. CONCLUSIONES

Primera. La reforma del Código Penal operada en virtud de la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, ha suprimido la figura del delito leve de estafa informática y del delito leve de utilización fraudulenta de instrumentos de pago distintos del efectivo. Por consiguiente, cuando el perjuicio ocasionado por la realización de las conductas típicas descritas en los arts. 249.1.a) y 249.1.b) CP no exceda de 400 euros, las/los fiscales efectuarán sus peticiones punitivas con arreglo al marco penológico previsto en el artículo 249.1 CP (pena de prisión de seis meses a tres años).

Segunda. La sustracción, apropiación o adquisición ilícita de tarjetas de crédito o débito, cheques de viaje o cualesquiera otros medios de pago distintos del efectivo precisan, para incardinarse en el artículo 249.2.b) CP, que su ejecución esté presidida por la intención del sujeto activo del delito de proceder a su ulterior utilización fraudulenta. En otras palabras, el precepto exige que el autor del delito obre con el propósito de que el medio de pago ilícitamente aprehendido sea posteriormente empleado en la ejecución del delito del artículo 249.1.b) CP.

El propósito o intención de utilizar en el futuro el medio de pago con ánimo defraudatorio trasciende a la realización del tipo, pues opera como elemento subjetivo del injusto.

La presencia en la descripción típica de un elemento subjetivo del injusto como el señalado no constituye un obstáculo que impida admitir el dolo eventual en la ejecución del delito, aun cuando en la práctica se trate de supuestos difícilmente concebibles.

Tercera. Entre los delitos de hurto o robo y el delito de estafa impropia del artículo 249.2.b) CP debe apreciarse un concurso ideal de delitos (art. 77.1 CP) en aquellos supuestos en los que junto al instrumento de pago distinto del efectivo carente de valor económico se sustraigan otros bienes de distinta naturaleza que sí cuentan con valor económico. En consecuencia, se rechazará la existencia de un concurso de normas entre tales infracciones, atendiendo al distinto fundamento punitivo, la falta de subordinación entre ellas y el hecho de que ninguna capte el íntegro desvalor de las restantes.

Cuarta. La consumación del delito de utilización fraudulenta de instrumentos de pago distintos del efectivo del artículo 249.1.b) CP absorbe por completo el desva-

lor de la conducta descrita en el artículo 249.2.b) CP cuando ambas modalidades delictivas sean ejecutadas por el mismo autor. En estos casos, la utilización del instrumento de pago sustraído, apropiado o ilícitamente adquirido y a la consiguiente producción del perjuicio patrimonial [art. 249.1.b) CP] no supondrán sino la cristalización del riesgo que trata de tutelar la modalidad típica prevista en el artículo 249.2.b) CP.

Los supuestos de progresión delictiva se resolverán con arreglo al principio de subsidiariedad (art. 8.2 CP), pues los preceptos que castigan actos preparatorios y formas imperfectas de ejecución se consideran subsidiarios o residuales frente a los que castigan las formas consumadas.

Quinta. Cuando, tras la consumación del delito del artículo 249.2.b) CP, la utilización fraudulenta del instrumento de pago [art. 249.1.b) CP] se ejecute de forma imperfecta, esto es, en grado de tentativa, la progresión delictiva se considerará meramente aparente, pues el resultado lesivo no habrá llegado a producirse. Nos encontramos ante dos modalidades de peligro en las que el delito intentado no capta el total desvalor de la acción consistente en la sustracción, apropiación o ilícita adquisición del instrumento de pago. En consecuencia, el concurso se resolverá con arreglo al principio de alternatividad del artículo 8.4 CP.

CONSULTA 2/2024, DE 3 DE ABRIL, SOBRE EL DELITO DE PROPAGANDA ELECTORAL EXTEMPORÁNEA

ÍNDICE: 1. Planteamiento y objeto de la consulta.–2. Consideraciones preliminares.–3. Especial referencia a los conceptos de «campana electoral» y «propaganda electoral».–4. Bien jurídico protegido.–5. Sujeto activo del delito.–6. Conducta típica. 6.1 Delito de peligro. 6.2 Tipo subjetivo.–7. Propaganda electoral y redes sociales.–8. Criterios de delimitación entre el delito y la infracción electoral.–9. Conclusiones.

1. PLANTEAMIENTO Y OBJETO DE LA CONSULTA

El artículo 144.1.a) de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (en adelante LOREG), castiga con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a veinticuatro meses a quienes realicen actos de propaganda electoral una vez finalizado el plazo de la campana electoral.

La Fiscalía consultante se dirige a la Fiscalía General del Estado al objeto de expresar sus dudas a propósito de la calificación jurídica que merece la publicación en redes sociales de mensajes electorales durante la jornada de reflexión.

En particular, se pone de relieve la existencia de criterios jurisprudenciales oscilantes y la inexistencia de pautas interpretativas sólidas que permitan delimitar con la deseable seguridad jurídica entre el delito de propaganda electoral extemporánea y la infracción electoral sancionada en el artículo 153.1 LOREG.

A pesar de que en los últimos años ha proliferado la publicación de mensajes con contenido electoral tras la finalización de la campana, principalmente como consecuencia de la generalización del uso de las redes sociales, no existen pautas que permitan delimitar los respectivos ámbitos de aplicación del delito de propaganda electoral extemporánea del artículo 144.1.a) LOREG y la infracción del artículo 153.1 LOREG.

Ciertamente, se trata de una cuestión a la que se ha prestado escasa atención, constatándose la existencia de disparidad de opiniones. Ello revela la oportunidad de impartir criterios de actuación que garanticen la unidad de actuación del Ministerio Fiscal en este ámbito.

9. CONCLUSIONES

Primera. El delito de propaganda electoral extemporánea tipificado en el artículo 144.1.a) LOREG consiste en ejecutar actos de propaganda tras la finalización de la campaña electoral. En consecuencia, solo los actos de propaganda realizados tras la finalización de la campaña electoral son susceptibles de subsumirse en el artículo 144.1.a) LOREG. En otras palabras, solo tienen encaje típico los actos desarrollados durante la denominada «jornada de reflexión» y la jornada electoral.

Segunda. Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 51.2 y 3 LOREG, de aplicación directa a las elecciones de diputados y senadores de las Cortes Generales, de los miembros de las corporaciones locales, de las asambleas legislativas de las comunidades autónomas y de los diputados del Parlamento Europeo, la campaña electoral dura quince días y finaliza, en todo caso, a las cero horas del día inmediatamente anterior a la votación.

Tercera. La realización de actos de propaganda electoral consiste en difundir o divulgar mensajes dirigidos a persuadir al electorado con la finalidad de captar votos, siempre que la actividad desarrollada resulte idónea para alcanzar una mínima proyección pública.

No parece razonable, por tanto, extender el concepto de «propaganda electoral» a los actos que, a pesar de ser idóneos para influir en el resultado electoral, no supongan petición de voto en favor de una candidatura o de una opción política.

Las críticas a los candidatos o a las candidaturas, incluso en caso de emplearse expresiones descalificadoras, no se considerarán propaganda electoral si no se dirigen a captar el voto. Tampoco se atribuirá tal condición a los mensajes que se efectúen en el marco de conversaciones privadas o en un contexto íntimo, incluso cuando en el curso de la interlocución se llegara a solicitar de forma expresa el voto en favor de un determinado candidato u opción política.

El mero hecho de disuadir al cuerpo electoral de votar en favor de un concreto partido, coalición o federación, es decir, de persuadir para que no se vote a una determinada opción política, no implica necesariamente la realización de un acto de persuasión dirigido a captar el sufragio para un candidato alternativo. De ahí que las llamadas a la abstención o a la emisión de voto en blanco tampoco deban ser consideradas propaganda electoral a los efectos de la LOREG.

Cuarta. El delito de realización de propaganda electoral extemporánea se configura como un delito común que puede ser ejecutado por cualquier persona. Constituye, asimismo, un delito de mera actividad, de resultado cortado y de tendencia interna trascendente que exige la concurrencia en el sujeto activo del delito de la intención de lograr captar el voto del electorado pero que, sin embargo, no precisa para su consumación de la efectiva producción de un concreto resultado material, esto es, de la efectiva captación del voto.

Quinta. Los principios de intervención mínima y de fragmentariedad del derecho penal, así como los de ofensividad y proporcionalidad, que operan como principios limitadores de la reacción penal, impiden considerar que cualquier contravención del artículo 53 LOREG merezca ser elevada a la categoría de delito.

Por consiguiente, las/los fiscales rechazarán las interpretaciones que conciben el delito del artículo 144.1.a) LOREG como un ilícito meramente formal en cuya configuración se prescinde de la concreta ofensividad de la conducta y, en consecuencia, se elude toda referencia acerca de la antijuridicidad material bien por considerarse este un elemento intrascendente, bien por presumirse su concurrencia. Por consiguiente,

únicamente se considerarán delictivas las conductas que lesionen o pongan en peligro de modo grave el bien jurídico protegido por el artículo 144.1.a) LOREG.

Sexta. La valoración sobre la aptitud del acto de propaganda electoral para lesionar gravemente el bien jurídico protegido por el artículo 144.1.a) LOREG se realizará caso por caso, sin que sea posible determinar de antemano las concretas circunstancias o elementos que deben ser evaluados, a la vista de los innumerables factores susceptibles de ser tomados en consideración.

Las/los fiscales prestarán especial atención a los siguientes extremos a la hora de examinar la concreta afectación para el derecho de sufragio en su vertiente activa y pasiva, esto es, a los derechos de participación política (art. 23.1 CE) y de acceso a los cargos públicos (art. 23.2 CE):

i) El grado de difusión que era previsible que el acto de propaganda alcanzase. Cuanto mayor sea la difusión, mayores posibilidades de que el mensaje logre su objetivo y consiga captar el voto.

Con carácter general, las redes sociales son herramientas idóneas para lograr una amplia difusión de los mensajes propagandísticos. Las nuevas tecnologías y, en especial, las redes sociales intensifican de forma exponencial las posibilidades de alcanzar a un amplio e indeterminado número de destinatarios.

ii) El número de actos de propaganda efectuados por el sujeto, individualmente o de forma concertada, con infracción del artículo 53 LOREG.

iii) El hecho de que el acto de propaganda forme parte de una estrategia de campaña electoral, así como que su elaboración pueda haber sido realizada por profesionales.

iv) Los recursos materiales y humanos destinados a la realización del acto de propaganda.

v) La notoriedad y capacidad de influencia de la persona que aparece ante los receptores de la propaganda como autora del mensaje electoral.

vi) Si la propaganda incorpora informaciones novedosas ignoradas hasta la fecha por el cuerpo electoral, siendo éste el elemento al que, con carácter general, se concederá mayor valor. Difícilmente cabe reconocer capacidad de persuasión para captar el voto a la mera reiteración de proclamas o consignas ya difundidas durante la campaña electoral. Sin embargo, la divulgación de nuevos contenidos, especialmente nuevas informaciones, deben considerarse especialmente idóneas para generar impacto en el electorado.

Séptima. Las prohibiciones contenidas en el artículo 53 LOREG son de aplicación, sin excepción, a la actividad de propaganda electoral desarrollada en la Red.

Octava. Cuando, fruto de su escasa ofensividad, los hechos no sean constitutivos de delito, pero sí pudieran serlo de la infracción electoral sancionada en el artículo 153.1 LOREG, las/los fiscales acordarán el archivo de las diligencias de investigación y la consiguiente remisión de testimonio en favor de la junta electoral competente. En el supuesto de tratarse de hechos ya judicializados, instarán del órgano judicial el sobreseimiento de las actuaciones y la subsiguiente deducción de testimonio.

CONSULTA 3/2024, DE 16 DE MAYO, SOBRE EL CONCEPTO PENAL DE PATRIMONIO PÚBLICO DEL ARTÍCULO 433 TER CP

ÍNDICE: 1. Planteamiento y objeto de la consulta.–2. Cuestiones preliminares.–3. Antecedentes históricos.–4. Estado de la cuestión.–5. Conclusiones.

1. PLANTEAMIENTO Y OBJETO DE LA CONSULTA

La Fiscalía consultante plantea el criterio a seguir en la interpretación de los delitos de malversación tras la reforma del Código Penal operada en virtud de la LO 14/2022, de 22 de diciembre, de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de uso, a raíz de la definición auténtica de patrimonio público que ofrece el nuevo artículo 433 ter CP.

La controversia se suscita en torno a si, a la vista del tenor literal del artículo 433 ter CP, el objeto material de los delitos de malversación debe quedar encorsetado por el concepto de patrimonio público y/o de Administración pública ofrecidos por el derecho administrativo.

En concreto, se señala que el hecho que el artículo 433 ter CP defina el patrimonio público como el patrimonio propio de las Administraciones públicas pudiera producir el efecto, con arreglo al principio de taxatividad, de excluir de dicho concepto a los fondos, rentas o efectos de los entes que, a pesar de integrarse en el sector público institucional no son Administración pública con arreglo al derecho administrativo. Esta interpretación impediría subsumir en el delito de malversación la sustracción del patrimonio de las sociedades mercantiles de derecho privado vinculadas o dependientes de una Administración pública, las fundaciones del sector público o las universidades públicas.

La cuestión, atendida su trascendencia práctica y complejidad jurídica, merece un detenido análisis, así como un posicionamiento por parte de la Fiscalía General del Estado en aras de asegurar el principio de unidad de actuación (art. 124.2 CE).

5. CONCLUSIONES

Primera. El artículo 433 ter CP derivado de la reforma operada por la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, introduce una definición auténtica de patrimonio público en nuestro ordenamiento jurídico-penal.

Segunda. La definición de patrimonio público ofrecida por el artículo 433 ter CP es válida a los solos efectos penales.

Tercera. El patrimonio de las entidades que, pese a no ostentar la condición de Administración pública en sentido estricto, integran el sector público tiene la consideración de patrimonio público a los efectos del artículo 433 ter CP y, por consiguiente, puede ser objeto material de los delitos de malversación en los mismos términos en que venía siendo admitido por la jurisprudencia con anterioridad a la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre.

BIBLIOGRAFÍA

Revista de libros

GONZÁLEZ GALLEGO, Miguel Ángel: *El presidio del Canal de Isabel II (1851-1867)*, Círculo Rojo, Almería, 2022, 570 pp.

I

El autor, doctor en Historia y Arqueología de la UCM, nos presenta en este importante libro una reelaboración de su tesis doctoral, leída en aquél centro docente y dirigida por la ilustre Prof.^a Raquel Sánchez García, Catedrática de Historia Contemporánea de esa Universidad que, también, firma su acertado y esclarecedor prólogo.

González Gallego ha escrito una obra singular y, ciertamente, de referencia, acerca de los presidios de obras públicas del siglo XIX en España. Según confesión propia, perfectamente creíble por los resultados obtenidos y su completo contenido, ha tardado seis años en escribirla (p. 23) y ello, por su bondad y contundencia, se nota. De amena lectura y documentado saber, sus páginas nos adentran en un mundo no muy conocido en la actualidad, cual la historia de nuestro Derecho penitenciario, tratada únicamente por contados especialistas, que procedemos del campo del Derecho penal –generosamente recogidos en sus primeras líneas y en las múltiples citas– y, en menor medida, del de los historiadores.

Diez capítulos configuran la monografía y en ellos la historia social y penitenciaria se refleja extraordinariamente. Unas conclusiones la cierran, resumen académico de lo expuesto. Metodológicamente, podrá incluso dividirse aquélla en tres partes, aunque desiguales: la necesidad de la construcción del embalse para los madrileños, los delitos por los que habían sido sentenciados los penados y, desde luego, la regulación del presidio en todos sus aspectos. El momento está narrado y expuesto con una contundencia y, a la vez, con una claridad meridiana, merecedoras del máximo encomio por mi parte. En lo que a mí respecta, no he dejado de aprender en sus brillantes páginas. La aportación del autor no se conforma con la transcripción de los datos buscados, localizados y mencionados en su obra. Los ha elaborado personalmente partiendo de los mismos y nos presenta así unos cuadros muy

trabajados, determinantes y esclarecedores. La publicación se completa con una serie de dibujos y representación ilustrada de fotografías que acompañan las páginas escritas. Mariano Cediél es el reconocido autor de las ilustraciones.

Dedicado el primer apartado a la necesidad de la traída de agua a la capital y cuantos proyectos de ingeniería se llevaron a cabo (pp. 33 ss.), las restantes partes son pura investigación carcelaria, a las que se añade la información punitiva del momento (Capítulo 7), que podía haberse situado sistemáticamente después de lo mencionado anteriormente. Por ello, voy a analizar este citado apartado ahora para conocer, antes que el destino carcelario, los motivos por los que fueron condenados los reos que trabajaron en el presidio (pp. 299 ss.).

Todo ha de partir de las fechas que estamos manejando. En los años 1851-1867 rige el gran Código Penal de 1848, modelo de los posteriores, al decir de mi maestro, el Prof. Gimbernat. El catálogo de delitos contenidos en el texto figura en los expedientes de los reclusos que, con la pulcritud habitual, recopila González Gallego en su libro. Excusado es decir que los hechos criminales eran graves o de cierta gravedad en la época, de ahí el cumplimiento que se ordenaba en esos establecimientos de trabajo, entre los cuales vendrá a figurar el que es objeto de este libro. El listado exhaustivo se nos ofrece en cuadros sinópticos (por ej. p. 317), tan trabajados y precisos como los restantes que se ocupan de otras estadísticas. Será el siguiente Código Penal, el de 1870 (art. 108), quien suprima la pena del internamiento en los presidios de obras públicas. En cualquier caso, el presidio del Canal de Isabel II ya se había cerrado tres años antes. No le afecto así, la reintroducción de tales trabajos en 1911, definitivamente erradicados por el Código Penal republicano de 1931.

II

Lo penitenciario parte de la base de la esencia de un «utilitarismo» que viene a ser la continuidad de las penas de galeras y del trabajo en minas de Almadén. En efecto, superados los arsenales marineros como centros de reclusión, aparecen los presidios peninsulares, pocos años después (reglamentados por Ordenanzas de 1804 y 1807, respectivamente). Ya he explicado en otras ocasiones que la derrota de Trafalgar y la consiguiente destrucción de nuestra flora, arrumba también aquellos centros costeros, por falta de objeto. Los establecimientos industriales, de obras públicas o africanos son el gran sustitutivo. Como en todos los precedentes, estos centros penitenciarios no querían mujeres, como he dicho en el Libro-Homenaje al prof. Luis Arroyo (II. *BOE*, 2021). Las reclusas eran encerradas en galeras-conventos y en casas de corrección, que históricamente pasaron por tres fases: la religiosa, la judicial y la penitenciaria. Y entre los de obras públicas, la construcción por los presidiarios forzados de carreteras, de las que nos ha hablado el ingeniero de caminos, canales y puertos, Carlos Casas Nagore (en su Blog de 29 de octubre de 2020, actualizado en 20 de noviembre) o las obras del

Pontón de la Oliva, es decir la presa del Canal de Isabel II, que contenía las aguas del río Lozoya, tratada en esta excepcional obra. Excusado es decir, como he dicho en otras ocasiones, que todos estos destinos penitenciarios no querían mujeres.

A partir de aquí, el libro de Miguel Ángel González Gallego se explaya en describirnos la creación de este presidio, la vida dentro del mismo y su funcionamiento. Nada fue fácil. La penosidad y la peligrosidad de la labor de los presidiarios obreros, «robustos y útiles» (p. 143), se destacan entre la mayoría de las circunstancias del encierro. Desde la llegada de los primeros reos, su variada procedencia de otros centros carcelarios, las conducciones, el desarrollo de las obras y las dificultades que se arrostraron, como el problema de las filtraciones (pp. 253 ss.), relativamente solucionadas; o el trabajo en los talleres, todo está narrado con una soltura ejemplar.

No se olvida tampoco el número de internos que albergó esta prisión en sus diferentes etapas, hasta un máximo de 2.000, llegando a los 2.300 y un máximo de 2.500 (pp. 123, 124, 278 y 510), así como los fallecimientos acaecidos, 806 en doce años, entre 1852-1864 que, comparados, por ejemplo, con un periodo equivalente en las minas de Almadén, 603 entre 1707-1718, suponen un mayor porcentaje (p. 163). En los dieciséis años de funcionamiento la cifra se sitúa en 807 muertes (pp. 419 y 522), siempre superior al resto de las prisiones españolas. Los aplastamientos, ahogamientos o enfermedades de todo tipo van llenando los partes médicos y cuadros sanitarios (pp. 417 ss.). Las fugas también se contabilizan, hasta un total de 77 producidas con un número total de internos de 132 (p. 517).

Los mandos, siempre militares, aunque también existieron responsables civiles, como los ingenieros, están recogidos con detalle, especialmente la figura del cabo de varas (pp. 176 ss.). La guardia del penal es también militar, a cargo de oficiales, suboficiales y tropa; y lo mismo acontece, en cuanto a su descripción completa, con los gastos del presidio, los modestos sueldos, la uniformidad, los elementos de contención, los castigos, las raciones alimenticias o la descripción de las estancias y dormitorios hacinados.

De los beneficios penitenciarios también se ocupa González Gallego (pp. 393 ss.). Sin haberse promulgado aún la gran y longeva Ley de Indulto, que lo fue en 1870, la gracia particular dependía de la Corona que se otorgó con más generosidad que en la mayoría de los otros presidios (p. 399). Desde el punto de vista del ángulo penitenciario, vigente la Ordenanza General de los Presidios del Reino, de 1834, las recompensas contenidas en sus artículos 303 ss. se aplicaron sin problema. Ya desde los Reglamentos del año siguiente, patrocinados por el coronel Montesinos, las ventajas se obtenían aunque no figuraban en el texto punitivo que contemplaba penas de ejecución rígidas.

Lógicamente, el postrer capítulo se ocupa de lo que el autor denomina «la retirada del presidio» (pp. 491 ss.). Es el final de una aportación verdaderamente necesaria para los estudiosos. Dieciséis años ha permanecido el encierro reseñado, a caballo entre dos grandes legislaciones penales y penitenciarias, como he señalado. El desmantelamiento final tiene lugar precisa-

mente cuando acaban las tareas de lucha contra las filtraciones, en febrero de 1867, cuando los restantes penados del presidio del Canal de Isabel II que allí permanecían, en número de 340, marchan al penal de Cartagena (p. 493), en tradicional cuerda de presos (p. 525). El embalse, no obstante, sigue abasteciendo de agua a Madrid y al riego de campos (p. 526).

La investigación de Miguel Ángel González Gallego finaliza con un anexo que mencionan las ilustraciones, fotografías y cuadros que figuran en ella (pp. 531 ss.), así como el completo repertorio de fuentes y bibliografía empleadas en la misma (pp. 538 ss.).

La bondad de la obra es, de nuevo, digna de resaltarse. El autor, con toda modestia, dice creer haber contribuido con la misma «a un mayor conocimiento del mundo penitenciario» (p. 526). Y ello es rigurosa verdad. Los grandes presidios nacionales ya tenían su meritorio estudio: El Dueso, de Delgado Cendagortagarza (Santoña, 1994); Chinchilla, de Garvía Sánchez (Albacete, 2017); El Puerto, de Martínez Codero (2.^a ed. Cádiz, 2005); Burgos, de Isaac Rilova (Burgos, 2007); Almadén, los de Prior Cabanillas (Ciudad Real, 2003) y Esteban Mestre (Revista de Estudios Penitenciarios, extra. 2023); los africanos, de Pedro Llorente (tesis doctoral UNED, 2004) y Ocaña, de Organero Merino (Premio Victoria Kent, 2022). Faltaba el del Canal de Isabel II, que ahora se ha completado con la máxima solvencia. Leer el libro me ha llevado a lo mejor de nuestra historia penitenciaria, a una investigación rotunda y potente, llena de datos imprescindibles, que rellena un sentido y profundo vacío en la literatura científica.

CARLOS GARCÍA VALDÉS

Catedrático Emérito de Derecho Penal
Universidad de Alcalá

AURENSANZ, Carlos: *El cementerio de cristal*, Penguin Random House, Barcelona, 2023, 603 pp.

De los campos de concentración, de trabajo o establecimientos militares o civiles adaptados como encierros durante el franquismo, prácticamente inmediatos a la Guerra Civil o mientras transcurría ésta, destaca el fuerte de San Cristóbal en un altozano de la ciudad de Pamplona. Y en él se ha centrado el novelista y escritor Carlos Aurensanz para su más reciente publicación.

Bajo mando castrense y de severísimo régimen disciplinario, existen varias monografías publicadas al respecto y, especialmente, las referidas a una masiva fuga de reclusos que tuvo lugar en mayo de 1938. De los 795 escapados, 585 fueron detenidos y 206 encontraron la muerte durante la persecución o en las ejecuciones posteriores. En mi artículo de la REP (2022, pp. 102, n. 9) he dado expresa cuenta de esas obras de referencia. Lo mismo hace, muy correctamente, aunque no es una aportación estrictamente científica, el autor de este texto en la nota final, donde recoge unos cuantos nombres de los reos capturados y unos planos del fortín(1). Construido horadado dentro del monte Ezcaba, a semejanza del cráter de un volcán trabajado a pico y pala, en 1941 fue trasladado a la Dirección General de Prisiones, que lo transforma en Sanatorio penitenciario antituberculoso y en 1946 pasa a ser destinado a depósito de municiones. Igual se hizo cuando se cerró la prisión de Chinchilla. Hoy es una ruina abandonada en la cumbre de su nombre.

El presente libro a este establecimiento de San Cristóbal se refiere, telón de fondo de la historia narrada y lo hace con toda la crudeza y la realidad de aquel internamiento, así como describe la evasión mencionada. Y esto es precisamente lo que ha llamado mi atención, al ser el último editado que a este centro penitenciario, como telón de fondo, se dedica, evitando de esta manera el que caiga en el inmerecido olvido.

Partiendo de una historia de amor, un tanto folletinesca, esencial para el relato pero intrascendente para el recuerdo del penal militar, correctamente situada en el contexto de la situación social y política que se vivía en España y la guerrera a partir de 1936, es a lo largo de las pp. 131 ss. donde comienza la narración de lo que acontecía dentro de los muros del presidio: los fallecimientos, el hacinamiento, la suciedad, el frío helador, la pésima y escasísima comida, el trato y el lento y duro pasar las horas en el mismo; todo ello, bien fundamentado. Los avatares de la espectacular fuga citada anteriormente, y a la que se dedica fundamentalmente la 3.^a parte de la obra, culminan el texto.

La narración se centra pues en los personajes ficticios y es la base de cuanto les acontece, especialmente cuando se produce la detención y encar-

(1) He aquí las cifras que proporciona Carlos Aurensanz: 2.487 presos presentes el día de la fuga, el 22 de mayo de 1938; 795 escapados, 587 capturados, deteniéndose al último el 14 de agosto; 207 mueren durante la persecución, alcanzando la frontera únicamente 3 (p. 598); en la misma página se nos nombra a algunos de los mandos del establecimiento; los planos del mismo se sitúan en las pp. 602 y 603.

celamiento del novio de la chica y padre de su hijo en San Cristóbal. Después de presentarnos su recorrido sentimental, Carlos Aurensanz se centra en el sufrimiento que el penal acarrea a sus internos, tomando como base una documentación histórica y fidedigna del mismo. Como es un buen literato, la lectura surge fácil y de interés, tanto en la parte más emotiva y soñadora, cuanto en la más estricta relativa a la severidad del entorno en que se desenvuelve la prisión acordada, para el protagonista, por motivos políticos, previa denuncia por motivos personales, complementaria del argumento.

Como ya he dicho, lo relevante del presente libro, para quien esto escribe, es la mención precisa del fuerte de San Cristóbal, su régimen penitenciario y lo acontecido en la fuga numerosa y espectacular que tuvo lugar, base de los otros excelentes relatos que al respecto se han publicado.

CARLOS GARCÍA VALDÉS
Catedrático Emérito de Derecho Penal
Universidad de Alcalá

NÚÑEZ FERNÁNDEZ, José: *Acusados de terrorismo yihadista en prisión preventiva: una historia de automatismo, exceso y disfunción*, Dykinson. Madrid, 2023, 213 pp.

José Núñez, Profesor Titular de Derecho Penal de la UNED, ha escrito un libro actual y comprometido, por cuanto se refiere científicamente al terrorismo yihadista, en este caso referido a lo que entiende como un abuso de la aplicación de la prisión preventiva como medida cautelar, aplicada por la Audiencia Nacional, que vulnera los principios de excepcionalidad en su naturaleza y de necesidad en su utilización (pp. 97 ss.). Es una obra bien estructurada que no únicamente se atiene a las causas penales por el delito antedicho, sino que estudia la institución procesal desde esta concreta perspectiva y la penitenciaria. Aunque la bibliografía que se cita y maneja es equilibrada y adecuada a lo escrito, no cabe duda, por un lado, que es demostrativa del relativamente escaso interés de nuestra doctrina al respecto y, por el otro, que toda selección es responsabilidad de quien escribe la nueva aportación.

La obra, prologada por la Prof.^a Carmen Lamarca, Catedrática jubilada de nuestra disciplina y reconocida especialista en la materia, contiene cinco capítulos y unas conclusiones, resumen de lo investigado. La aportación se detiene en el estudio de la legislación vigente, penal y penitenciaria, así como en la jurisprudencia, esencialmente de la Audiencia Nacional, competente en este asunto. Las estadísticas que se acompañan, elaboradas con autoridad por José Núñez, nos dan cumplida cuenta de los delitos por los que los culpables son acusados y se encuentran en situación procesal de preventivos, su nacionalidad y sexo, los procedimientos que finalizan en sentencia de conformidad, el número de condenas habido o las escasas, comparativamente, absoluciones. Los anexos finales, especialmente el I, con mención de la exhaustiva jurisprudencia manejada (pp. 156 ss.), son demostrativos del gran trabajo llevado a cabo.

El Prof. Núñez Fernández parte de la aplicación, casi como un acto reflejo, «automatismo» lo califica en el propio título José Núñez, de los Juzgados Centrales, de la prisión preventiva o provisional para los acusados de estos graves delitos. Después, las largas condenas se ejecutan con unas determinadas características penitenciarias que parten de ciertos requisitos: la peligrosidad extrema de los reos, de ahí que se integren el régimen cerrado o el departamento especial de los correspondientes centros modulares; su clasificación en primer grado, con las limitaciones que ello conlleva en temas, por ejemplo, de permisos de salida y, si a ello se añade, la falta de progresión que condiciona el ascenso a segundo, tercer grado o a la libertad condicional. La individualización científica proclamada en el artículo 72.1 LOGP se resiente desde luego. Otra cosa es que para estos penados únicamente quepa la retención y custodia, objetivo subsidiario de las penas privativas de libertad, según marca el artículo 1 de la Ley del ramo.

En efecto, el superior control y vigilancia en los establecimientos, sentados legal y reglamentariamente, se concretan en restringir las actividades en

común, cortos paseos acompañados de funcionarios o inclusión en el correspondiente FIES. Mucho de cuanto se ha puesto de manifiesto se cuestiona por el autor con palabras pausadas y razonables. Otra cosa es que se esté totalmente de acuerdo con las mismas. Pienso que el tratamiento penitenciario del terrorismo, al menos el de ETA, ha sido eficaz en el largo periodo de su presencia criminal en la sociedad española. Creo firmemente que la actuación policial y carcelaria, dispersando a los presos y condenados de la banda, ha servido de mucho. El desánimo y la conveniencia política hicieron el resto respecto al abandono de la lucha armada. Pero el yihadismo sigue vigente y activo. De ahí, la obligatoriedad estatal de perseguirlo y castigarlo, empleando cuantos medios legales sean pertinentes y es claro, que las restricciones penitenciarias lo son.

Por otro lado, la LO 1/2015 favorece el pensamiento del autor en cuanto a la valoración negativa que acaece y afecta a los derechos de estos reos. La prisión permanente revisable se añade a cuantas reformas afectan al terrorismo, como por ejemplo la LO 3/2007, que recorta, y en ocasiones, prácticamente suprime, plazos para ciertos beneficios penitenciarios. Que tajantemente queden aquellos excluidos de cualquier rebaja o acortamiento, cuando el tiempo ha pasado y el comportamiento mantenido en el encierro es más que adecuado, es muy dudoso. Y ello, lógicamente, sin olvido de los graves hechos cometidos.

Por otro lado, la jurisprudencia acompaña mayoritariamente estas ideas, ciertamente restrictivas de algunos de los derechos que disfrutaban otros reclusos, como señala José Núñez. Mas la vigencia de la Ley Orgánica General Penitenciaria, de 1979, es incuestionable y, además, tiene larga tradición. Cuando la discutí con los parlamentarios en la Comisión de Justicia e Interior en el Congreso de los Diputados la separación de los internos peligros, especialmente los terroristas, se aceptó sin mácula. La distribución de los diversos grupos en determinadas prisiones (ETA, Soria; Grapo, Zamora; Terra Lliure, Segovia y extrema derecha, Ciudad Real) se entendió como una necesidad de política criminal. De igual modo, la contemplación del régimen cerrado se llevó al artículo 10 LOGP sin ambages y tal y como figura desde entonces redactado, es decir como una excepción al ordinario o segundo grado. Ahora bien, ni siquiera en aquellos «años de plomo» se negó la posible reinserción a los allí destinados.

Ciertamente que la misma Ley Penitenciaria diferencia entre preventivos y penados y ello también es objeto de atención por el Prof. Núñez Fernández. Es así que el trato de los primeros, cuando son yihadistas, se distingue del resto. La presunción de inocencia se debilita en verdad cuando los periodos de estancia en prisión se alargan hasta el juicio. Son muy pocos los procesados, por no decir ninguno, que son puestos en libertad en los plazos ordinarios, enlazándose así con las condenas, en su caso, y descontándose el tiempo transcurrido. No cabe duda de que esta medida cautelar, la más severa de nuestro ordenamiento procesal, se extiende como norma en estos delitos y ello es motivo de crítica por el autor. La prontitud en la celebración del juicio oral subsanaría esta situación excepcional.

El libro de José Núñez invita a la reflexión. Se adentra con vigor en una discusión no fácil de nuestra dogmática penal, procesal y penitenciaria y concluye con unas ideas rigurosas y reformistas al respecto que pueden ser analizadas y tenidas en cuenta en lo que tienen de avance humanitario.

CARLOS GARCÍA VALDÉS
Catedrático Emérito de Derecho Penal
Universidad de Alcalá

FERNÁNDEZ BERMEJO, DANIEL: *Colectivos vulnerables privados de libertad en España en el periodo decimonónico. Su tutela penitenciaria antidiscriminatoria*, Dykinson, Madrid, 2024, 205 pp.

El autor, Profesor Titular de Derecho Penal de la UNED, ha escrito este libro de elevado interés para los penitenciaristas, especialmente para los que ensalzamos la investigación histórica del mismo. Fernández Bermejo lo aprendió de su maestro, mi querido discípulo, el Prof. Titular de la UAH Enrique Sanz Delgado, que también recogió mi vocación investigadora y toda su obra, ya abundante y premiada, siempre se ocupa de los antecedentes de las instituciones que brillantemente estudia.

Para que no quepa duda de la dedicación y el contenido de su aportación, un capítulo único, dividido en cinco secciones –lenguaje típico de las normas del momento– ocupa la sistemática elegida. Y ello es por demás original y lleno de sugerencias. Con repasar los enunciados de aquéllas es fácil advertir que no se trata, por no haberlo así planteado el autor, de un estudio histórico al uso y completo de nuestro Derecho penitenciario: menores, mujeres, reformadores y normativa general se muestran en las páginas sucesivas, llenas de información, rincones del devenir carcelario y saturadas de importantes notas bibliográficas. Autores, leyes y reglamentaciones se aportan como completo soporte de lo que se expone. El extenso listado final de las lecturas, todas manejadas, se añade al finalizar el libro.

La característica esencial de ir configurando unas disposiciones antidiscriminatorias es muy tenida en cuenta. Así, la sección 4.^a alcanza a reflejar los primeros instantes legislativos en los cuales esta concepción, referida a la vulnerabilidad de los internos, se ve reflejada. Su inteligente desarrollo tendrá lugar en la última sección de la monografía. De hecho, en el derecho comparado de la época, siempre por detrás del nuestro, muy pocos se le pueden acercar a este respecto. El prologuista, el Prof. Titular de Alicante, mi querido amigo Felipe Renart, sabio especialista del campo penitenciario lo señala claramente y ensalza, con toda razón, la presente monografía.

La materia de la que trata Fernández Bermejo es singular. Es verdad que ha sido abordada ya por destacados autores, algunos muy queridos, que se mencionan sin empacho en el texto. Los centros dedicados al encierro de menores y mujeres se recopilan puntualmente. Nada falta y todo se expresa con el rigor acostumbrado por el profesor de la UNED. Las disposiciones compiladas constituyen la esencia del penitenciarismo decimonónico. Quien esto escribe y, desde luego, lo que generosamente se denomina mi escuela, a este periodo han dedicado muchas páginas de sus respectivas obras. Y es que sin conocer y profundizar en aquél poco puede entenderse del presente. Sin las ordenanzas del XIX la vigente legislación no tendría un verdadero soporte. De ahí, la mención interesada de una normativa ejemplar y modélica.

Las primeras ordenanzas se llevan a la sección 1.^a del mencionado capítulo único. Se encuentran sino todas, sí las más trascendentes recopiladas, tanto de la etapa militar de nuestro Derecho penitenciario cuanto a partir del

momento de la asunción de la competencia en los mismos de la civil. Su exposición, como se ha dicho en la clasificación sumarial de la obra, se detiene precisamente en los presidios y prisiones de menores. Desde la regulación de los arsenales de Marina hasta el establecimiento de Alcalá de Henares, el tiempo se va deteniendo en la lectura de los caracteres de los internamientos. Posteriormente, en siguiente apartado, Fernández Bermejo trae a colación este concreto aspecto en la codificación decimonónica. La evolución de las prisiones de mujeres se centra, a continuación y con espléndido detalle, en el tránsito de la galera, desde comienzos del siglo XVII, al Reglamento de 1847.

La postrera sección (la 5.^a) es ciertamente la más personal del gran libro del Prof. Fernández Bermejo y se erige como complemento de la anterior. Como dice, «Las huellas personales» que dejan en nuestro penitenciarismo sus autores preferidos, como Abadía, Montesinos, Concepción Arenal, Dorado Montero y Salillas, son tenidas en muy en cuenta. Todos tienen un lugar de privilegio en la historia carcelaria que el autor sitúa perfectamente, con sus características esenciales. Militares, penalistas, penitenciaristas y penitenciarios se unen en convertir mejor el encierro en la teoría (inspirando textos legales fundamentales) y en la práctica (visitando o mandando establecimientos). En ellos comienzan las ideas capitales, cuya terminología y contenido resume el profesor de la UNED: «la protección y limitación de la vulnerabilidad en prisión», la esencia de la antidiscriminación, las medidas tutelares y el humanitarismo –como lo definió Enrique San Delgado en insuperable libro– penitenciario. Por su parte, el Reglamento del presidio de Ceuta añade el atisbo del sistema progresivo de cumplimiento de condenas que se consagrará a principios del siguiente siglo (Decretos de 1901 y 1913). La individualización científica, de la que ha escrito monográfica y con rotunda autoridad Fernández Bermejo, se basa, en sus orígenes, en alguno de estos postulados, fundamentalmente en las ideas del maestro de Angüés (Decreto de 1903). Y todo ello, contraponiéndose a la normativa sustantiva que no contemplaba rebajas de condena. Recuérdese al efecto la frase del gran Pacheco: cumplimiento íntegro de las penas sin tormentos, expresaba. Pero esto no importaba. Desde la Ordenanza de 1834, pasando por Montesinos, los acortamientos de sentencias se aplican en el siglo XIX. La ejecución penitenciaria tiene así autonomía histórica propia y los principios reseñados tiñen esta materia, lo que se señala magníficamente en este libro, que ha de leerse con detenimiento y en actitud discipular, y que considero imprescindible si se quieren retener los orígenes de nuestro actual y vigente espíritu legal.

CARLOS GARCÍA VALDÉS

Catedrático Emérito de Derecho Penal
Universidad de Alcalá

FRANCO-CHASÁN, José, *The reception of positivism in Spain*. Pedro Dorado Montero, Springer Cham, Cham, 2023, 226 pp.

José Franco-Chasán, Profesor del área de Historia del Derecho y de las Instituciones de la Universidad Rey Juan Carlos, es un investigador enfocado hacia la historia del Derecho Penal, como muestran algunas de sus publicaciones más recientes⁽²⁾, cuya progresión lógica es la monografía aquí analizada⁽³⁾, escrita en inglés –dada su condición de publicación internacional– y centrada en la obra del jurista Pedro Dorado Montero, que el autor conoce a la perfección y a la que ya le había dedicado un estudio previo en forma de artículo⁽⁴⁾.

Para ahondar en la obra del jurista salmantino, desarrollada a lo largo de la última década del siglo XIX y de las dos primeras del siglo XX⁽⁵⁾, un periodo en el que España, sus instituciones y su derecho pasaron por no pocas convulsiones, que llevarían a la crisis de 1917 y, a la postre, al desmoronamiento del sistema de la Restauración⁽⁶⁾, Franco-Chasán utiliza una estructura que podría denominarse clásica: una contextualización del autor y su época –que abarca los capítulos segundo y tercero de la monografía–; un análisis de las influencias, sobre todo extranjeras, que dieron forma a su obra jurídica, a lo que se consagra el capítulo cuatro; un análisis en profundidad del pensamiento del jurista (capítulo quinto), para consagrar el sexto y último capítulo al impacto que la obra de Dorado Montero tuvo sobre la doctrina española coetánea y posterior. Cierra la obra un breve, conciso y preciso epígrafe de conclusiones, que no cae en la tentación, tan frecuente en la historiografía actual, de alargarse en exceso, lo cual es, sin duda, un acierto, siendo

(2) Por citar solo dos ejemplos, FRANCO-CHASÁN, J., «El delito de duelo en la jurisprudencia española (1870-1978): Una realidad prohibida «de iure» burlada en la práctica», en MASFERRER DOMINGO, A., (ed.), *La jurisprudencia penal en España (1870-1978): Contribución del Tribunal Supremo al proceso configurador de los delitos*, Aranzadi, Zizur Mayor, 2023, pp. 815-862; o FRANCO-CHASÁN, J., «El estupro en la jurisprudencia española (1870-1978): De eje vertebrador a resquicio de los delitos deshonestos», en Masferrer Domingo, A., (ed.), *Los delitos contra la honestidad en España (1870-1978): Contribución de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo a su configuración jurídica*, Aranzadi, Zizur Mayor, 2023 pp. 229-272.

(3) FRANCO-CHASÁN, J., *The reception of positivism in Spain*. Pedro Dorado Montero. Springer Cham, Cham, 2023.

(4) FRANCO-CHASÁN, J. «Pedro Dorado Montero: A Transitioning Figure», en *Glossae: European Journal of Legal History*, núm. 17, 2020, pp. 353-395.

(5) La doctrina jurídica de este periodo está siendo objeto de una atención cada vez mayor por la historiografía actual. Sirva de ejemplo CALONGE VELÁZQUEZ, A., «Recaredo Fernández de Velasco: una doctrina administrativista jurídica sólida en el primer tercio del siglo XX», en *Revista Aequitas. Estudios sobre Historia, Derecho e Instituciones*, núm. 20, 2022, pp. 223-260.

(6) Sobre esta cuestión puede verse FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M., «El ocaso de la Restauración: la crisis española de 1917», en San Miguel Pérez, E. (Coord.), *Los cañones de Versailles*, FUE, Madrid, 2019.

como es su función ejercer de síntesis de todo lo expuesto en detalle con anterioridad. Se trata, pues, de una estructura canónica perfectamente adecuada para el trabajo.

A lo largo de la monografía, Franco-Chasán sitúa a Dorado más como un positivista que como un jurista neoclásico, si bien le reconoce un estilo propio, al que no duda en etiquetar como «positivismo doradiano» (*Doradian positivism* en el texto original)(7), lo que valió al jurista salmantino no pocas críticas por parte de la muy influyente corriente neoclásica. Ciertamente, reconoce el trabajo aquí recensionado, Dorado Montero no alcanzó una gran popularidad en su tiempo, quizá debido a su dedicación a su pasión por el ámbito de las ideas abstractas, donde se esforzó por aunar el racionalismo de las teorías kantianas con la criminología(8), ámbito que en aquel tiempo se encontraba en fase de configuración como disciplina del conocimiento.

Es de destacar el modo en que Franco-Chasán de importancia a una labor, la de reseñar y traducir obras de juristas ajenos al Derecho español(9), que Dorado Montero acometió con tesón y pasión y que constituyó una de sus mayores aportaciones al progreso de la Ciencia Jurídica, ya que, en esas traducciones y revisiones bibliográficas, el jurista salmantino no se limitaba a la mera trasposición rutinaria, sino que sus comentarios y análisis constituyen expresión de una verdadera doctrina jurídica y muestran, a la perfección, como Dorado Montero contemplaba cuestiones como el proceso penal, la imputabilidad de los sujetos o la función y aplicación de las penas, todos ellos elementos centrales de su obra.

Otra cuestión que convierte esta monografía en reseñable es el análisis pormenorizado de cómo la obra de Dorado Montero recogió toda una serie de influencias no solo jurídicas, sino procedentes de la filosofía o incluso de la literatura. La kantiana es, sin duda, una de las más notables, pero también se analiza el modo en que la composición jurídica del salmantino recogió el pensamiento de Tolstoi, o de los italianos Garofalo, Ferri y Lilla, contemporáneos suyos. Esta labor de reconstrucción conceptual de la obra de un jurista hasta encontrar las fuentes de las que este bebió es un aspecto realmente brillante del trabajo del profesor Franco-Chasán.

Lo mismo puede decirse del epígrafe en el que se analiza la visión de Dorado sobre las penas, que, pese a haberse abolido la pena de azotes y otros castigos tradicionales a lo largo del siglo XIX(10), el jurista seguía conside-

(7) FRANCO-CHASÁN, *The reception of positivism in Spain*, p. 195.

(8) FRANCO-CHASÁN, *The reception of positivism in Spain*, p. 196.

(9) La historiografía como objeto de estudio en sí mismo es un ámbito de trabajo que está cobrando fuerza en la Historia del Derecho en los últimos años. Dos ejemplos de ello pueden verse en PRADO RUBIO, E., «Evolución y naturaleza de la historiografía jurídica sobre la Inquisición (2000-2022)», en *Revista Aequitas. Estudios sobre Historia, Derecho e Instituciones*, núm. 21, 2023, pp. 299-322; y PRADO RUBIO, E., *La historiografía jurídica inquisitorial: aproximaciones doctrinales, objetos y medio*, Veritas, Valladolid, 2024.

(10) Al respecto, ver FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M., «El recorrido legislativo hacia la supresión de los castigos corporales en la legislación española: el caso de la

rando medievales en su concepción como mero castigo orientado tan solo a una supuesta función retributiva(11). En ese sentido, Dorado se adhirió al pensamiento de Garofalo, quien abogaba por eliminar el componente de venganza social de las penas.

Desde el punto de vista formal, no se pueden poner pegas a la excelente edición física del libro, en la línea habitual de una editorial del prestigio de Springer. En lo que hace referencia a las fuentes de la monografía, estas son por igual amplias y adecuadas, destacando tanto el exhaustivo vaciado de la obra jurídica de Dorado Montero, como no podía ser de otro modo, y la amplísima revisión de la literatura legal coetánea al autor, una verdadera síntesis del pensamiento legal europeo en los años del cambio de siglo y en las primeras décadas de la vigésima centuria, especialmente en lo que se refiere a la historiografía jurídica italiana y alemana, siendo el autor un conocedor destacado de esta última.

A la hora de emitir un juicio global sobre *The reception of positivism in Spain*. Pedro Dorado Montero este no puede ser sino eminentemente positivo. Se trata de un ejercicio de precisión en el estudio de una cuestión que se adentra en el a veces abstracto terreno de las ideas, pero que Franco-Chasán aterriza a la perfección al llevarlo al ámbito de la conceptualización del Derecho, al focalizarse en las ideas de Dorado Montero y en su construcción de un positivismo de carácter propio y, al tiempo, capaz de ejercer como una suerte de correa de transmisión entre buena parte del pensamiento jurídico europeo y los juristas hispánicos. Es, pues, esta monografía una excelente obra histórico-jurídica y sale su autor bien librado en fondo y forma de una propuesta compleja y, por eso mismo, destacadamente meritoria.

LEANDRO MARTÍNEZ PEÑAS

Catedrático de Historia del Derecho y las Instituciones
Universidad Rey Juan Carlos

pena de azotes», en San Miguel Pérez, E., (Dir.), *Integración, Derechos Humanos y Ciudadanía Global*, Zizur Mayor, 2021.

(11) FRANCO-CHASÁN, *The reception of positivism in Spain*, p. 138.

PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, *El Derecho penal bajo la dictadura franquista (Bases ideológicas y protagonistas)*, Dykinson, Madrid, 2022, 444 pp.

Durante los últimos treinta años he cultivado con cierta regularidad este formato de la reseña bibliográfica, heredando de mi maestro, el profesor García Valdés, auténtico referente en el arte de la recensión, una máxima que él lleva a rajatabla: nunca escribir sobre un libro que no haya gustado y cuya lectura no se recomiende. Comienzo así con esta advertencia preliminar para despejar cualquier duda respecto del libro del catedrático de la Universidad de Jaén que hoy centra mi atención, libro que recomiendo sin ambages, pues se trata de una sólida y valiosa investigación sobre un tema histórico que no deja indiferente a casi nadie. En las líneas que siguen intentaré desbrozar los mayores méritos que entiendo encierran la obra que comentamos, sin poder, no obstante, dejar de manifestar mi desacuerdo respecto de algunos aspectos nucleares.

Tras un interesante prólogo del profesor Muñoz Conde, que como es de sobra conocido ha prestado al Derecho y a la doctrina del iusnazismo una singular y relevante atención, el libro se estructura en doce capítulos, comenzando los tres primeros (tras el introductorio) a abordar los aspectos ideológicos del régimen franquista y del Derecho que el mismo alumbró. En este sentido, y en cuanto a la pobreza intelectual de los ideólogos de la dictadura, el autor afirma (p. 37) que «una de las grandes diferencias entre el nacionalsocialismo, el fascismo y el franquismo radicó, no tanto en el racismo alemán o el populismo italiano, tal como pensaron algunos tradicionalistas y ultraderechistas, sino en la desigual calidad de sus ideólogos. Si comparamos a los filósofos y juristas alemanes, italianos y españoles que forjaron la estructura jurídica del Estado totalitario, los teóricos españoles siempre saldrán perdiendo. Éstos se contentaron con acoger las teorías de filósofos y juristas muy cercanos o incluso militantes del nacionalsocialismo y el fascismo: Carl Schmitt, Larenz, Gentile, del Vecchio». La rotunda afirmación que realiza aquí Portilla, sin poder calificarse de totalmente falaz, debe, a mi juicio, ser matizada, porque las diferencias entre el franquismo y los regímenes nazi e italiano son mucho más profundas que la mera calidad de sus ideólogos, y ello, entre otras razones, porque, como he tenido ocasión de escribir en otro lugar, el llamado Alzamiento Nacional fue primero y antes que nada un alzamiento militar contra el «orden» representado por la República, lo que explica que sus protagonistas no fueran sino militares vacuos de un sólido programa político. Tratándose, por tanto, simple y llanamente, por más pomposo nombre que quiera darse, de un golpe de estado militar, tras el mismo no había sino militares y no un partido político, siendo esta realmente una de las diferencias fundamentales del franquismo en relación con los totalitarismos alemán o italiano. Y es que en Alemania, el Partido Nazi (*Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei*, NSDAP) fue fundado el 24 de febrero de 1920, trece años antes de que Hitler llegara al poder, y en Italia, Mussolini crea ya el 9 de octubre de 1919 los *Fasci Italiani di Combattimento*, germen del futuro Partido Nacional Fascista fundado al año siguiente, siendo así que

sus «camisas negras» (Del Vecchio incluido) marcharían sobre Roma el 28 de octubre de 1922 y tres días después el Duce presidiría el Consejo de Ministros. En España, como decimos, nada fue así. El único denominador común que unía a los militares levantados en armas era derrocar a la República, siendo por ello que su parca ideología se constreñía a su repulsa del marxismo y del comunismo, algo que informaría toda la vida del «Nuevo Régimen» y que quedaría aquilatado bajo el brocado de «Rusia es culpable». Esta ausencia de un programa político hizo que desde el primer momento afloraran dos claras tendencias que pretendían ocupar dicha laguna y convertirse en una supuesta fuente ideológica del régimen. Por un lado, el tradicionalismo representado por el Carlismo y por otro la Falange, pues pese a la unificación de ambas (contra natura) impuesta por Franco en 1937, con la creación de la Falange Española Tradicionalista (FET y de las JONS), sus diferencias ideológicas siempre estuvieron presentes; aquéllos anclados en los principios del Antiguo Régimen, con exaltación patriótica (continuidad histórica de las Españas) católica y monárquica (legitimidad dinástica), representada en la figura de su regente, Javier de Borbón-Parma, y éstos aferrados a los principios joseantonianos del Nacional-sindicalismo. Unos y otros pretendían imponer su primado, colocando sobre la mesa la aportación personal que ambos pusieron al servicio de la campaña de Franco durante la Guerra civil, y si bien que en la contienda por este liderazgo ideológico Falange aparecerá como supuesta vencedora, lo cierto es que Franco y su régimen ni era falangista (es de sobre conocida, la poca simpatía del Caudillo hacia José Antonio y su puesta de perfil en el momento de su fusilamiento) ni mucho menos carlista (como bien quedó patente a la hora de reinstaurar la monarquía borbónica); era simplemente franquista, una dictadora unipersonal que pivotaba sobre sí misma, por más que el dictador se dejara retratar con boina roja y flechas en el pecho.

Así pues, al franquismo no le hacían falta ideólogos políticos, bastándole con tomar prestados de aquí y allá una serie de eslóganes (la exaltación de una Monarquía Hispánica que unía y proyectaba al futuro a una España entendida como «unión de destino en lo universal») y adoptar alguna simbología de fascismo italiano (el saludo a la romana y la invocación de «presente»). Lleva pues razón Portilla cuando afirma que no existieron en nuestro país ideólogos de altura, pero si ello fue así obedeció a que simple y llanamente no eran necesarios. Para andamiar a «Una, Grande y Libre» no era preciso escribir ningún magno tratado de Derecho político. Ello no quiere decir que en el régimen franquista los sectores sociales representantes de una ideología conservadora y tradicional no ocuparan un lugar destacado (que no protagonista, ya que el protagonista único y principal era el propio Franco), estando aquí muy acertado Portilla cuando subraya el papel desempeñado por el catolicismo oficial (pp. 59 y ss.), lo que permitió, por ejemplo, que durante la guerra (Orden de 12 de noviembre de 1937) a los cardenales se les equiparara a generales en jefe, a los arzobispos a generales de división y a los obispos a generales de brigada, o algo tan aberrante como que en la Ley de Responsabilidades Políticas de 1939, los párrocos se convirtieran en una

especie de agencia de investigación parapolicial al aportar datos sobre los antecedentes políticos y sociales de sus feligreses. Ahora bien, en este contexto, el autor llega a sostener una afirmación que también debe ser objeto de matización. Afirma: «Precisamente, en torno a la participación de sacerdotes en prisión, el Ministerio de Justicia creó el sistema de Redención de penas por el trabajo (inspirado en el proyecto del jesuita Pérez del Pulgar) el 7 de octubre de 1938, un modelo que permitía la utilización de la mano de obra de los presos» (p. 62). Tan categórica afirmación, digo, debe de ser puntualizada, pues ni la redención de penas nace *ex novo* el 7 de octubre de 1938, ni se hace vinculada a la participación de los sacerdotes en prisión, ni con la misma se instaura el modelo que permitía la utilización de la mano de obra de los presos. Y es que, partiendo de que la utilización del trabajo de los presos es algo tan ínsito al sistema penal/penitenciario que se halla presente en sus más lejanos ancestros (de las galeras a las minas de Almadén, de los presidios africanos a los de obras públicas), por lo que no puede tildarse como una característica propia del régimen franquista, lo cierto es que el título habilitante en este periodo vino representado por el Decreto núm. 281 de 28 de mayo de 1937 (*BOE* núm. 224 de 1 de junio) que reconoció a los presos no comunes el derecho/deber del trabajo penitenciario, siendo que para darle desarrollo se dictó la citada Orden de 7 de octubre de 1938 (*BOE* núm. 103, de 11 de octubre) que reguló el beneficio de la redención, beneficio que era ya un instituto conocido en nuestro Derecho penitenciario bajo la fórmula histórica de la rebaja de penas, y que, pese a dotarse de un nombre de clara influencia religiosa, nada tuvo que ver ésta, ni mucho menos la participación de sacerdotes (por más que se coloque a Pérez del Pulgar como su presunto inspirador), en su creación, pues la presencia de los capellanes en el sistema penitenciario se puede rastrear desde siglos atrás y los motivos reales de su instauración responden, más que al pietismo, a la acuciante necesidad de aliviar unos centros de reclusión totalmente saturados. Mentía, pues, descaradamente el Decreto de 9 de junio de 1939 (*BOE* núm. 164, de 13 de junio) cuando afirmaba que «una nueva institución ha surgido en el campo jurídico-penitenciario: la redención de las penas por el trabajo».

Los capítulos V a VII, dedicados a la posición de los penalistas españoles ante la Guerra Civil y la Dictadura, los precedentes de la legislación de excepción y la represión intelectual constituyen, sin duda, uno de los ejes vertebrales del libro (pp. 75-217). Para abordar este apartado, el profesor Portilla parte de un postulado que ha sido asumido de forma prácticamente unánime por la doctrina penal «revisionista» que ha estudiado este tema, y que se podría sintetizar diciendo que la Guerra Civil y la subsiguiente dictadura franquista provocaron la salida de nuestro país hacia el exilio de los mejores penalistas existentes en el momento, quedándose en España lo peor del escalafón intelectual. Lo afirma el autor sin titubeos: «En aquel desierto de libre pensamiento, el Derecho penal quedó en manos de penalistas mediocres y serviles procedentes del tradicionalismo católico y el nacional-falangismo» (p. 75). Este inamovible axioma dogmático llevará al autor a descalificar a todos los que según él intentan (intentamos, pues hace cita

directa a mi persona) «limpiar la imagen de los penalistas vinculados al régimen», lo que forma parte, a su juicio «de un deporte demasiado habitual en el mundo del Derecho» (p. 163). Se trata en definitiva de mirar la historia con los cristales binoculares que nos puso delante Jiménez de Asúa desde su forzado exilio, cuando exaltando a todos los que se tuvieron que marchar represaliados, no dejaba títere con cabeza respecto a los que optaron por quedarse en España. Y como casi todo en la vida, por más que no compartan ello los más radicales, esto es muy matizable, pues ni todos los que se marcharon al exilio eran la flor y nata de la intelectualidad, ni todos los que se quedaron eran unos «mamarrachos», por utilizar un calificativo usado al respecto por el propio Jiménez de Asúa, y sobre el que volveremos más abajo.

Es sin duda innegable que el forzado exilio hizo que salieran de España penalistas de una talla descomunal. Jiménez de Asúa, su cabeza más visible, era sin duda el mejor penalista español del momento y su inconmensurable obra ha sido todo un referente para generaciones de penalistas posteriores. No creo que se me pueda tachar de no reconocerlo, máxime cuando mi *Derecho penal* (Edisofer, Madrid, 2015, p. 38) lo arranco recordando que «Fue Nelson Hungría, el llamado príncipe de los penalistas brasileños, quien en cierta ocasión dijo que si por un desastre nuclear desapareciera todo lo escrito sobre Derecho penal en el mundo y sólo quedara un ejemplar del *Tratado* de Luis Jiménez de Asúa, las generaciones venideras de penalistas bien poco se habrían perdido». Ahora bien, no todos los exiliados eran Jiménez de Asúa. Cierta que junto a él marcharon al extranjero penalistas y criminólogos muy relevantes, como Bernaldo de Quirós, Ruiz Funes o López Rey, pero junto a ellos iban otros que, con todos mis respetos, no pueden recibir tan eximia calificación: así, por ejemplo, Francisco Blasco y Fernández de la Moreda (que se exilia en México) o José Luis Galbé (que lo hace en Cuba) no tenían obra publicada en España, y Emilio González López sólo había dado a la imprenta una monografía sobre la *Antijuridicidad* (1924), siendo esto lo último que de Derecho penal publicaría en su vida, pues en su exilio norteamericano se dedicó al estudio de la literatura española.

Y en cuanto a los penalistas que se quedaron en España y desarrollaron su labor intelectual durante el régimen franquista, se puede decir un tanto de lo mismo. Por supuesto que el hueco dejado por los que se marcharon permitió que corriera el escalafón, pero no todos eran «penalistas mediocres y serviles». Rodríguez Muñoz es rehabilitado en su cátedra de la Universidad de Valencia a una fecha tan temprana como es 1939 y hasta su muerte (1955) realiza una importante labor investigadora que llevará a introducir en nuestro país la doctrina del finalismo (*La doctrina de la acción finalista*, 1953), formando como discípulo a Rodríguez Devesa que será maestro de un buen número de destacados penalistas posteriores (García-Pablos, Ruiz Antón, Bueno Arús, Serrano Gómez, Gallego Díaz...). Al año siguiente, esto es, en 1940, le llegará la hora de la rehabilitación a Antón Oneca, siendo que en 1949 publicará su emblemático *Derecho Penal*, que tuvo una gran acogida en los medios universitarios y profesionales del Derecho, quedando agotado a los pocos años de su aparición. También Antón colocó las bases de toda una

cantera de futuros catedráticos, teniendo como discípulos más destacados a Barbero Santos y a Cerezo Mir. Por su parte, Cuello Calón sería uno de los más beneficiados del forzado exilio de Jiménez de Asúa, dando a la imprenta su muy reeditado *Derecho penal (parte general y parte especial)*, que sería un referente durante décadas, por más que Jiménez de Asúa lo calificara de ser un mero «Centón» dada su carencia de originalidad y sistema. Cuello dejaría tras de sí una nutrida escuela (entre la que destacaría Octavio Pérez Vitoria, cabeza visible de una saga de posteriores penalistas de primera, como Córdoba Roda o Quintero Olivares) y se pondría al frente de dos publicaciones especializadas en Derecho penal y Penitenciario, cuyo prestigio ha perdurado hasta la actualidad; me refiero al *Anuario de Derecho penal*, en el que hoy el lector puede leer esta recensión, y a la *Revista de Estudios Penitenciarios*, que en el año 2022 ha alcanzado su número 264, y a cuyo Consejo de Redacción tengo el honor de pertenecer desde hace veinte años. Sánchez Tejerina, que en 1936 ya era catedrático en Salamanca, permaneció en activo publicando su *Manual* y sin crear escuela (pues malamente puede tildarse como discípulo a Rivacoba), siendo que sí que tuvo un especial protagonismo en el Tribunal especial para la represión de la masonería y el comunismo, algo que estudia con rigor y profundidad Portilla (pp. 287 y ss.), quien califica a Sánchez Tejerina como «uno de los últimos inquisidores»; de nuevo aquí la «herencia» de Jiménez de Asúa, como después veremos, está presente. Igual posición crítica manifestará Portilla respecto de Federico Castejón (pp. 154 y ss.) a quien, por su Derecho penal subjetivo, su pragmatismo y su participación en la redacción de textos prelegislativos, califica como «uno de los más desalmados juristas falangistas y uno de los grades legitimadores de la dictadura» (p. 163). Como respecto a la figura de Castejón he escrito de manera monográfica (mi artículo «La proyectada Ley de prisiones de 1938 y la figura de D. Federico Castejón», en *REP*, núm. 257, 2014, esp. pp. 17-23) me remito a lo allí dicho, siendo que ahora simplemente debo subrayar que, frente a las críticas mordaces firmadas por Jiménez de Asúa en cuanto al pasteleo político y la ausencia de talento de Castejón, sólo señalar que su concepción subjetivista del Derecho penal se forja ya entre la segunda mitad de los años veinte y los primeros de los treinta (publica su *Tratado de responsabilidad penal* en 1926 y su *Derecho penal* en 1931, dando su discurso inaugural de la Universidad de Sevilla dedicado a la reforma penal en 1933), siendo que entre sus contribuciones destaca su estudio sobre la *legislación penitenciaria*, un libro que tras más de un siglo desde su publicación, sigue siendo una obra de constante consulta por los especialistas.

Por su parte, Quintano Ripollés llevaba realizando una importante labor investigadora desde mitad de los años treinta, siendo en 1946 cuando aparece la primera edición de sus celeberrimos *Comentarios al Código penal* de 1944, publicando en la década de los cincuenta una serie de importantes monografías (1951: *La Criminología en la literatura universal*; 1952: *La falsedad documental*; 1953: *La influencia del Derecho penal español en las legislaciones hispanoamericanas*; 1956-1957, *Tratado de Derecho penal internacional e internacional penal*; 1958: *Derecho penal de la culpa*

(*imprudencia*); 1959: *Compendio de Derecho penal*), siendo en esa misma década cuando Quintano, un penalista nada afecto al «Régimen», fue nombrado magistrado del Tribunal Supremo, alcanzando la cátedra en 1962, en cuyo seno se formaría su discípulo Enrique Gimbernat, padre y abuelo académico de una nutrida familia de penalistas, entre los que me honro en encontrarme.

De entre los penalistas que se quedaron en España y forjaron su carrera bajo la dictadura franquista, Portilla presta una singular atención a Juan del Rosal (pp. 114 y ss.), siendo que intentando dar respuesta a si el mismo era «un fascista por convicción o un falangista de conveniencia», y en contraposición de la opinión de quienes lo conocieron personalmente (Gimbernat, quien lo califica de liberal y demócrata), se inclina por la primera opción, y ello por entender que no era sino «un fascista convencido del lugar que Alemania ocuparía en la historia y, de seguir sus pasos, el esplendoroso futuro imperial augurado para la España católica» (p. 151). Además, Portilla tilda a Del Rosal de desleal con su maestro, Jiménez de Asúa, siendo que para ello realiza una comparativa entre la versión original de su tesis doctoral (*El concepto de delito en el nuevo Derecho penal alemán*), presentada en febrero de 1936 y la que finalmente publica en 1942, en donde desaparecen las menciones a Jiménez de Asúa. Resulta llamativo que Portilla se pregunte sobre la demora de la publicación y los cambios en ella producidos (pp. 118 y ss.), pues la verdad es que la respuesta es fácilmente deducible. Del Rosal se incorpora a filas al ejército nacional en Granada en octubre de 1936, ascendiendo a teniente provisional en 1938, lo que supondrá que quede directamente rehabilitado por orden de 4 de septiembre de 1939, siendo así que una vez reincorporado a la Universidad, reelabora y publica su tesis en 1942, sin mención a un Jiménez de Asúa que para esa fecha ya llevaba varios años en el exilio. Este orillamiento del maestro no es prueba de deslealtad sino simplemente de coherente supervivencia, pues aferrase a alguien tan significado políticamente como Jiménez de Asúa a principios de los cuarenta era un acto de temeridad en el que estaría en juego hasta la propia seguridad personal del autor. Por cierto, que este distanciamiento de maestros fue también moneda común años después en España, coincidiendo con un nuevo cambio de ciclo político (fin del franquismo y llegada de la democracia), siendo entonces que no pocos fueron los que quisieron separarse del magisterio recibido, lo que en ocasiones dio lugar a furibunda reacción por parte de alguno de estos maestros (recuérdese al respecto la de Elías de Tejada en relación al hasta entonces su predilecto discípulo Agustín de Asís, publicando *La Filosofía jurídica del profesor De Asís Garrote* –ed. González Cabañas, Sevilla, s.f.–), diáspora que en este caso no respondía al temor de represalias del «nuevo régimen democrático» sino a propios intereses personales y profesionales.

Juan Del Rosal, luego de la Guerra, escribió ya siempre bajo el régimen franquista (murió en 1973, esto es, dos años antes que Franco), dejando tras de sí una ingente obra escrita, entre la que destaca, junto a varios libros de trabajos recopilatorios (desde sus *Estudios Penales* de 1948 a *Cosas de Derecho penal* de 1973) y monografías, su imponente *Tratado de Derecho penal*

(parte general), que publica en dos tomos en 1968, y que alcanzaría en 1978 su tercera edición de la mano de su sobrino Manuel Cobo. En los treinta años que median entre la publicación de sus tesis y su fallecimiento, Del Rosal se alzó como un indiscutible referente del penalismo español, codirigiendo junto a Antón el *Anuario de Derecho penal*, fundando el *Instituto de Criminología* de la Complutense y forjando una sólida escuela integrada por un gran número de discípulos (Oliva García, Rodríguez Ramos, Navarrete Urieta, Landecho, Rodríguez Mourullo, Torío, Bustos, Beristain...), encontrándose entre ellos dos que están especialmente vinculados a la Universidad de Granada, en donde se ha formado el profesor Portilla. Por un lado, Stampa Braun dejó allí su magisterio en la persona de Sainz Cantero, maestro de muchos profesores granadinos (así de Lorenzo Morillas, maestro de Portilla) y por otro, Manuel Cobo del Rosal, sobrino de Juan del Rosal, ambos granadinos, quien durante años tuvo un importante ascendente en el nombramiento de nuevos catedráticos, siendo así que, de estar aún vivo, muchas de las críticas personales que se leen en el libro referidas a su tío seguramente no tendrían un carácter tan beligerante.

Lo expuesto en los párrafos anteriores permite poner al lector en situación para poder inclinarse por validar el calificativo de «penalistas mediocres y serviles» que Portilla reserva a los autores referenciados o, por el contrario, entender que dicha visión crítica responde a una falta de imparcialidad heredada del propio Jiménez de Asúa, quien nunca se significó precisamente, en lo referido a las valoraciones personales, por la ecuanimidad de sus juicios, sirviendo como prueba de ello el siguiente botón de muestra: Jiménez de Asúa reserva el calificativo de «mamarracho» a Isaías Sánchez Tejerina (a quien años antes había alabado al escribirle el prólogo de su libro dedicado a *la teoría de los delitos de omisión*) cuando éste, en el discurso inaugural del curso de la Universidad de Salamanca del año 1940, justificó el golpe de Estado franquista (llamado por sus partidarios Alzamiento) como «un caso magnífico de legítima defensa», obviando que el propio Jiménez de Asúa, un lustro antes, había utilizado el mismo argumento para que, en el contexto de otro golpe de Estado (el de 1934, llamado en este caso por sus partidarios Revolución) justificar la defensa de los miembros de la Generalitat que proclamaron el Estado catalán, afirmando que la legítima defensa se planteaba aquí ante el hecho de que los que se creían republicanos se encontraron con una Constitución que estaba siendo violada, por lo que los actos de la Generalitat deberían encuadrarse en un intento de defender la República y la autonomía catalana (ver, Jiménez de Asúa, *Defensas penales*, tomo III, pp. 254 y ss.). Y es que esto de analizar la historia desde la ideología olvida que ésta produce una enfermedad que Ortega llamaba hemiplejía moral y que casa mal con la imparcialidad.

Los capítulos VIII a XII del libro que recensionamos se centran en otro baluarte del trabajo investigador realizado por Guillermo Portilla, y que no es otro que el referido a los mecanismos de represión y depuración instaurados por el régimen de Franco. A este respecto el fondo documental empleado es simplemente soberbio, lo que permite al autor exponer datos hasta ahora bien

poco conocidos. Comienza estudiando la represión penal y administrativa de los funcionarios públicos (pp. 219 y ss.) en donde particularmente me ha llamado la atención el porcentaje de jueces que fueron separados de la Carrera (sólo un 6%, cifra baja que bien puede interpretarse por el hecho de la escasa reacción ideológica que dicho colectivo presentaba, a diferencia de otros colectivos intelectuales más ideologizados). A ello siguen los estudios referidos al papel desempeñado por la jurisdicción militar en la represión franquista, denunciando a este respecto el abuso de la jurisdicción militar (pp. 229 y ss.) y los procesos de incautación de bienes, responsabilidades políticas y responsabilidad civil derivada del delito de rebelión (pp. 253 y ss.), para pasar al detallado estudio del Tribunal especial para la represión de la masonería y el comunismo (pp. 279 y ss.) que abarca desde sus precedentes hasta la gestación y aplicación de la Ley de 1 de marzo, de la que destaca, con todo acierto, su vulneración de las garantías básicas del Derecho penal y procesal, muy particularmente en lo referido al principio de legalidad penal en su manifestación de *lex certa* y la proscripción de la irretroactividad de ley penal desfavorable (p. 312), terminando el libro con el análisis de la Ley de Seguridad del Estado de 1941 (pp. 337 y ss.) y la inclusión de un interesante repertorio de anexos (pp. 359 y ss.).

Acabamos esta ya larga recensión volviendo a remarcar, como hacíamos al inicio de la misma, que el libro de Guillermo Portilla *El Derecho penal bajo la dictadura franquista (Bases ideológicas y protagonistas)*, más allá de las matizaciones aquí realizadas, se alza como un trabajo de ineludible lectura y consulta para quien quiera acercarse a la historia del Derecho penal de la pasada centuria.

ABEL TÉLLEZ AGUILERA

Magistrado

Doctor en Derecho

SVENSSON, Erik, *Specialstraffrätt*. 2.^a edición. Uppsala, Iustus Förlag. 2024, 112 pp.

I

Tradicionalmente, los juristas de países hispanohablantes consideraron que una de las legislaciones de ejecución penal más avanzadas del mundo era la del Reino de Suecia. Esto se debe, en no poca medida, al hecho de que la primera ley de la democracia española(1) hubiera llevado a cabo una recepción de lo mejor de la *Penitenciaría Sueca* de 1974(2).

Por otro lado, el Derecho penal sueco, puede decirse, resulta menos estudiado; lo que da lugar a la paradoja de que las particularidades de su «ciencia del Derecho de los delitos y de las penas(3)» son menos conocidas que aquellas que caracterizan a su ejecución(4).

Entre los factores que contribuyen a este relativo «aislamiento penal», puede encontrarse el hecho de la no existencia de un *código penal* propiamente dicho. Es decir, en la actualidad las conductas criminalizadas se reúnen en la *sección* penal (*Brottsbalken*, 1965l) del más amplio Código General para el Reino de Suecia de 1734 (*Sveriges Rikes Lag*(5), en adelante CGS). Como en la mayor parte de los códigos occidentales, tal *sección* comprende una parte *general* (*allmänna bestämmelser*, caps. 1, 2, 23 y 24), otra *especial* (*Om brotten*, caps. 3 a 22) y, finalmente, algunos aspectos sobre los tipos de penas (*Om påföljderna*, caps. 25 a 28).

Las conductas criminalizadas por fuera de esta *sección* forman parte de las cerca de 350 leyes de la llamada legislación penal especial o *specialstraffrätt*.

(1) Cfr. GARCÍA VALDÉS, C., *Comentarios a la legislación penitenciaria*, Editorial Civitas, Madrid, 1982, y ANDRÉS LASO, A., *Nos hará reconocernos. La Ley Orgánica General Penitenciaria: origen, evolución y futuro*, Colección Premio Victoria Kent, Madrid, 2015.

(2) Para un resumen de la Historia del Derecho penal sueco y su influencia en la legislación penal española: GARCÍA, V.-H., «Auge y caída? Del Derecho Penitenciario Sueco. La Ley Penitenciaria de 1974: surgimiento, aplicación e influencia en España», en Mata y Martín, R. (Dir.), Andrés Laso, A. (coord.): *Las Prisiones Españolas durante la Transición*, Editorial Comares, Granada, pp. 343-354.

(3) Cfr. PÉREZ-VITORIA MORENO, O., «Prólogo», en Maurach, Reinhart: *Tratado de Derecho Penal*, traducción y notas de Derecho Español de Juan Córdoba Roda, Ariel, Barcelona, 1962.

(4) Existen, no obstante, trabajos muy interesantes sobre el tema. Véase, por ejemplo: Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *El anteproyecto de Código penal sueco de 1916: estudio crítico, seguido del texto íntegro de la Parte general del anteproyecto*, Hijos de Reus, Madrid, 1917, SÁNCHEZ OSES, J., en «El nuevo Código penal sueco de 1.º de enero de 1965», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1966, pp. 116-128.

(5) Cfr. «Brottsbalk», en: *Sveriges Rikes Lag*, 144.^a edición, Norstedts Juridik, Estocolmo, 2023, pp. 1100-1396.

En este sentido, y tras identificar las más importantes para el ordenamiento jurídico sueco, Erik Svensson, propone, en su breve trabajo, un análisis legislativo que apunta a ser de utilidad como libro de texto (*lärobok*) en las Facultades de Derecho, sin dejar de serlo para abogados en ejercicio de la profesión.

Tras la introducción, el presente comentario propone un brevísimos resumen biográfico del autor (II). Seguidamente, se procederá al análisis del contenido de la obra (III)(6) y, por último, se presentará una opinión general sobre esta (IV).

II

Erik Svensson es uno de los más jóvenes profesores adjuntos (*Docent*) de la Facultad de Derecho de la Universidad de Estocolmo (*Juridiska Institutionen - Stockholms Universitet*).

Graduado por la Universidad de Uppsala con una tesis doctoral sobre la autoría(7), sus áreas de investigación abarcan materias como la teoría de la pena, el Derecho penal y la Historia del Derecho penal. Asimismo, es autor de artículos sobre temas de parte general como *Gärningsmannaskap och medgärningsmannaskap i svensk rätt*(8) («Autoría y coautoría en el Derecho sueco»), o *Legal Dogmatics, Theory, and the Limits of Criminal Law*(9) («Dogmática penal, teoría y los límites del Derecho penal»). Realizó, además, estudios sobre la parte especial del citado *BrB*, entre otros, en el artículo *Budgivning och bedrägeri*(10) («Licitaciones y fraude»).

Actualmente es miembro del Comité de Ética de la Policía Nacional Sueca (*Polismyndighetens etiska råd*(11)) y dirigió proyectos de investigación que dieron lugar a publicaciones como *Teori och politik-straffrätt i omvandling* («Teoría y política – Derecho penal en transformación»)(12).

(6) Las traducciones de los idiomas sueco e inglés fueron llevadas a cabo por el autor, que es ciudadano sueco y superó los cursos y exámenes que habilitan el acceso a estudios de nivel universitario en estos idiomas.

(7) Cfr. *Gärningsmannaskap vid flera deltagande i brott*, Iustus Förlag, Uppsala, 2016. La tesis fue, a su vez, ganadora del premio «*Ludwig von Bar*» o *von Bars premium för förtjänstfull doktorsexamen* (2016).

(8) Cfr. «Gärningsmannaskap och medgärningsmannaskap i svensk rätt», en *Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskab*, 2016, pp. 111-132.

(9) Cfr. «Legal Dogmatics, Theory, and the Limits of Criminal Law», en Asp, P., Du Bois-Pedain, A., Ulväng, M., (ed.): *Criminal Law and the Authority of the State*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2016, pp. 155-169.

(10) «Budgivning och bedrägeri», en *Juridisk Tidsskrift*, nro. 2, 2016-17, pp. 455-462.

(11) Este comité tiene la función de asesorar a la Policía Nacional Sueca en cuestiones que requieren consideraciones éticas especiales (por ejemplo, en el empleo debido de las armas de fuego).

(12) Cfr. *Teori och politik-straffrätt i omvandling*, Iustus Förlag, Estocolmo, 2022.

III

Para comenzar, puede decirse que las primeras páginas se dedican a la descripción del objeto del libro. Así, y como se adelantó, se entenderá por legislación penal especial aquellos instrumentos normativos que tipifiquen delitos por fuera de la *sección penal* del CGS. Estos se dividen, a su vez, en *leyes puramente penales* (*rent straffrättsliga lagarna*) y *leyes regulatorias de otras materias* que incluyen disposiciones penales (*straffbestämmelser*). En relación con las primeras, explica, existe un número cercano a veinte (por ejemplo, la 2003/148 de represión del delito de terrorismo(13)). Sin embargo, dada su mayor aplicación, el autor delimita el abordaje sobre cuatro leyes puramente penales, y tres leyes del segundo grupo.

Al pasar a los capítulos propiamente dichos, Svensson divide el análisis en seis temas dentro de los que enmarca su análisis legislativo.

El primero (capítulo 2) aborda los delitos relativos al tráfico vehicular (*trafikbrottslaget*). En la actualidad, sus fuentes son la ley 649/1951 de sanción de infracciones de tráfico vehicular (*TBL*, por su sigla en sueco)(14), y la Ordenanza 1276/1998 sobre Tráfico(15) (*TraF*). Mientras que las infracciones más serias se tipifican en la primera (una de las llamadas *leyes puramente penales*), las de menor gravedad se incluyen en la *TraF*. Asimismo, un aspecto interesante a destacar es que el §4 de la *TBL* criminaliza también la infracción de determinadas normas de tráfico del resto de los países nórdicos (Dinamarca, Finlandia, Islandia y Noruega).

En la sección siguiente el autor aborda, entre otros, el §1 *TBL*, relativo a la conducción temeraria (*vårdslöshet i trafik*) y las tres formas de comisión del delito de *rattfylleri*: alcoholemia, conducción bajo los efectos de drogas tóxicas o estupefacientes y la llamada alcoholemia clínica (*kliniskt rattfylleri*) (§4 *TBL*). Esto se completa con un abordaje de casos del Supremo Tribunal Sueco (*Högsta domstolen*, en adelante STS) publicados anualmente en el *Nytt Juridisk Arkiv* (en adelante, *NJA*).

El tercer capítulo del libro se refiere a las conductas criminalizadas en materia de tenencia, elaboración y comercialización de estupefacientes y alcohol (*Narkotika – och alkohol brottlighet*).

Aunque los precedentes de este tipo de legislación se remontan a 1923, la actual ley 64/1968 sobre estupefacientes (*NSL*(16)) es una de las *puramente penales* más debatidas de la segunda mitad del siglo pasado y de comienzos del actual. Al igual que otros autores, Svensson destaca el constante endurecimiento

(13) *Lag (2003:148) om straff för terroristbrott.*

(14) Literalmente, el vocablo *brott* significa crimen o delito. El contexto llevó a que se prefiriera la palabra infracción. Cfr: *Lag (1951:649) om straff för vissa trafikbrott.*

(15) *Trafikförordning (1998:1276).*

(16) *Narkotikastrafflag (1968:64).*

legislativo (*skärpningar*) llevado a cabo tanto a través de las de los años 1983 y 2006(17), como de las sentencias de varios tribunales.

El abordaje del §8 de esta ley lo lleva a la definición de estupefacientes *cómo aquellos productos medicinales o comerciales perjudiciales para la salud, con propiedades adictivas o efectos estimulantes (läkemedel eller hälsofarliga varor med beroendeframkallande egenskaper eller euforiserande effekter)*. A su vez, los delitos propiamente dichos serían: el tráfico o distribución (*överlåtelse*, §1.1); la elaboración de estupefacientes con fines de consumo abusivo (*framställer narkotika som är avsedd för missbruk*, §1.2); la adquisición con fines de tráfico (*förvärvar narkotika i överlåtelsesyfte*, §1.3) y la tenencia, uso o toda otra forma de posesión de estupefacientes (*innehar, brukar eller tar annan befattning med narkotika*, §1.6). Algunos casos de superposición de tales conductas, destaca el autor, fueron llevados ante el TEDH(18).

La segunda parte del capítulo se refiere a la ley 1622/2010 relativa a la venta, distribución y consumo de alcohol (*Alkoholsbrottslighet*(19)). Sin ser no puramente penal, explica el autor, esta contiene diferentes consecuencias punitivas a reseñarse brevemente.

El hecho de que el alcoholismo hubiera sido un problema endémico en la región llevó a que, a partir de 1955, una compañía estatal ejerciera el monopolio en su distribución minorista(20). En este marco, la ley brinda diferentes disposiciones acerca de la destilación, venta y suministro de bebidas alcohólicas, como las correspondientes disposiciones sancionatorias (*straffbestämmelser*, cap. 11). Al mismo tiempo, entre las conductas en particular, el §1 criminaliza la tenencia ilegal de bebidas espirituosas (*olovlig befattning med sprit*) bien a través de su destilación sin licencia, o bien a través de otro medio ilegal de obtención. Finalmente, se describe el delito de fabricación, distribución o posesión ilegal de un destilador de agua de alcohol.

El tercer capítulo ve al autor profundizar en el análisis la ley especial 69/1971 en materia de delitos fiscales (*SBL*(21)); norma central en la legislación penal especial desde su sanción en 1971 y que tipifica, como

(17) Esta última en materia de control de *precursores* de drogas. La situación llevó a varios autores a hablar de un *giro punitivo* al estilo norteamericano. Cfr. JARBORG, N., «Swedish Sentencing Reform», en CLARKSON, C., y MORGAN, R., *The Politics of Sentencing Reform*, Oxford University Press, Oxford, 1995, pp. 104-105, y LAPPI-SEPPÄLÄ, T., «Nordic Sentencing», en Tonry, M. (Ed.), *Sentencing Policies and Practices in Western Countries. Comparative and Cross-National Perspectives*, The University of Chicago Press, Chicago, 2016, pp. 17-82.

(18) Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Thörn v. Suecia, (Demanda no. 24547/18). Sentencia de 1 de septiembre de 2022.

(19) *Alkohollag, (2010:1622)*.

(20) Formalmente, la página oficial de la compañía utiliza el nombre de «Monopolio Sueco de Venta Minorista de Bebidas Alcohólicas» (*Swedish Alcohol Retailing Monopoly o, en sueco, Systembolaget*).

(21) *Skattebrottslagen, (1971:69)*.

delitos de peligro (*farebrott*) la falsedad en la información contable utilizada para calcular las obligaciones tributarias.

Refiere Svensson que, de acuerdo con esta, comete delito fiscal quien, de otra forma que no sea la oral, presentare ante la autoridad tributaria información falseada, u omitiera la presentación de una declaración impositiva, declaración de ingresos u otra información debida, creando así un riesgo evasión, o de acreditación o reembolso indebido para a esa o cualquier otra persona. A su vez, el §5 se describe la declaración de impuestos negligente (*vårdslös skatteuppgift*), que exige la presencia de negligencia grave (*oaktsamhet*) en la declaración.

En la práctica, destaca, las declaraciones de impuestos son controladas de forma automatizada y basándose en la información a entregarse a la Agencia Tributaria Sueca (*Skatteverket*, en adelante, *SV*). En caso de irregularidades, surge para esta la obligación de denunciarlas ante la Agencia Sueca para la Criminalidad Económica (*Ekobrottsmyndigheten*, *EBM*(22)); algo que generó, concluye, varios precedentes entre el STS y el TEDH(23).

El cuarto capítulo presenta un análisis de la también central ley 1225/2000, de represión del contrabando (*SSL*(24)); norma penal en blanco (*blanketts-trafflag*) que se complementa con las regulaciones sobre el despacho de bienes por aduana(25).

Sus disposiciones criminalizan la introducción o salida de un artículo del país cuando existiera una prohibición o condición especial para ello (contrabando o *smugglingsbrott*). Al mismo tiempo, se abordan la infracción aduanera (*tullbrott*), y, finalmente, la posesión ilegal de bienes ingresados a través de la primera.

Seguidamente, el quinto capítulo se encarga de la sección del CPS conocida como Código Ambiental(26) (*brott enligt Miljöbalken*, en adelante *MB*(27)). Esta compila cerca de 15 leyes previas a fin de abordar la cuestión de forma integral y promover un desarrollo sustentable que asegure la conservación del medio ambiente para las generaciones futuras(28).

Partiendo desde puntos de vista dogmático penales, Svensson describe el cap. 29 del *MB* y su criminalización, con multa o prisión, de las diversas formas de contaminación grave (§1). Se refiere también a la protección de espacios naturales (*områdesskyddsbrott*) y de las especies silvestres en régimen de protección (*artskyddsbrott*), para pasar luego a los delitos relativos al

(22) Esta agencia fue fundada en 2013 y se compone de fiscales, oficiales de la Policía Nacional Sueca, contadores y otros expertos con la función de investigar este tipo de delitos.

(23) Cfr. *NJA* 2018, p. 634.

(24) *Lag (2000:1225) om straff för smuggling*.

(25) *Tulllag (2016:253)* (Ley 253/2016 de Aduanas).

(26) Para un abordaje de este código, véase: NILSSON, A., «Environmental Law», en BOGDAN, M., y WONG, C., *Swedish Legal System*, 2.ª edición, Norstedts Juridik, Estocolmo, 2022, pp. 407-427.

(27) Cfr. «Miljöbalk», en: *Sveriges Rikes Lag...*, pp. 465-683.

(28) *Ibidem*, p. 409.

manejo de sustancias químicas (*Kemikalierelaterade brottstyper*, §3.3), y a otras conductas tipificadas, como el transporte de residuos sin autorización (*otillåten avfallstransport*).

El séptimo y último capítulo, aborda, primero, la ley 67/1996 sobre armas de fuego y otros objetos equiparables(29).

Sus numerosas disposiciones vienen a regular la manipulación o uso de las armas de fuego en aspectos como el control y los permisos. Sin embargo, aclara, el serio debate de política criminal (*kriminalpolitiska debatten*) surgido entre los años 2010-2018 endureció considerablemente las sanciones escalas penales (*straffskalorna*) para delitos como la tenencia ilícita de arma de fuego (*skjutvapen*, cap. 9) e influyó, también, en los límites al derecho a la tenencia (*rätt att inneha*, cap. 2, §1).

Destaca finalmente Svensson que la ley actual sobre la prohibición del uso de armas blancas y otros objetos peligrosos (1988(30)), tiene la función de autorizar la temprana intervención policial ante la tenencia de cuchillos, armas punzantes y cortantes en lugares públicos o dentro de recintos escolares. A esto le sigue el análisis dogmático y jurisprudencial de las definiciones conceptuales, las excepciones y las prohibiciones absolutas (*totalförbud*).

El libro se cierra con una exposición de las fuentes dividida en: documentos públicos (*offentlig tryck*), literatura jurídica (*Litteratur*), y precedentes jurisprudenciales (*Rättspraxis*).

IV

Por lo expuesto, puede decirse *Specialstraffrätt* presenta un estudio de indudable utilidad para estudiantes de grado, profesionales del Derecho e, incluso, investigadores de la historia del Derecho penal. Y aunque no profundice en ciertas problemáticas como la llamada *administrativización* de esta rama del Derecho, lo cierto es que proporciona, con su análisis, un paso necesario para su crítica y posterior reforma.

La distancia geográfica con España, por otro lado, no es óbice para resultar de interés: el ingreso a la Unión Europea por parte de Suecia (efectivo desde 1995), hace que muchas propuestas legislativas respondan a metas comunes a nivel regional.

Ejemplo de esto tuvo lugar con las reformas en las leyes de falsificaciones documentales: mientras que en la *Península Ibérica* se sancionaba la ley Orgánica 5/2010, apenas tres años después tenía lugar, en la *Península Escandinava*, la reforma de los §§1-4 del cap. 14 de la *sección penal sueca* (2013(31)). El objetivo de ambas fue la respuesta a la proliferación del tráfico y uso de pasaportes y documentos de identidad europeos falsificados(32).

(29) *Vapenlag* (1996:67).

(30) *Lag* (1988:254) *om förbud beträffande knivar och andra farliga föremål*.

(31) *Lag om ändring* (2013:425) *i brottsbalken*.

(32) Cfr. NÚÑEZ CASTAÑO, E., «Lección XVIII. Falsedades documentales», en Gómez Rivero, M. del C. (Dir.): *Nociones Fundamentales de Derecho Penal*, 3.ª edición, Tecnos, Madrid, 2019, pp. 403-421.

Al mismo tiempo, no debe ignorarse el hecho de que el aumento de la criminalidad económica y del tráfico de estupefacientes intensifica la colaboración entre ambos países. En este sentido, el caso de Jonas Sture, «el Pablo Escobar sueco(33)», muestra la importancia de una lucha conjunta contra el delito en el contexto de la UE; algo que se facilitaría, en muy alto grado, con un conocimiento recíproco de la legislación.

Por esto, el abordaje sistemático de *Specialstraffrätt* la vuelve, también, una excelente herramienta para estudiantes y operadores judiciales españoles por la que vale la pena tratar de superar la barrera del idioma. Es breve, sin ser superficial; estructurada, pero eludiendo esquematismos; y crítica, aunque concentrada en sus objetivos. Se trata, por esto, por esto, de una obra ideal para continuar profundizando en el estudio del Derecho penal sueco, sin restar atención a su aún muy reconocido Derecho Penitenciario.

VÍCTOR-HUGO GARCÍA

Investigador del Instituto Universitario
de Investigación Ortega y Gasset

(33) Cfr. PLANES, J., «El «Pablo Escobar sueco»: el narcotraficante que nunca toca la droga va a juicio», *La Razón*. 16 de marzo 2021, [<https://www.larazon.es/cataluna/20210316/nlwm3zuyebgxthojpvoybvx2oy.html>] consultado el 24 de enero de 2024.

Revista de Revistas

CUERDA RIEZU, Antonio: «La ductilidad del Derecho y la intervención de las partes en los procesos judiciales», *Diario La Ley*, núm. 10443, 9 de febrero de 2024, 8 pp.

Mi condiscípulo, el Catedrático de Derecho Penal de la URJC, discípulo también del maestro Enrique Gimbernat, Antonio Cuerda, ha publicado un artículo más que sugerente. La tesis principal del mismo es que nuestro Derecho no se encuentra únicamente en las leyes y sentencias de los tribunales de justicia, sino también en las asesorías de los letrados a sus clientes que permiten una dialéctica jurídica y procuran posturas contrapuestas, clave del desarrollo de todo proceso en cualquiera de sus ramas. Precisamente será del abogado de quien se ocupe fundamentalmente este muy buen trabajo.

Al abrigo de una reflexión inicial, referida al desconcierto, especialmente el popular, que causan decisiones judiciales dispares, el Prof. Cuerda aborda unas respuestas llenas de sentido y equilibradas, partiendo de algo obvio: el Derecho aplicado es la jurisprudencia y la misma –salvo excepciones– no se explica, salvo meritorios casos, convenientemente en las aulas universitarias. Tampoco se recorren en su integridad los grandes textos legales que rigen nuestra vida social; de ahí se deduce que la formación de abogados es débil, primando la de juristas-opositores de un catálogo importante de otras profesiones legales.

Y la presencia del letrado es imprescindible en los sumarios y los juicios. Sin los abogados, como bien dice el autor, «no puede celebrarse un proceso». Serán ellos los que acusen o defiendan a los clientes, aún a los más peligrosos, si es tema penal, o que presumiblemente tengan razón, en otros supuestos. Pero su labor es necesaria e incontestable, aquí no cabe, como siempre explicaba a mis alumnos durante más de cuarenta años, la objeción de conciencia para rechazar alguna defensa y en ello coincidido plenamente con Antonio Cuerda.

Los argumentos empleados por las partes tratarán de proporcionar al juez o tribunal los fundamentos de su resolución, conservadoras, en líneas generales, dice el profesor de la URJC, o sea que tienden a mantener el derecho ya aplicado por los tribunales superiores. Las intervenciones de los abogados, preparadas de la mejor manera posible, esencia de su deber, tienden pues al

convencimiento y, técnicamente, a satisfacer al Derecho, sin perjuicio de cumplir el mandato de la profesión por encima de todo. De ahí, que se deduzca en el artículo que precisamente la ductilidad de las leyes –que no su manipulación– hace que las mismas sirvan para una interpretación de ellas dispar, pero atentas al cumplimiento de aquellas, disparidad que puede ser atendida por las Salas juzgadoras, sin desviarse ni un ápice del cumplimiento del ordenamiento jurídico.

La dignidad de la profesión de letrado es la base del artículo de Antonio Cuerda. Es lo que predica en sus clases y en su entendimiento de la aplicación de las leyes por ellos. Por eso el presente trabajo merece destacarse y, en mi opinión, debería tenerse muy en cuenta en las Facultades de Derecho.

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.^a SILVA SÁNCHEZ

Catedrático de Derecho Penal

Universidad Pompeu Fabra

MANUEL MARCHENA GÓMEZ

Presidente de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo

Universidad de Valencia